

A-491-95

A-491-95

**ACTRA Fraternal Benefit Society (Appellant)****ACTRA Fraternal Benefit Society (appelante)**

v.

c.

**Her Majesty the Queen (Respondent)****Sa Majesté la Reine (intimée)****INDEXED AS: ACTRA FRATERNAL BENEFIT SOCIETY v. CANADA (C.A.)****RÉPERTORIÉ: ACTRA FRATERNAL BENEFIT SOCIETY c. CANADA (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Robertson and McDonald JJ.A.—Toronto, March 18; Ottawa, April 30, 1997.

Cour d'appel, juges Strayer, Robertson et McDonald, J.C.A.—Toronto, 18 mars; Ottawa, 30 avril 1997.

*Income tax — Exemptions — Fraternal benefit society life insurance fund — Where assets in life insurance fund exceed amount necessary for purposes of life insurance business, only investment income earned on necessary amounts should be treated as taxable income under Income Tax Act, s. 149 — Canadian and British Insurance Companies Act, s. 81(1) examined — Decision not to withdraw surplus monies out of fund not determinative of appeal — Inference all assets in fund necessary for life insurance operation rebuttable — Objective standard applicable.*

*Impôt sur le revenu — Exemptions — Caisse d'assurance-vie d'une société de secours mutuels — Lorsque l'actif de la caisse d'assurance-vie excède le montant nécessaire pour l'entreprise d'assurance-vie, seul le revenu de placement tiré des sommes nécessaires devrait être traité comme un revenu imposable aux fins de l'art. 149 de la Loi de l'impôt sur le revenu — L'art. 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques est examiné — La décision de ne pas retirer l'excédent de la caisse d'assurance-vie ne règle pas l'appel — L'inférence selon laquelle la totalité de l'actif de la caisse est nécessaire aux fins de l'entreprise d'assurance-vie est réfutable — Une norme objective est applicable.*

*Insurance — Fraternal benefit society life insurance fund — Income tax payable on investment income — Where assets in life insurance fund exceed amount necessary for purposes of life insurance business, tax payable on investment income earned on necessary amounts only — Canadian and British Insurance Companies Act, s. 81(1) examined — Decision not to withdraw surplus monies out of fund not determinative of appeal — Inference all assets in fund necessary for life insurance operation rebuttable.*

*Assurance — Caisse d'assurance-vie d'une société de secours mutuels — Impôt sur le revenu payable sur le revenu de placement — Lorsque l'actif de la caisse d'assurance-vie excède le montant nécessaire aux fins de l'entreprise d'assurance-vie, l'impôt est payable sur le revenu de placement tiré des sommes nécessaires seulement — L'art. 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques est examiné — La décision de ne pas retirer l'excédent de la caisse ne règle pas l'appel — L'inférence selon laquelle la totalité de l'actif de la caisse est nécessaire aux fins de l'entreprise d'assurance-vie est réfutable.*

The appellant taxpayer was a fraternal benefit society incorporated under the *Canadian and British Insurance Companies Act* (Insurance Act) which carried on several activities on behalf of its members. One of these was the provision of life insurance benefits through a life fund. The taxpayer maintained two other funds for such things as accident and sickness insurance benefits, for alcohol and drug rehabilitation services and for scholarships for members and their families. Fraternal benefit societies were subject to federal income tax only on taxable income attributable to their life insurance business.

La contribuable appelante est une société de secours mutuels constituée en vertu de la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques* (la Loi sur les assurances) qui offre à ses membres divers types de prestations, notamment des prestations d'assurance-vie provenant d'une caisse d'assurance-vie. La contribuable tenait deux autres caisses pour le paiement de prestations d'assurance en cas d'accident et de maladie, et pour des services de réadaptation pour les alcooliques et les toxicomanes et l'octroi de bourses pour les membres et leur famille. Les sociétés de secours mutuels sont assujetties à l'impôt fédéral sur le revenu tiré de leurs opérations d'assurance-vie seulement.

In 1987, the taxpayer decided to adopt a new method for calculating investment income, the investment base

En 1987, la contribuable a décidé d'adopter une nouvelle méthode de calcul de son revenu de placement,

method. This new method had the effect of increasing the taxpayer's tax liability not only with respect to the 1988 and subsequent taxation years but also for the preceding years. It was determined, by an actuary, that the life fund had a surplus of approximately \$2.6 million (that amount was considered unnecessary to the operation of the life insurance business) and, with the approval of the Superintendent of Insurance, it was decided to transfer that amount out of the life fund. The taxpayer therefore contacted Revenue Canada, proposing to pay more taxes, including taxes for previous years, but to exclude the investment income earned from the surplus assets in the past. However, the Minister reassessed the taxpayer for the taxation years 1984 to 1987 on the basis that all of the investment income earned from the assets held in the life fund in each of those years was to be included in computing the taxpayer's income from its life insurance business.

On appeal from that assessment, the Tax Court Judge found in favor of the Minister. He concluded that for the purposes of the *Income Tax Act*, the assets necessary for the taxpayer to carry on its life insurance business were those which the taxpayer determined should be in the fund at any one time. Also, that as long as assets remained in the life fund they were affixed with a "statutory condition or charge" pursuant to subsection 81(1) of the Insurance Act. This was an appeal from that decision.

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

*Per* Robertson J.A.: The principal issue raised herein was whether all of the investment income derived from assets contained within the life insurance fund was to be included when computing taxable income from the fraternal society's life insurance business. This depended on whether all of the assets in the life fund were "necessary" to the taxpayer's life insurance business.

Contrary to what the Tax Court found, subsection 81(1) of the Insurance Act could not be deemed to impose a charge on assets contained within the life fund. That provision did not have the legal effect of "locking in" all of the assets held in that fund. There was no restriction on the transfer of funds—no approval of the Superintendent of Insurance was needed. It was a matter of judgment within the jurisdiction of the fraternal society.

The argument that the decision not to withdraw surplus monies from the life fund was based on concern over the possibility of AIDS-related claims was not persuasive. The evidence revealed that the taxpayer's concern over

c'est-à-dire la méthode de base. L'adoption de cette méthode a eu pour effet immédiat d'augmenter l'obligation fiscale de la contribuable non seulement pour 1988 et les années d'imposition ultérieures, mais aussi pour les années antérieures. Un actuaire a déterminé qu'il y avait dans la caisse un excédent d'environ 2,6 millions \$ (cette somme n'était pas considérée comme étant nécessaire aux fins de l'entreprise d'assurance-vie) et, avec l'approbation du surintendant des assurances, il a été décidé de retirer cette somme de la caisse d'assurance-vie. La contribuable a donc communiqué avec Revenu Canada, proposant de payer des impôts additionnels, y compris pour les années antérieures, mais d'exclure les revenus de placement tirés de l'excédent passé. Toutefois, le ministre a établi une nouvelle cotisation pour les années d'imposition 1984 à 1987 au motif que la totalité du revenu de placement tiré de l'actif de la caisse d'assurance-vie pour chacune de ces années d'imposition devait être inclus dans le calcul du revenu que la contribuable tirait de ses opérations d'assurance-vie.

En appel de cette cotisation, le juge de la Cour de l'impôt a tranché en faveur du ministre. Il a conclu que, pour les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'actif nécessaire aux opérations d'assurance-vie de la contribuable est celui qui, d'après la contribuable, devrait se trouver dans la caisse à n'importe quel moment. En outre, tant et aussi longtemps que l'actif demeure dans la caisse, il est assujéti à une «condition ou une exigence [charge] légale» aux termes du paragraphe 81(1) de la Loi sur les assurances. Il s'agit d'un appel de cette décision.

*Arrêt* (le juge McDonald, J.C.A., étant *dissident*): l'appel doit être accueilli.

Le juge Robertson, J.C.A.: La question principale soulevée dans l'appel consiste à déterminer si la totalité du revenu de placement tiré de l'actif de la caisse d'assurance-vie doit être inclus dans le calcul du revenu imposable tiré d'une entreprise d'assurance-vie d'une société de secours mutuels. Pour y répondre, il faut savoir si l'actif de la caisse d'assurance-vie était «nécessaire» à l'entreprise d'assurance-vie de la contribuable.

Contrairement à la conclusion de la Cour de l'impôt, le paragraphe 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance ne peut être réputé imposer une «charge» sur l'actif conservé dans la caisse d'assurance-vie. Cette disposition n'a pas pour effet juridique de «bloquer» la totalité de l'actif détenu dans la caisse d'assurance-vie et n'impose pas de restriction au transfert des fonds—aucune approbation du surintendant des assurances n'était nécessaire. Il s'agit d'une question de jugement qui relève du pouvoir discrétionnaire de la société de secours mutuels.

L'argument selon lequel la décision de ne pas retirer l'excédent de la caisse d'assurance-vie se fondait sur l'inquiétude que posait l'augmentation possible des réclamations attribuables au SIDA n'est pas convaincant. La

the effect on its insurance business of the spread of AIDS did not surface until 1988 and not in the earlier taxation years. And even if that conclusion were wrong, the decision of the taxpayer not to withdraw monies from the life fund was not determinative of the issue as to whether all of the assets were necessary for purposes of carrying on the taxpayer's life insurance business.

The argument that all of the assets retained within the life fund were committed to and employed in carrying on the taxpayer's life insurance business and, therefore, were "risky" in that business could not stand. While the inference of "necessity" could be drawn from the taxpayer's leaving the monies in the fund and from the financial statements submitted to the Superintendent of Insurance, that inference could be, and was, displaced by the taxpayer adducing persuasive evidence to the contrary (the actuary's determination that \$2.6 million was unnecessary to the operation of the life insurance business).

The comments of Dickson C.J. in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32 that "the courts must deal with what the taxpayer actually did, and not what he might have done" have no application herein. The question was not whether the taxpayer could have withdrawn the surplus assets from the fund, but whether all of the assets therein were necessary for the life insurance component of the taxpayer's business.

*McCutcheon Farms Ltd. v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 50 (F.C.T.D.) and *Lutheran Life Insurance Society of Canada v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284 (F.C.T.D.) were authority for the proposition that the conduct of, or business judgment exercised by, a taxpayer is not determinative of what is necessary. This would be a subjective standard. *McCutcheon* reaffirmed the general understanding that the onus is on the taxpayer to establish, on an objective (financial, actuarial) basis, what is or is not necessary for purposes of carrying on a business (or, in this case, what proportion of the investment income related to the life insurance business).

The proper remedy herein was to remit the matter to the Minister on the understanding that the original assessments were valid.

*Per* McDonald J.A. (*dissenting*): The appeal should be dismissed and the Minister's assessment should stand.

The decision to keep additional assets in the life account was a business decision by the taxpayer which should not be questioned by this Court. Once the decision had been made, the taxpayer benefitted from its decreased

preuve révèle que les préoccupations de la contribuable concernant l'effet qu'aurait la propagation du SIDA sur ses opérations d'assurance-vie n'ont pas été exprimés avant 1988 et certainement pas dans les années d'imposition antérieures. Même si cette conclusion était erronée, la décision de la contribuable de ne pas retirer une partie de l'actif de la caisse d'assurance-vie ne règle pas définitivement la question de savoir si la totalité de l'actif était nécessaire pour les activités d'assurance-vie de la contribuable.

L'argument selon lequel la totalité de l'actif conservé dans la caisse d'assurance-vie a été engagé et employé aux fins des opérations d'assurance-vie de la contribuable et donc qu'il était «risqué» dans l'entreprise ne peut être maintenu. Bien qu'une inférence de «nécessité» puisse être tirée du fait que la contribuable a laissé l'excédent dans la caisse d'assurance-vie et des états financiers fournis au surintendant des assurances, cette inférence peut et a été réfutée par la contribuable qui a fourni des éléments de preuve convaincants à l'effet contraire (la décision de l'actuaire selon laquelle la somme de 2,6 millions \$ n'était pas nécessaire aux opérations d'assurance-vie).

Les observations du juge en chef Dickson dans *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32 selon laquelle «les tribunaux doivent tenir compte de ce que le contribuable a réellement fait et non pas de ce qu'il aurait pu faire» sont inapplicables en l'espèce. La question n'était pas de savoir si la contribuable aurait pu retirer l'excédent, mais plutôt de savoir si la totalité de l'actif de la caisse d'assurance-vie était nécessaire à la composante assurance-vie de l'entreprise de la contribuable.

Les décisions *McCutcheon Farms Ltd. c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 50 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) et *Lutheran Life Insurance Society of Canada c. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) appuient la proposition selon laquelle la conduite d'un contribuable ou le jugement que celui-ci exerce dans le cadre de sa gestion ne règle pas la question de savoir quelle partie de l'actif est nécessaire. Il s'agirait là d'une norme subjective. La décision *McCutcheon* a réaffirmé le principe général selon lequel il incombe au contribuable d'établir, sur une base objective (financière ou actuarielle), ce qui est ou non nécessaire pour exploiter son entreprise (ou, en l'espèce, quelle proportion du revenu de placement se rapporte à l'entreprise d'assurance-vie).

Le redressement approprié en l'espèce consiste à renvoyer la question au ministre en lui précisant que les cotisations initiales étaient valides.

Le juge McDonald, J.C.A. (*dissent*): L'appel devrait être rejeté et la cotisation du ministre maintenue.

La décision de conserver l'excédent dans le compte d'assurance-vie était une décision de gestion prise par la contribuable que la Cour ne devrait pas remettre en cause. Une fois cette décision prise, la contribuable a profité du

risk position. The taxpayer could not now attempt to revisit the past and reassess its tax burden.

Even accepting that the existence of excess assets in the life fund raised a rebuttable presumption that the assets were risked or employed in the course of the business, the presumption has not been rebutted in this case. While actuarial evidence may be helpful, the taxpayer decided to maintain excess reserves "in the event of an unforeseen economic catastrophe". It cannot later attempt to remove these reserves from tax liability simply because the unforeseen catastrophe did not materialize.

The case of *Ensité Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509 was distinguishable. But even if the test, applied therein, of whether assets were "risked or employed" in a business were to be applied herein, that test must necessarily be more flexible when that business is a life insurance fund. The risk structure in the insurance business is necessarily different than most businesses. While actuaries are able to prepare risk estimates, unforeseen events can occur which may result in claims exceeding even generous reserves.

The Court must deal with what the taxpayer actually did, and not what it might have done (*Bronfman Trust*). Where the taxpayer has made an educated business decision to retain assets in a taxable fund, the Court should not look back with the benefit of hindsight to effectively remove assets from that fund with retroactive effect in order to put the taxpayer in a more advantageous tax position.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian and British Insurance Companies Act*, R.S.C. 1970, c. I-15, ss. 81(1),(7), 95(2), 97.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 129(1), (4), 149(1)(k),(3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Lutheran Life Insurance Society of Canada v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284; (1991), 91 DTC 5553; 47 F.T.R. 25 (F.C.T.D.); *McCutcheon Farms Ltd. v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 50; (1991), 91 DTC 5047; 40 F.T.R. 180 (F.C.T.D.).

fait qu'elle avait diminué ses risques. Elle ne peut maintenant essayer de revenir sur le passé et de réévaluer son obligation fiscale.

Même en acceptant que l'existence d'un excédent dans la caisse d'assurance-vie soulève une présomption réfutable selon laquelle l'actif est risqué ou employé dans l'entreprise, cette présomption n'a pas été réfutée en l'espèce. Bien que la preuve actuarielle puisse être utile, la contribuable a décidé de conserver des réserves excédentaires «pour se prémunir contre une catastrophe économique imprévue». Elle ne peut ultérieurement essayer de soustraire ces réserves à sa responsabilité fiscale simplement parce que la catastrophe imprévue ne s'est pas matérialisée.

L'arrêt *Ensité Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509, peut être distingué de l'espèce. Mais même si le critère visant à déterminer si les biens sont «risqués ou employés» dans une entreprise devait être appliqué à l'espèce, ce critère doit nécessairement être plus souple lorsque l'entreprise visée est une caisse d'assurance-vie. L'assurance est une entreprise qui présente obligatoirement des risques différents de ceux de la plupart des autres entreprises. Bien que les actuaire puissent donner des estimations sur le risque, des imprévus peuvent survenir et dépasser même les réserves les plus généreuses.

La Cour doit tenir compte de ce que la contribuable a réellement fait et non pas de ce qu'elle aurait pu faire (*Bronfman Trust*). Lorsque la contribuable prend une décision de gestion éclairée en vue de conserver des biens dans une caisse imposable, la Cour ne doit pas profiter de l'avantage qu'elle a d'examiner cette décision en rétrospective pour retirer rétroactivement les biens de cette caisse afin de mettre la contribuable dans une position fiscale plus avantageuse que celle dans laquelle elle se trouve.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 129(1),(4), 149(1)(k),(3).  
*Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques*, S.R.C. 1970, ch. I-15, art. 81(1),(7), 95(2), 97.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Lutheran Life Insurance Society of Canada c. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284; (1991), 91 DTC 5553; 47 F.T.R. 25 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *McCutcheon Farms Ltd. c. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 50; (1991), 91 DTC 5047; 40 F.T.R. 180 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DISTINGUISHED:

*Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134.

## REFERRED TO:

*Ensite Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509; (1986), 33 D.L.R. (4th) 491; [1986] 2 C.T.C. 459; 86 DTC 6521; 70 N.R. 189; *R. v. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 F.C. 609; [1983] CTC 231; (1983), 83 DTC 5180; 48 N.R. 103 (C.A.); *Matheson, J A v The Queen*, [1974] CTC 186; (1974), 74 DTC 6176 (F.C.T.D).

APPEAL from a Tax Court of Canada decision ([1995] 2 C.T.C. 2671; (1995), 96 DTC 1722 (T.C.C.)) confirming the Minister's assessment including all of the investment income derived from assets contained within a "life insurance fund" when computing taxable income from a fraternal society's life insurance business. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Joseph Groia and Mark I. Jadd* for appellant.  
*Luther P. Chambers, Q.C.* for respondent.

## SOLICITORS:

*Heenan Blaikie*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; (1987), 36 D.L.R. (4th) 197; [1987] 1 C.T.C. 117; 87 DTC 5059; 25 E.T.R. 13; 71 N.R. 134.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Ensite Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509; (1986), 33 D.L.R. (4th) 491; [1986] 2 C.T.C. 459; 86 DTC 6521; 70 N.R. 189; *R. c. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 C.F. 609; [1983] CTC 231; (1983), 83 DTC 5180; 48 N.R. 103 (C.A.); *Matheson, J A c La Reine*, [1974] CTC 186; (1974), 74 DTC 6176 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt ([1995] 2 C.T.C. 2671; (1995), 96 DTC 1722 (C.C.I.)) confirmant la nouvelle cotisation du ministre qui avait décidé d'inclure la totalité du revenu de placement tiré de l'actif d'une «caisse d'assurance-vie» dans le calcul du revenu imposable de l'entreprise d'assurance-vie d'une société de secours mutuels. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Joseph Groia et Mark I. Jadd* pour l'appelante.  
*Luther P. Chambers, c.r.* pour l'intimée.

## PROCUREURS:

*Heenan Blaikie*, Toronto, pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'intimée.

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

1 ROBERTSON J.A.: The appellant taxpayer is a fraternal benefit society incorporated under the provisions of the *Canadian and British Insurance Companies Act*, R.S.C. 1970, c. I-15 as amended (hereinafter the *Insurance Act*). Pursuant to paragraph 149(1)(k) and subsection 149(3) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] such entities are subject only to federal income tax on taxable income attributable to their life insurance business. Income derived from other sources is exempt. The principal issue raised in this appeal is whether all of the investment income derived from assets contained

1 LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: La contribuable appelante est une société de secours mutuels constituée en vertu des dispositions de la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques*, S.R.C. 1970, ch. I-15, et ses modifications (ci-après la *Loi sur les compagnies d'assurance*). Aux termes de l'alinéa 149(1)(k) et du paragraphe 149(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63], ces sociétés sont assujetties uniquement à l'impôt fédéral sur le revenu tiré de leurs opérations d'assurance-vie. Le revenu tiré d'autres sources est exonéré d'impôt. La question principale soulevée

within a “life insurance fund” (hereinafter the life fund) is to be included when computing taxable income from a fraternal society’s life insurance business. Before the Minister of National Revenue and the Tax Court, the taxpayer argued that in cases where the assets in the life fund exceed what is necessary for purposes of the life insurance business, only the investment income earned on the necessary amounts should be treated as taxable income. Both the Minister and the Tax Court Judge rejected this argument. In my respectful opinion, the appeal from the decision of the Tax Court must be allowed. As that decision is now reported it is unnecessary to offer an exhaustive analysis of the facts as did the learned Tax Court Judge: see [1995] 2 C.T.C. 2671.

2 A fraternal benefit society offers its members a variety of benefits. In the present case the taxpayer maintains three funds from which it is able to cover the costs of same for members of ACTRA, the Alliance of Canadian Cinema Television and Radio Artists. The above-noted life fund is directed at providing life insurance benefits to members. A second fund provides for accident and sickness insurance benefits. The third fund is labelled the fraternal fund. It provides for a multitude of benefits ranging from alcohol and drug rehabilitation services to scholarships for members and their families.

3 As a result of various collective agreements, the taxpayer receives a percentage of income earned by its members from their employers or, as they are referred to in the entertainment business, “engagers”. These engagers are also required to remit additional amounts on account of non-members. The taxpayer negotiated for such additional payments in order to ensure that it would not be less expensive for engagers to hire non-members. Such payments are partially refundable to non-members with the taxpayer retaining the remainder. Non-members in fact receive very few benefits.

dans le présent appel consiste à déterminer si la totalité du revenu de placements tiré de l’actif de la «caisse d’assurance-vie» (ci-après la caisse d’assurance-vie) doit être inclus dans le calcul du revenu imposable tiré de l’entreprise d’assurance-vie d’une société de secours mutuels. Devant le ministre du Revenu national et la Cour de l’impôt, la contribuable a fait valoir que dans les cas où l’actif de la caisse d’assurance-vie est supérieur à ce qui est nécessaire pour l’entreprise d’assurance-vie, seul le revenu de placements tiré des sommes nécessaires à ce type d’opérations doit être considéré comme un revenu imposable. Le ministre et le juge de la Cour de l’impôt ont tous deux rejeté cet argument. En toute déférence, je pense que l’appel de la décision de la Cour de l’impôt doit être accueilli. Étant donné que cette décision est maintenant publiée, il est inutile d’analyser les faits de façon exhaustive comme l’a fait le juge de la Cour de l’impôt: voir [1995] 2 C.T.C. 2671.

2 Une société de secours mutuels offre à ses membres divers types de prestations. En l’espèce, la contribuable a établi trois caisses qui lui permettent de couvrir les frais de ces prestations pour les membres de l’ACTRA, qui est un acronyme de l’Alliance of Canadian Cinema Television and Radio Artists. Les prestations d’assurance-vie versées à ses membres proviennent de la caisse d’assurance-vie. Une deuxième caisse sert à payer les prestations d’assurance en cas d’accident et de maladie. La troisième caisse est la caisse de secours mutuels, qui offre une multitude d’avantages, allant de services de réadaptation pour les alcooliques et les toxicomanes à l’octroi de bourses pour les membres et leur famille.

3 Dans le cadre de diverses conventions collectives, la contribuable reçoit un pourcentage des honoraires de ses membres qui leur sont versés par leurs employeurs. Ceux-ci sont également tenus de remettre des sommes additionnelles pour le compte des non-membres. La contribuable a négocié le montant de ces sommes additionnelles de façon à s’assurer qu’il n’en coûte pas moins cher à un employeur d’engager des non-membres. Ces sommes sont remboursées en partie aux non-membres et la contribuable conserve le reste. Les non-membres reçoivent en fait très peu d’avantages.

4 Over time, some of the monies received on account of non-members found its way into the life fund. In addition to the amounts transferred to the life fund on account of non-member contributions, this so-called surplus generated significant investment income resulting in a "surplus" of approximately \$3.6 million in the life fund at the end of 1987.

5 For its 1980 to 1987 taxation years inclusive, the taxpayer computed its investment income from the life insurance business on the basis of a formula devised by the taxpayer's then auditor, Roger Gauvin. This formula was set out in a letter written by Mr. Gauvin and sent to officials with the Department of National Revenue in 1981. At no time did the Department take objection to the Gauvin formula even though it resulted in a nominal tax liability on the part of the taxpayer. At the same time as the taxpayer was submitting tax returns and calculating investment income with respect to its life fund on the basis of the Gauvin formula, the taxpayer was submitting financial statements to the Office of the Superintendent of Financial Institutions (hereinafter the Superintendent of Insurance). The latter financial statements reflected all of the investment income earned by the assets held in the life fund. For example, in 1985 the taxpayer reported investment income of \$335,000 to the Superintendent of Insurance. That amount reflected, in part, investment income earned from surplus amounts attributable to contributions from non-members deposited in the life fund. By comparison, in filing its 1985 tax return the taxpayer reported investment income of \$8,500 pursuant to the Gauvin formula. The Minister now seeks to add the difference between the two amounts of investment income to the taxpayer's liability for each of the taxation years in question.

6 In 1987 the taxpayer retained Coopers & Lybrand to act as the former's auditor. Acting on the auditor's behalf, A. E. John Thompson undertook a review of the taxpayer's accounting methods. Mr.

4 Au fil des ans, certaines des sommes payées pour le compte des non-membres ont été versées dans la caisse. Outre les sommes transférées dans la caisse d'assurance-vie au titre des cotisations des non-membres, ce présumé excédent a généré d'importants revenus de placements qui ont porté l'«excédent» de la caisse à environ 3,6 millions de dollars à la fin de 1987.

5 Pour les années d'imposition 1980 à 1987 inclusivement, la contribuable a calculé son revenu de placement tiré de ses opérations d'assurance-vie en s'appuyant sur une formule élaborée par son vérificateur de l'époque, Roger Gauvin. Cette formule a été expliquée dans une lettre que M. Gauvin a adressée aux responsables du ministère du Revenu national en 1981. Le Ministère ne s'est jamais opposé à la formule Gauvin, même si celle-ci réduisait presque à néant la responsabilité fiscale de la contribuable. En même temps qu'elle produisait ses déclarations de revenus et calculait son revenu de placements tiré de la caisse d'assurance-vie d'après la formule Gauvin, la contribuable faisait également parvenir ses états financiers au Bureau du surintendant des institutions financières (ci-après le surintendant des assurances). Les états financiers de la contribuable faisaient état de l'ensemble des revenus de placements tiré de l'actif détenu dans la caisse d'assurance-vie. Par exemple, en 1985, la contribuable a déclaré un revenu de placements de 335 000 \$ au surintendant des assurances. Ce montant comprenait, en partie, des revenus de placements provenant de l'excédent attribuable aux cotisations versées par les non-membres dans la caisse d'assurance-vie. Par comparaison, dans sa déclaration de revenus pour 1985, la contribuable avait déclaré des revenus de placements de 8 500 \$, toujours selon la formule Gauvin. Le ministre demande maintenant que la différence entre les deux montants de revenus de placements soit ajoutée à l'obligation fiscale de la contribuable pour chacune des années d'imposition en question.

6 En 1987, la contribuable a retenu les services de Coopers & Lybrand pour fins de vérification. Agissant pour le compte du vérificateur, A. E. John Thompson a entrepris un examen des méthodes

Thompson concluded that the Gauvin formula did not provide the truest picture of the appellant's life insurance business in that it underreported investment income. He also concluded that the investment income being reported to the Superintendent of Insurance was based on assets far in excess of what the life insurance operation required. Mr. Thompson proposed that the appellant adopt a new method for calculating investment income, the investment base method. Under this method the taxpayer's investment income, for example, for the 1985 taxation year increased from \$8,500 to \$74,000. The adoption of the Thompson formula had the immediate effect of increasing the taxpayer's tax liability not only with respect to the 1988 and subsequent taxation years but also for the preceding years.

comptables de la contribuable. M. Thompson a conclu que la formule Gauvin ne donnait pas l'image la plus fidèle des opérations d'assurance-vie de l'appelante étant donné qu'elle sous-estimait les revenus de placements. Il a également conclu que le revenu de placements déclaré au surintendant des assurances se fondait sur un actif de beaucoup supérieur à ce qu'exigeaient les opérations d'assurance-vie. M. Thompson a proposé à l'appelante d'adopter une nouvelle méthode de calcul de son revenu de placements, c'est-à-dire la méthode de base. En vertu de cette méthode, le revenu de placements de la contribuable pour l'année d'imposition 1985, par exemple, est passé de 8 500 \$ à 74 000 \$. L'adoption de la formule Thompson a eu pour effet immédiat d'augmenter l'obligation fiscale de la contribuable non seulement pour 1988 et les années d'imposition ultérieures, mais aussi pour les années antérieures.

7 In undertaking the review, Mr. Thompson retained the services of an actuary to determine the amount that was actually necessary to support the life insurance business and to recommend to the appellant the amount which could be prudently transferred out of the life insurance fund. Of the approximately \$3.6 million held in the life fund as of 1987, it was determined that approximately \$2.6 million was unnecessary to the operation of the life insurance business. Of the \$1 million remaining in the life fund, approximately \$350,000 represented a special allocation (the minimum surplus amount) to protect against the unknown risk of AIDS-related deaths. Before transferring the \$2.6 million out of the life fund, the taxpayer consulted with the Superintendent of Insurance who, on the basis of the actuarial evidence presented, voiced no objection to the proposed transfer.

Pour les fins de son examen, M. Thompson a retenu les services d'un actuaire afin de déterminer le montant réellement nécessaire aux opérations d'assurance-vie et recommander à l'appelante les sommes qui pourraient sans risque être retirées de la caisse d'assurance-vie. Sur les quelque 3,6 millions de dollars détenus dans la caisse en 1987, on a conclu qu'environ 2,6 millions de dollars n'étaient pas nécessaires aux fins de l'entreprise d'assurance-vie. Sur l'actif restant de 1 million de dollars, environ 350 000 \$ représentaient une affectation spéciale (l'excédent minimum) servant de protection contre le risque inconnu que présentait le SIDA. Avant de retirer les 2,6 millions de dollars de la caisse, la contribuable a consulté le surintendant des assurances qui, en s'appuyant sur la preuve actuarielle fournie, n'a formulé aucune objection concernant le transfert proposé.

8 The taxpayer accepted Mr. Thompson's proposed method of calculating investment income and on its own initiative raised the matter with officials at the Department of National Revenue in 1988. In acknowledging that it had underreported investment income for the 1985, 1986 and 1987 taxation years (and inferentially the 1984 taxation year), the taxpayer agreed that it would have to pay additional

La contribuable a accepté la méthode proposée par M. Thompson pour calculer son revenu de placements et, de sa propre initiative, s'est adressée aux responsables du ministère du Revenu national en 1988 pour la faire valider. En reconnaissant qu'elle avait déclaré pour les années d'imposition 1985, 1986 et 1987 (et par inférence pour 1984) des revenus de placements inférieurs aux revenus réels, la

taxes in the vicinity of \$80,000 based on the Thompson formula. A field auditor with the Department recommended accepting both the taxpayer's proposal to transfer the funds out of the life fund and the Thompson formula for calculating investment income. Initially, therefore, the Minister agreed that the assets found within the life fund during the period 1985 to 1987 did not accurately or reasonably represent those related to the life insurance business. However, the matter was referred to the Tax Avoidance and Audit Applications Division of the Department. Ultimately, it was decided that the taxpayer's proposal should be rejected. Accordingly, the Minister reassessed the taxpayer for the 1984, 1985, 1986 and 1987 taxation years on the basis that all of the investment income earned from the assets held in the life fund in each of those taxation years was to be included in computing the taxpayer's income from its life insurance business. In support of its position the Minister relied on a recent decision of the Federal Court Trial Division, a case which the field auditor felt could be distinguished easily: *Lutheran Life Insurance Society of Canada v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284.

contribuable a accepté de payer des impôts additionnels de l'ordre de 80 000 \$, en se fondant sur la formule Thompson. Un vérificateur local du Ministère a recommandé d'accepter la proposition de la contribuable à la fois pour le retrait des fonds de la caisse d'assurance-vie et la formule Thompson pour calculer le revenu de placements. Initialement, donc, le ministre a accepté que l'actif se trouvant dans la caisse d'assurance-vie au cours des années 1985 à 1987 ne représentait pas de façon exacte ou raisonnable l'actif lié aux opérations d'assurance-vie. Toutefois, la question a été transmise à la Division de l'évitement fiscal et des demandes de vérification du Ministère. Finalement, il a été décidé que la proposition de la contribuable devait être rejetée. Par conséquent, le ministre a établi une nouvelle cotisation pour les années d'imposition 1984, 1985, 1986 et 1987 de la contribuable au motif que la totalité du revenu de placements tiré de l'actif de la caisse d'assurance-vie pour chacune de ces années d'imposition devait être inclus dans le calcul du revenu que la contribuable tirait de ses opérations d'assurance-vie. À l'appui de sa position, le ministre s'est fondé sur une décision récente de la Section de première instance de la Cour fédérale, mais, d'après le vérificateur local, on peut facilement établir une distinction avec cette décision: *Lutheran Life Insurance Society of Canada c. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284.

9 The Tax Court Judge made two critical findings. First, he concluded that for purposes of the *Income Tax Act* the assets necessary for the taxpayer to carry on its life insurance business are those which the taxpayer determines should be in the fund at any one time. In other words, it is simply a business decision to be made by the taxpayer subject to any direction that might be made by the Superintendent of Insurance. Second, as long as assets remain in the life fund they are affixed with a "statutory condition or charge" pursuant to subsection 81(1) of the Insurance Act. In the opinion of the Tax Court Judge that subsection makes all of the assets in the life fund a constituent part of the taxpayer's life insurance business. Alternatively expressed, subsection 81(1) was held to have the effect of "lock[ing] the investment income producing assets in a fund like the life fund into a fundamental purpose of a life insurance

Le juge de la Cour de l'impôt a tiré deux conclusions essentielles. Premièrement, il a statué que, pour les fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'actif nécessaire aux opérations d'assurance-vie de la contribuable est celui qui, d'après la contribuable, devrait se trouver dans la caisse à n'importe quel moment. Autrement dit, il s'agit simplement d'une décision de gestion qu'il incombe à la contribuable de prendre, sous réserve de toute directive que peut lui donner le surintendant des assurances. Deuxièmement, tant et aussi longtemps que l'actif demeure dans la caisse, il est assujéti à une «condition ou une exigence [*charge*] légale» aux termes du paragraphe 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance. De l'avis du juge de la Cour de l'impôt, l'effet de cette disposition est que l'actif de la caisse d'assurance-vie fait intégralement partie de l'entreprise d'assurance-vie de la contribuable. Autrement

9

business, the payment of claims” (reasons, at page 2686). Subsection 81(1) reads as follows:

81. (1) Subject to subsection (2), where any company, in the exercise of its powers, combines such business with other classes of insurance business, it shall maintain separate and distinct accounts, funds and securities in respect of its life insurance business, and such funds and securities shall be available only for the protection of the holders of its policies of life insurance, and shall not be liable for the payment of claims arising from the other class or classes of business that the company transacts.

dit, l'effet du paragraphe 81(1) est «de bloquer les actifs producteurs du revenu de placements dans une caisse comme la caisse d'assurance-vie, et ce, aux fins fondamentales de l'entreprise d'assurance-vie, à savoir le règlement des sinistres» (motifs, à la page 2686). Le paragraphe 81(1) est formulé dans les termes suivants:

81. (1) Sous réserve du paragraphe (2), lorsqu'une compagnie combine dans l'exercice de ses pouvoirs, ces opérations avec celles d'autres classes d'opérations d'assurance, elle doit tenir des comptes, des caisses et des garanties séparés et distincts à l'égard de ses opérations d'assurance-vie, et ces caisses et garanties doivent servir uniquement à la protection des porteurs de ses polices d'assurance-vie et ne garantir aucunement le paiement de réclamations provenant d'une autre classe ou d'autres classes d'opérations faites par la compagnie.

10 Having decided that all of the investment income derived from the assets of the life fund were to be treated as taxable income for the taxation years in question, the Tax Court Judge went on to conclude that it was unnecessary to deal with the jurisprudence outlining the tests to be applied when determining whether certain property or assets are used or held by a corporation in the course of carrying on a business. Specifically the taxpayer relied on the decision of the Supreme Court of Canada in *Ensite Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509 and the judgment of this Court in *R. v. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 F.C. 609 (C.A.).

Ayant décidé que la totalité du revenu de placements tiré de l'actif de la caisse d'assurance-vie devait être considérée comme un revenu imposable pour les années d'imposition en question, le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la jurisprudence énonçant les critères à appliquer pour déterminer s'il s'agit du revenu tiré d'un bien dont la corporation a eu la possession ou l'usage aux fins de l'exploitation de l'entreprise. Plus précisément, la contribuable s'est appuyée sur la décision de la Cour suprême du Canada dans *Ensite Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509, et sur le jugement de la présente Cour dans *R. c. Marsh & McLennan, Limited*, [1984] 1 C.F. 609 (C.A.).

11 I pause here to note that the test outlined in the two cases noted above is expressed in terms of whether property is “employed and risked in the business”. In turn, for a property to be so employed and risked it is generally accepted that it must be integral to the continued operation of the business in question. For purposes of deciding this appeal, and for reasons which will be made evident, I shall continue to pursue the principal issue as stated at the outset in terms of whether all of the assets in the life fund were “necessary” to the taxpayer’s life insurance business.

Je fais une digression ici pour faire observer que le critère énoncé dans les deux arrêts précités vise à déterminer si les biens «sont utilisés et risqués dans l'entreprise». En retour, pour que le bien soit utilisé et risqué, il est généralement accepté qu'il doit faire intégralement partie de l'opération continue de l'entreprise en question. Pour les fins du présent appel, et pour des raisons qui deviendront évidentes, je continuerai de traiter de la question principale comme elle a été énoncée au début des présents motifs, savoir si la totalité de l'actif de la caisse d'assurance-vie était «nécessaire» à l'entreprise d'assurance-vie de la contribuable.

12 In my respectful opinion, the learned Tax Court Judge erred in his findings. My analysis begins with

En toute déférence, je suis d'avis que le juge de la Cour de l'impôt a tiré des conclusions entachées

a consideration of the effect of subsection 81(1) of the Insurance Act.

13 At the outset of the oral hearing, this Court expressed the view to counsel for the parties that regardless of what may be the true legal effect of subsection 81(1) of the Insurance Act it could not by any stretch of the imagination be deemed to impose a charge on assets contained within the life fund. Not even the most liberal of readings of that subsection could support such a position and I do not think that the Tax Court Judge intended to use the word “charge” as a term of art. In short, this is not a case where it is appropriate to introduce principles of real or personal property security law in order to resolve a tax issue. It is sufficient to speak of subsection 81(1) in terms of imposing a statutory condition or directive. The proper true question is whether that provision has the legal effect of “locking in” all of the assets held in the life fund as determined by the Tax Court Judge. The Minister recasts the question in terms of the allegation that a fraternal benefit society can only withdraw funds from a life fund with the approval of the Superintendent of Insurance and, therefore, until such time as permission is granted all of the assets must be deemed to be necessary to the life insurance business. In my opinion, subsection 81(1) cannot be construed in the manner advocated.

14 First, where a restriction on the transfer of funds is intended the Insurance Act clearly sets out the restriction. One need go no further than subsection 81(7) which restricts the transfer of segregated funds (e.g. RRSP monies) without the consent of the Superintendent. No similar provision exists for the transfer of unsegregated amounts in the life fund to other funds. Second, with respect to fraternal benefit societies the Superintendent merely requires a declaration from the society’s actuary that the assets of each fund are sufficient to provide for the payment of all of the obligations of the fund without deductions or abatement. This is provided for in subsec-

d’erreurs. Je commencerai mon analyse en examinant l’effet du paragraphe 81(1) de la Loi sur les compagnies d’assurance.

13 À l’ouverture de l’audience, la Cour a informé les avocats des parties qu’à son avis, abstraction faite de ce que pouvait être le véritable effet juridique du paragraphe 81(1) de la Loi sur les compagnies d’assurance, celui-ci ne pouvait en aucun cas être réputé imposer une charge sur l’actif conservé dans la caisse d’assurance-vie. Même l’interprétation la plus libérale de ce paragraphe ne peut appuyer une telle position et je ne crois pas que le juge de la Cour de l’impôt ait eu l’intention d’utiliser le terme anglais «charge» dans un sens technique. Bref, il ne s’agit pas d’un cas où il est approprié d’introduire des principes de droit associés aux garanties consenties sur des biens meubles et immeubles afin de trancher des questions d’ordre fiscal. Il suffira de dire que le paragraphe 81(1) impose une condition ou une directive légale. La véritable question est de savoir si cette disposition a pour effet juridique «de bloquer» la totalité de l’actif détenu dans la caisse d’assurance-vie comme l’a conclu le juge de la Cour de l’impôt. Le ministre a reformulé la question en alléguant qu’une société de secours mutuels ne peut retirer des fonds d’une caisse d’assurance-vie qu’avec l’approbation du surintendant des assurances et, par conséquent, tant que cette autorisation n’est pas accordée, la totalité des fonds doit être considérée comme étant nécessaire à l’entreprise d’assurance-vie. À mon avis, le paragraphe 81(1) ne peut être interprété de la façon proposée.

14 Tout d’abord, lorsqu’une restriction au transfert de fonds s’applique, la Loi sur les compagnies d’assurance énonce clairement cette restriction. Il suffit pour s’en convaincre de lire le paragraphe 81(7) qui restreint le transfert de fonds distincts (par exemple, les fonds provenant des REER) sans le consentement du surintendant. Aucune disposition semblable n’existe pour le transfert de sommes non distinctes conservées dans la caisse d’assurance-vie à d’autres caisses. Deuxièmement, pour ce qui a trait aux sociétés de secours mutuels, le surintendant exige simplement une déclaration de l’actuaire de la société attestant que l’actif de chaque caisse est suffi-

tion 95(2). Third, and furthermore, section 97 outlines the manner in which the Superintendent is to respond to a society which has unwisely transferred monies out of any one fund. Where it appears to the Superintendent that the assets in a fund are insufficient a special report is to be forwarded to the Minister who is entitled to request the society to make good the deficiency within a period not exceeding four years. A failure to comply results in forfeiture of status as a fraternal benefit society. This is a convenient place to reproduce subsections 81(7), 95(2) and section 97 of the Insurance Act:

**81. . . .**

(7) Where a separate and distinct fund with separate assets is maintained pursuant to subsection (6), the assets of the fund so maintained shall be available only to meet the liabilities arising under policies in respect of which the fund is maintained, except that

(a) amounts transferred to the separate and distinct fund from another fund of the company may, subject to the approval of the Superintendent, be withdrawn from the separate and distinct fund and transferred to such other fund as the directors may determine; and

(b) any assets remaining in the separate and distinct fund after the discharge of all of the company's liabilities in respect of the policies for which the fund is maintained, may be transferred to such other fund as the directors may determine.

[A subsequent amendment to this subsection appears to eliminate the requirement that amounts transferred be approved by the Superintendent.]

. . .

**95. . . .**

(2) Such report shall include a declaration by the actuary that in his opinion the assets of the society applicable to each fund, taken at the value accepted by the Superintendent, together with the premiums, dues and other contributions to be thereafter received from the members according to the scale in force at the date of the valuation, are sufficient to provide for the payment at maturity of all the obligations of the fund without deductions or abatement.

. . .

sant pour garantir le paiement de toutes les obligations de la caisse sans déduction ni réduction. C'est ce que prévoit le paragraphe 95(2). Troisièmement, l'article 97 énonce de plus la façon dont le surintendant doit répondre à une société qui a imprudemment retiré une partie de l'actif de la caisse. Lorsque le surintendant est d'avis que l'actif de la caisse est insuffisant, un rapport spécial doit être envoyé au ministre qui est en droit de demander à la société de combler le déficit dans une période ne dépassant pas quatre ans. Si la société ne se conforme pas à la demande dans ce délai, son certificat d'enregistrement peut lui être retiré. Il convient ici de reproduire les paragraphes 81(7) et 95(2) et l'article 97 de la Loi sur les compagnies d'assurance:

**81. . . .**

(7) Lorsqu'une caisse séparée et distincte, ayant un actif particulier, est maintenue en conformité du paragraphe (6), l'actif de la caisse ainsi maintenue ne doit être disponible que pour satisfaire aux engagements qui découlent des polices à l'égard desquelles la caisse est maintenue, sauf que

a) les montants transférés d'une autre caisse de la compagnie à la caisse séparée et distincte peuvent, sous réserve de l'approbation du surintendant, être retirés de la caisse séparée et distincte et transférés à telle autre caisse que déterminent les administrateurs; et

b) tout actif restant dans la caisse distincte et séparée, après l'acquittement de tous les engagements de la compagnie à l'égard des polices, pour lesquelles la caisse est maintenue, peut être transféré à telle autre caisse que déterminent les administrateurs.

[Une modification apportée ultérieurement à cette disposition semble supprimer l'obligation de faire approuver le transfert des sommes par le surintendant.]

. . .

**95. . . .**

(2) Ce rapport doit contenir une déclaration dudit actuaire portant que, à son avis, l'actif que la société peut affecter à chaque caisse, évalué selon une estimation agréée du surintendant, est suffisant, en y ajoutant les primes, sommes dues et autres contributions à recevoir ultérieurement des membres, selon les taux en vigueur à la date de ladite évaluation, pour garantir le paiement à échéance de tous les engagements de la caisse, sans déduction ni réduction.

. . .

97. (1) Where it appears to the Superintendent, from the annual statement filed with him or from any examination or valuation made in pursuance of this Act, that the assets of any fraternal benefit society registered under this Act, or of any benefit fund thereof, are insufficient to provide for the maturity of its policies without deduction or abatement or without increase of premiums or additional premiums, he shall make a special report to the Minister on the condition of the society and shall in such report state the amount of the deficiency in the society's assets, shown by the annual statement or by any examination or valuation made as aforesaid; but, before so reporting to the Minister, the Superintendent may make a special valuation of the liabilities of the society under the said policies.

(2) Where the Minister after consideration of the special report concurs in the opinion of the Superintendent, he shall request the society within such time, not exceeding four years, as he may prescribe, to make good the deficiency.

(3) Where the society does not within the time so prescribed comply with the request of the Minister, the certificate of registry of the society may be withdrawn.

15 Reading the provisions of the Insurance Act collectively it is apparent that a decision to transfer assets out of a fund at any one time is a matter of judgment within the discretion of the fraternal society. No prior approval by the Superintendent is required as submitted by the Minister. This conclusion is reinforced by the reasons of MacKay J. in *Lutheran Life, supra*, which outline the true purpose of subsection 81(1) (at page 296):

Subsection 81(1) directs that a society combining operations of a life insurance business and another insurance business shall maintain separate accounts for its life insurance business, and funds and securities held in those accounts are to be available only for the protection of life insurance policy holders and are not liable for claims arising from other insurance operations carried on by the Society.

16 In concluding that subsection 81(1) does not have the legal effect imputed by the Tax Court Judge and the Minister, it remains to be decided whether the fact that the taxpayer elected not to withdraw surplus monies out of the life fund until 1988 is deter-

97. (1) S'il apparaît au surintendant, d'après l'état annuel qui lui a été remis, ou d'après un examen ou une évaluation faite en conformité de la présente loi, que l'actif d'une société de secours mutuels enregistrée sous le régime de la présente loi, ou de l'une de ses caisses de prestations, ne suffit pas à assurer le paiement à échéance de ses polices, sans déduction ou réduction, ou sans une augmentation des primes ou sans surprimes, le surintendant doit adresser au Ministre un rapport spécial sur la situation de la société et indiquer dans ce rapport le montant qui manque à l'actif de la société et que révèle l'état annuel ou un examen ou une évaluation opéré comme il est susdit. Le surintendant peut, toutefois, avant de faire ainsi rapport au Ministre, procéder à une évaluation spéciale des engagements de la société aux termes desdites polices.

(2) Si, après avoir pris ledit rapport en considération, le Ministre partage l'opinion du surintendant, il doit demander que, dans le délai qu'il peut prescrire, soit quatre années au maximum, la société comble le déficit.

(3) Si la société ne se conforme pas à la requête du Ministre dans le délai prescrit, son certificat d'enregistrement peut être retiré.

15 Il ressort des dispositions de la Loi sur les compagnies d'assurance, dans leur ensemble, collectivement, que la décision de transférer des fonds en dehors d'une caisse à n'importe quel moment est une question de jugement qui relève du pouvoir discrétionnaire de la société de secours mutuels. Aucune approbation préalable n'est requise du surintendant, comme le prétend le ministre. Cette conclusion est renforcée par les motifs du juge MacKay dans la décision *Lutheran Life*, précitée, qui énonce le véritable objet du paragraphe 81(1) (à la page 296):

Le paragraphe 81(1), oblige une société qui combine des opérations d'assurance-vie et d'autres opérations d'assurance à tenir des comptes distincts pour ses opérations d'assurance-vie; les caisses et les garanties détenues dans ces comptes doivent servir uniquement à la protection des détenteurs des polices d'assurance-vie et ne garantir aucunement le paiement de réclamations provenant d'autres opérations d'assurance exploitées par la société.

16 Une fois qu'on a conclu que le paragraphe 81(1) n'a pas l'effet juridique que lui prêtent le juge de la Cour de l'impôt et le ministre, il reste à déterminer si le fait que la contribuable a choisi de ne pas retirer l'excédent de la caisse d'assurance-vie avant

minative of the outcome of this appeal. In my respectful opinion it is not.

1988 décide de l'issue du présent appel. En toute déférence, je ne crois pas que ce soit le cas.

17 As I understand it, the Minister's alternative submission before both the Tax Court and this Court is that all of the assets retained within the life fund were committed to and employed in carrying on the taxpayer's life insurance business and, therefore, were "risky" in that business. In the opinion of the Minister, this is so because the taxpayer permitted the assets to remain in the fund as a matter of business judgment. Specifically it is argued that the decision not to withdraw surplus monies from the life fund was based on concern over the possibility of AIDS-related claims. I shall turn to the AIDS issue first.

D'après mon interprétation, l'argument subsidiaire que le ministre a formulé tant devant la Cour de l'impôt que devant la présente Cour suppose que la totalité de l'actif conservé dans la caisse d'assurance-vie a été engagé et employé aux fins des opérations d'assurance-vie de la contribuable et donc qu'il était «risqué» dans l'entreprise. De l'avis du ministre, il en est ainsi parce que la contribuable a pris une décision de gestion, celle de conserver l'actif dans la caisse. Plus précisément, on fait valoir que la décision de ne pas retirer l'excédent de la caisse d'assurance-vie se fondait sur l'inquiétude que posait l'augmentation possible des réclamations attribuables au SIDA. J'aborderai tout d'abord la question du SIDA.

18 The taxpayer counters the above argument by maintaining that it did not turn its mind to the growing surplus in the life fund until 1988 when concerns were first expressed about the possibility of increased life insurance claims arising from the spread of AIDS. The taxpayer acknowledges that an additional \$350,000 was set aside in 1988 to cover this extraordinary contingency. With respect to the Minister's allegation that the AIDS concern was a factor with respect to all of the taxation years in question and not just in 1988, the taxpayer points out that in 1985 the threat of AIDS had not even been recognized or fully appreciated.

La contribuable conteste l'argument précité en faisant valoir qu'elle ne s'est pas préoccupée de l'accroissement graduel de l'excédent dans la caisse d'assurance-vie avant 1988, quand des préoccupations ont été exprimées pour la première fois au sujet d'une augmentation possible des réclamations d'assurance-vie découlant de la propagation du SIDA. La contribuable reconnaît qu'une somme additionnelle de 350 000 \$ a été affectée en 1988 pour prévoir cette éventualité extraordinaire. En réponse à l'allégation du ministre selon laquelle les préoccupations au sujet du SIDA ont été un facteur pertinent pendant toutes les années d'imposition en question et non simplement en 1988, la contribuable signale qu'en 1985 la menace que représentait le SIDA n'avait même pas encore été reconnue ni pleinement évaluée.

19 In my opinion, the evidence clearly supports the position of the taxpayer. Both the documentary evidence and transcript reveal that the taxpayer's concern over the effect on its insurance business of the spread of AIDS did not surface until 1988 and not in the earlier taxation years: see Appeal Book, Vol. III, at page 390 and Appeal Book, Vol. II of Appendix, at page 294. The sole passage referred to us by counsel for the Minister cannot be construed as a contrary admission: see Appeal Book, Vol. II,

À mon avis, la preuve appuie manifestement la position de la contribuable. La preuve documentaire et la transcription révèlent que les préoccupations de la contribuable concernant l'effet qu'aurait la propagation du SIDA sur ses opérations d'assurance-vie n'ont pas été exprimées avant 1988 et certainement pas dans les années d'imposition antérieures: voir le dossier d'appel, vol. III, à la page 390 et vol. II de l'annexe, à la page 294. Le seul passage qui nous a été cité par l'avocat du ministre ne peut être inter-

at pages 300-301.

prété comme un aveu contraire: voir le dossier d'appel, vol. II, aux pages 300 et 301.

20 Even if I were to come to a different conclusion on the AIDS issue, the question would remain whether the decision of the taxpayer not to withdraw monies from the life fund is determinative of the issue as to whether all of the assets were necessary for purposes of carrying on the taxpayer's life insurance business. In my opinion, the answer to that question must be framed in the negative.

Même si je devais en venir à une conclusion 20  
différente au sujet du SIDA, la question demeure de savoir si la décision de la contribuable de ne pas retirer une partie de l'actif de la caisse d'assurance-vie règle définitivement la question de savoir si la totalité de l'actif était nécessaire pour les opérations d'assurance-vie de la contribuable. À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative.

21 I am prepared to accept that it would have been open to the Tax Court Judge to draw an inference from the fact that the taxpayer was content to leave all of the monies in the life fund until 1988. The inference would be that monies or assets left in the life fund are necessary for purposes of the taxpayer's life insurance business. I would also be prepared to accept that a similar inference could be drawn from the fact that the financial statements submitted to the Superintendent of Insurance declare all of the investment income as related to the life fund. However, this is not the stance adopted by the Minister who argues *simpliciter* that the business decision not to remove assets from the life fund is determinative of the principal issue raised on the appeal.

Je suis disposé à accepter qu'il aurait été loisible 21  
au juge de la Cour de l'impôt de tirer une inférence du fait que la contribuable s'est contentée de laisser la totalité de l'actif dans la caisse d'assurance-vie jusqu'en 1988. Il aurait en effet pu en déduire que l'actif laissé dans la caisse était nécessaire aux fins des opérations d'assurance-vie de la contribuable. Je serais également disposé à accepter qu'une inférence semblable aurait pu être tirée du fait que les états financiers fournis au surintendant des assurances déclaraient que la totalité des revenus de placements étaient rattachés à la caisse d'assurance-vie. Toutefois, ce n'est pas la position qu'a adoptée le ministre qui fait tout simplement valoir que la décision de gestion de ne pas retirer une partie de l'actif de la caisse d'assurance-vie règle la question principale soulevée en appel.

22 In effect, the Minister's argument hinges on the understanding that the sole basis for determining whether monies are necessary, that is to say risked and employed in the life insurance business, is to look at what the taxpayer did and not what it might have done. Both the Tax Court Judge and the Minister rely on a passage from *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at page 55, in which Dickson C.J. states that "the courts must deal with what the taxpayer actually did, and not what he might have done".

En fait, l'argument du ministre repose sur l'hypo- 22  
thèse selon laquelle le seul fondement pour déterminer si les fonds sont nécessaires, c'est-à-dire risqués et employés dans les opérations d'assurance-vie, consiste à examiner ce que la contribuable a fait et non pas ce qu'elle aurait pu faire. Tant le juge de la Cour de l'impôt que le ministre se sont appuyés sur un passage de l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, à la page 55, dans lequel le juge en chef Dickson déclare que «les tribunaux doivent tenir compte de ce que le contribuable a réellement fait et non pas de ce qu'il aurait pu faire».

23 In my respectful opinion, the comments of Dickson C.J. in *Bronfman* are inapplicable to the present case for the reason that the former Chief Justice's remarks are cited out of context. In

En toute déférence, les observations formulées par 23  
le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman* sont inapplicables en l'espèce pour la simple raison que ces observations sont citées hors contexte. Dans

*Bronfman* the taxpayer was seeking to deduct interest payments on a loan, the proceeds of which were used to make a capital allocation to a beneficiary under a trust. The trustees argued that had they sold off some of the trust's assets to make the allocation and then turned around and repurchased the assets with a bank loan, the trust would have been entitled to deduct the interest payments on the loan. Therefore, the trustees maintained that the trust should be entitled to deduct the interest payments even if the trustees did not go so far as to structure the transaction in a manner which would allow for the deduction of interest. It is to this context that Dickson C.J. directed his remarks.

24 In my opinion, the comments of the former Chief Justice have no application to cases such as the one under consideration. The question before this Court is not whether the taxpayer could have withdrawn the surplus assets so as to avoid investment income being attributed to the life insurance business. Clearly, the taxpayer could have done so. Rather the question is whether all of the assets in the life fund were necessary to the life insurance component of the taxpayer's business. The second question stands alone from the first.

25 I need go no further than two cases to find authority or support for the proposition that the conduct of, or business judgment exercised by, a taxpayer is not determinative of the issue of whether certain assets were necessary for purposes of carrying on a business. The first is a decision of Strayer J. (as he then was): *McCutcheon Farms Ltd. v. M.N.R.*, [1991] 1 C.T.C. 50 (F.C.T.D.). The second is *Lutheran Life* referred to earlier in these reasons.

26 In *McCutcheon* the corporate taxpayer had received interest income with respect to substantial term deposits. The question to be decided was whether the interest income could be characterized as income from an active business. A positive response would have permitted the taxpayer to claim

l'arrêt *Bronfman*, le contribuable cherchait à déduire les paiements d'intérêt relatifs à un emprunt, dont le produit avait été utilisé pour faire des versements de capital à la bénéficiaire d'une fiducie. Les fiduciaires faisaient valoir que s'ils avaient vendu une partie de l'actif de la fiducie pour faire les versements et qu'ensuite ils avaient contracté un emprunt pour racheter l'actif ainsi liquidé, la fiducie aurait eu le droit de déduire l'intérêt payé sur l'emprunt. Par conséquent, les fiduciaires ont fait valoir que la fiducie devait avoir le droit de déduire l'intérêt même si l'opération n'avait pas été montée d'une façon permettant de déduire les intérêts. C'est dans ce contexte que s'appliquent les observations du juge en chef Dickson.

À mon avis, les observations de l'ancien juge en chef n'ont aucune application à des causes comme celle qui est à l'étude. La question dont est saisie la présente Cour n'est pas de savoir si la contribuable aurait pu retirer l'excédent de façon à éviter que le revenu de placements soit attribué aux opérations d'assurance-vie. Manifestement, la contribuable aurait pu agir de la sorte. La question est plutôt de savoir si la totalité de l'actif de la caisse d'assurance-vie est nécessaire à la composante assurance-vie de l'entreprise de la contribuable. Cette deuxième question est différente de la première.

Il suffira de citer deux décisions pour établir et appuyer la proposition selon laquelle la conduite d'un contribuable ou le jugement que celui-ci a exercé dans le cadre de sa gestion ne règle pas la question de savoir si une partie de l'actif était nécessaire aux fins de l'exploitation de l'entreprise. La première est une décision du juge Strayer (tel était alors son titre): *McCutcheon Farms Ltd. c. M.R.N.*, [1991] 1 C.T.C. 50 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). La deuxième est la décision *Lutheran Life* qui a déjà été mentionnée dans les présents motifs.

Dans la décision *McCutcheon*, la société contribuable avait touché un revenu d'intérêt provenant de dépôts à terme assez importants. La question à trancher était de savoir si le revenu d'intérêt pouvait être considéré comme un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement. Une réponse affirmative à cette

the “small business deduction” in respect thereof. Strayer J. concluded that since the taxpayer had never needed to redeem any of the term deposits in carrying on its business and had not provided sufficient evidence that even in times of emergency it would be required to do so the interest income could not be characterized as income from an active business.

27 In the present case, if I were to accept the Minister’s argument then I would also have to conclude that *McCutcheon* was wrongly decided on the basis that the corporate taxpayer’s decision to set aside certain funds in case of emergencies should have been determinative of the taxation issue. That is to say, one need go no further than the business decision taken by the taxpayer. In the end *McCutcheon* reaffirms the general understanding that the onus is on the taxpayer to establish what is or is not necessary for purposes of carrying on a business. On reflection it should be apparent that in effect the Minister is arguing for a subjective standard of “necessity” and not an objective one as established in *McCutcheon*. The objective standard was also applied by MacKay J. in *Lutheran Life*.

28 In *Lutheran Life* the taxpayer was a fraternal benefit society which extended life insurance, sickness and accident insurance, and certain fraternal benefits to its members. The society, however, only maintained one fund, a life fund. It argued that a portion of the assets that were credited to the life fund could be traced to contributions related to the fraternal operations of the society. Accordingly, the taxpayer argued that it was entitled to deduct from the investment income attributed to its life insurance business a portion of the investment income alleged to be attributable to the society’s fraternal assets. In its financial statements filed with the Superintendent of Insurance the taxpayer did not distinguish between investment income attributable to fraternal assets and investment income from the life insurance business. The distinction, however, was made in the income returns submitted to the Minister.

question aurait permis à la contribuable de réclamer la «déduction pour PME» applicable. Le juge Strayer a conclu que puisque la contribuable n’avait jamais eu besoin d’encaisser aucun des dépôts à terme pour mener à bien ses opérations et qu’elle n’avait pas fourni d’éléments de preuve suffisants pour démontrer que, même dans un cas d’urgence, elle serait obligée de le faire, le revenu d’intérêt ne pouvait être considéré comme un revenu tiré d’une entreprise exploitée activement.

27 En l’espèce, si j’acceptais l’argument du ministre, je devrais également conclure que l’affaire *McCutcheon* a été décidée de façon erronée au motif que la décision de la société contribuable de mettre de côté certains fonds en cas d’urgence aurait dû régler définitivement la question fiscale. Autrement dit, il n’est pas nécessaire de chercher plus loin que la décision de gestion prise par la contribuable. Au bout du compte, la décision *McCutcheon* réaffirme le principe général selon lequel il incombe au contribuable d’établir ce qui est ou non nécessaire pour exploiter son entreprise. À la réflexion, il est manifeste qu’en fait le ministre propose une norme suggestive de «nécessité» et non une norme objective comme celle qui a été établie dans *McCutcheon*. La norme objective a également été appliquée par le juge MacKay dans la décision *Lutheran Life*.

28 Dans la décision *Lutheran Life*, la contribuable était une société de secours mutuels qui offrait des prestations d’assurance-vie, d’assurance-accident et d’assurance-maladie, ainsi que certaines prestations de secours mutuels à ses membres. Toutefois, la société ne maintenait qu’une seule caisse, la caisse d’assurance-vie. Elle a fait valoir qu’une partie de l’actif de la caisse d’assurance-vie provenait de cotisations ayant trait aux opérations de secours mutuels de la société. Par conséquent, la contribuable soutenait qu’elle était en droit de déduire du revenu de placements rattaché à ses opérations d’assurance-vie une partie du revenu de placements qui, selon elle, était attribuable à l’actif de secours mutuels de la société. Dans ses états financiers déposés auprès du surintendant des assurances, la contribuable n’avait pas fait la distinction entre le revenu de placements produit par l’actif des secours mutuels

29 MacKay J. concluded that the Insurance Act did not impose an obligation on the taxpayer to establish a separate fund for fraternal activities. The failure to do so had the effect of placing the onus on the taxpayer to establish that the deduction from investment income of monies earned from assets for fraternal purposes other than insurance was not income from its life insurance business as reported. On the facts, MacKay J. concluded “that investment income attributable to fraternal activities other than insurance has not been proven for the purpose of exempting it from life insurance income subject to taxation” (at page 297).

30 In summary, neither subsection 81(1) of the Insurance Act nor the decision of the taxpayer not to withdraw assets out of the life fund is determinative of what assets are necessary for purposes of carrying on a life insurance business. The onus, however, rests on the taxpayer to establish what proportion of the investment income relates to the life insurance business. The fact that the taxpayer submitted financial documents to the Superintendent of Insurance allocating all of the investment income to the life fund and that the taxpayer declined to remove surplus assets from that fund are at best factors which support the inference that all of the assets held in the life fund were necessary for the life insurance operation. Such an inference, however, can be displaced by the taxpayer adducing persuasive evidence to the contrary.

31 At the hearing of the appeal a question was raised as to the appropriate remedy, as the Tax Court did not decide whether the taxpayer had met the onus of establishing that not all of the investment income was attributable to the life insurance business. Spe-

et le revenu de placements rattaché à ses opérations d'assurance-vie. Toutefois, la distinction avait été faite dans les déclarations de revenus produites auprès du ministre.

Le juge MacKay a conclu que la Loi sur les compagnies d'assurance n'imposait pas à la contribuable l'obligation d'établir une caisse distincte pour les activités de secours mutuels. L'omission de le faire avait cependant pour effet d'imposer à la contribuable le fardeau d'établir que la déduction d'une partie du revenu de placements généré par l'actif affecté aux activités de secours mutuels, autres que l'assurance, ne constituait pas un revenu tiré de ses opérations d'assurance-vie comme elle l'avait déclaré. D'après les faits, le juge MacKay a conclu «qu'on n'a pas établi qu'il y avait un revenu de placements attribuable aux activités de secours mutuels, autres que l'assurance, susceptible d'être défalqué du revenu d'assurance-vie assujetti à l'impôt» (à la page 297).

En résumé, ni le paragraphe 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance, ni la décision de la contribuable de ne pas retirer une partie de l'actif de la caisse d'assurance-vie ne règle la question de savoir quel actif est nécessaire aux fins des opérations d'assurance-vie. Toutefois, il incombe à la contribuable d'établir la proportion du revenu de placements qui se rattache à ses opérations d'assurance-vie. Le fait que la contribuable ait déposé des états financiers auprès du surintendant des assurances en attribuant la totalité du revenu de placements à la caisse d'assurance-vie et qu'elle ait refusé de retirer l'excédent de cette caisse sont, au mieux, des facteurs qui appuient l'inférence selon laquelle la totalité de l'actif détenu dans la caisse d'assurance-vie était nécessaire aux opérations d'assurance-vie. Toutefois, une telle inférence peut être réfutée si la contribuable produit des éléments de preuve convaincants à l'effet contraire.

À l'audition de l'appel, une question a été posée au sujet du redressement qui serait approprié, étant donné que le juge de la Cour de l'impôt n'a pas décidé si la contribuable s'était acquittée du fardeau d'établir que son revenu de placements n'était pas

cifically, the Tax Court Judge made no findings as to the validity of the Thompson formula and the allocations made by the taxpayer as outlined at pages 2680-2682 of the Tax Court Judge's decision. In my opinion, there is simply no need to remit the matter to the Tax Court Judge for further consideration. Let me explain.

32 From the outset and in the pleadings the Minister has taken the position that all of the investment income is taxable. Paragraph 14 of the Minister's reply to the taxpayer's notice of appeal makes this clear (Appeal Book, Vol. I, at page 14):

B. THE ISSUES TO BE DECIDED

14. The Respondent submits that the only issue to be decided is whether all of the income of the Appellant from the fund and securities which formed part of the Appellant's life insurance fund in the 1985, 1986 and 1987 taxation years was income of the Appellant from carrying on its life insurance business, within the meaning of subsections 138 (1) and (2) of the *Income Tax Act*.

33 In support of his position the Minister has invoked only two legal arguments. Had this Court accepted either one then the decision of the Tax Court Judge would have to stand. But nowhere can I find any allegation by the Minister that the Thompson formula was flawed or, more importantly, that the taxpayer failed to meet its onus of establishing what portion of the investment income was attributable to the taxpayer's insurance business. I agree with counsel for the taxpayer that the proper remedy is to remit the matter to the Minister on the understanding that the original assessments are valid. If the taxpayer remains intent on paying more tax for the 1985 to 1987 taxation years it may do so even though no legal obligation exists.

34 I would allow the appeal with costs here and below, set aside the judgment of the Tax Court of

totalement attribuable à ses opérations d'assurance-vie. Plus précisément, le juge de la Cour de l'impôt n'a tiré aucune conclusion quant à la validité de la formule Thompson et aux affectations faites par la contribuable comme il est indiqué aux pages 2680 à 2682 de la décision du juge de la Cour de l'impôt. À mon avis, il n'est tout simplement pas nécessaire de renvoyer l'affaire au juge de la Cour de l'impôt pour un examen plus approfondi. Je m'explique.

Dès le début et dans les plaidoiries, le ministre a adopté la position selon laquelle la totalité du revenu de placements était imposable. Le paragraphe 14 de la réponse du ministre à l'avis d'appel de la contribuable énonce clairement sa position (dossier d'appel, vol. I, à la page 14):

[TRADUCTION] B. LES QUESTIONS À TRANCHER

14. L'intimée fait valoir que la seule question à trancher consiste à déterminer si la totalité du revenu tiré de la caisse et des titres qui faisaient partie de la caisse d'assurance-vie de l'appelante dans les années d'imposition 1985, 1986 et 1987 constitue un revenu que l'appelante a tiré de l'exploitation de son entreprise d'assurance-vie, au sens des paragraphes 138 (1) et (2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

À l'appui de sa position, le ministre n'a invoqué que deux arguments juridiques. Si la Cour avait accepté l'un ou l'autre de ses arguments, la décision du juge de la Cour de l'impôt aurait dû être maintenue. Mais la Cour ne trouve nulle part d'allégation faite par le ministre voulant que la formule Thompson soit lacunaire ou, ce qui est plus important, que la contribuable ne s'est pas acquittée de son fardeau d'établir quelle partie du revenu de placements était attribuable à son entreprise d'assurance-vie. Je suis d'accord avec l'avocat de la contribuable pour dire que le redressement approprié consiste à renvoyer la question au ministre en lui précisant que les cotisations initiales étaient valides. Si la contribuable a toujours l'intention de payer un montant d'impôt supérieur pour les années d'imposition 1985 à 1987, elle peut le faire, mais elle n'est tenue à aucune obligation légale à cet égard.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens devant la présente Cour et devant la Cour de l'im-

Canada dated June 21, 1995, allow the appeal from the reassessments and remit the matter to the Minister for reconsideration in a manner consistent with these reasons.

STRAYER J.A.: I agree.

\* \* \*

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

35 MCDONALD J.A. (*dissenting*): I have had the advantage of reading my brother Robertson J.A.'s reasons for judgment, and with respect, I must disagree. I am of the view that the Minister's assessment for the taxation years 1984 through 1987 should stand.

36 I should note at the outset that I am in agreement with Robertson J.A.'s conclusion that subsection 81(1) of the *Canadian and British Insurance Companies Act* (hereinafter, the *Insurance Act*) does not affix a statutory charge on the assets held in the life fund. I also share my brother's view that this finding is not determinative of the issue before this Court.

37 The appellant is a fraternal benefit society which carries on several activities on behalf of its members. One of these activities is the provision of life insurance through a life fund. Under the *Income Tax Act* (the *Act*), the income of a fraternal benefit society is generally exempt from Part I taxation. One exception to this general exemption is found in subsection 149(3) of the *Act* which states that the exemption from Part I taxation does not apply to taxable income which is acquired in carrying on a life insurance business.

38 The facts of this case disclose that the appellant retained more assets in its life insurance fund than may have actually been needed. The issue in this case is whether income from the "surplus" assets

pôt, d'infirmer le jugement de la Cour de l'impôt du Canada en date du 21 juin 1995, d'accueillir l'appel interjeté contre des nouvelles cotisations et de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'elle soit réexaminée en tenant compte des présents motifs.

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

\* \* \*

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

LE JUGE MCDONALD, J.C.A. (*dissent*): J'ai eu 35 l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Robertson, J.C.A. et, en toute déférence, je ne peux souscrire à son raisonnement. Je suis d'avis que la cotisation établie par le ministre pour les années d'imposition 1984 à 1987 devrait être maintenue.

36 Je tiens à préciser dès maintenant que je souscris à la conclusion du juge Robertson selon laquelle le paragraphe 81(1) de la *Loi sur les compagnies d'assurance canadiennes et britanniques* (ci-après la *Loi sur les compagnies d'assurance*) n'impose pas d'exigence (*charge*) légale à l'actif détenu dans la caisse d'assurance-vie. Je suis également de son avis quand il dit que cette conclusion ne règle pas définitivement la question dont est saisie la Cour.

37 L'appelante est une société de secours mutuels qui exerce plusieurs activités au nom de ses membres. Dans le cadre de ces activités, elle verse des prestations d'assurance-vie qu'elle tire d'une caisse d'assurance-vie. En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la *Loi*), le revenu d'une société de secours mutuels est habituellement exonéré de l'impôt de la partie I. Il existe au paragraphe 149(3) de la *Loi* une exception à cette règle générale, savoir que l'exonération relative à l'impôt de la partie I ne s'applique pas au revenu imposable tiré d'une entreprise d'assurance-vie.

38 Les faits de la présente affaire révèlent que l'appelante a conservé dans la caisse d'assurance-vie un actif supérieur à ce qui était réellement nécessaire. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si

which the appellant identified with its life fund ought to have been included in computing the appellant's income from its life insurance business for the taxation years 1985, 1986, and 1987.

39 The evidence in this case discloses that the taxpayer carried on three types of activities: the provision of life insurance, the provision of sickness and accident insurance, and the provision of fraternal benefits. Under subsection 81(1) of the Insurance Act, the taxpayer was required to maintain separate and distinct accounts in respect of its life insurance business. This taxpayer chose to establish three funds: the life fund, the accident fund, and the fraternal fund. The taxpayer's board of directors decided in which funds assets were to be placed, and reported assets as belonging to a specific fund when the taxpayer filed its annual reports with the Superintendent of Insurance.

40 The board of directors of the taxpayer decided that its objective was "to provide a strong financial base thus ensuring in the event of unforeseen catastrophic economic event(s) occurring within the performing arts industry, the Society [would] be able to withstand such economic shocks and be in a position to continue to provide for [its] members' needs" (letter dated October 5, 1988 from representative of the taxpayer to the Office of Superintendent of Financial Institutions, Appeal Book, at page 393). While this is a laudable objective, it is one which carries consequences: the taxpayer wilfully and knowingly maintained a surplus in the life fund in excess of what may have actually been required. In my view, the decision to keep these additional assets in the life account was a business decision by the taxpayer which should not be questioned by this Court. Once the decision had been made, the taxpayer benefitted from its decreased risk position. The taxpayer cannot now attempt to revisit the past and reassess its tax burden.

41 My brother Robertson J.A. seems to suggest that the existence of excess assets in the life fund raises a rebuttable presumption that the assets are risked or

le revenu tiré de l'«excédent» conservé dans cette caisse aurait dû être inclus dans le calcul du revenu de l'appelante tiré de son entreprise d'assurance-vie pour les années d'imposition 1985, 1986 et 1987.

En l'espèce, la preuve révèle que la contribuable exerçait trois types d'activités: l'assurance-vie, l'assurance-maladie et l'assurance-accidents, et les activités de secours mutuels. En vertu du paragraphe 81(1) de la Loi sur les compagnies d'assurance, la contribuable était tenue de tenir des comptes séparés et distincts concernant ses opérations d'assurance-vie. Elle a choisi d'établir trois caisses: la caisse d'assurance-vie, la caisse d'assurance-accidents et la caisse de secours mutuels. Le conseil d'administration de la contribuable décidait dans quelle caisse l'actif devait être versé et déclarait l'actif qui appartenait à une caisse particulière dans les rapports annuels de la contribuable produits auprès du surintendant des assurances.

Le conseil d'administration de la contribuable a décidé que son objectif était [TRADUCTION] «d'établir une base financière solide pour s'assurer qu'en cas de catastrophe économique dans l'industrie des arts du spectacle, la société [serait] en mesure de surmonter ces chocs économiques et de continuer de répondre aux besoins de [ses] membres» (lettre en date du 5 octobre 1988 du représentant de la contribuable adressée au Bureau du surintendant des institutions financières, dossier d'appel, à la page 393). Il s'agit là d'un objectif louable, mais qui entraîne certaines conséquences: la contribuable a sciemment et intentionnellement conservé dans la caisse d'assurance-vie un excédent qui dépassait les besoins réels. À mon avis, la décision de conserver cet excédent dans le compte d'assurance-vie était une décision de gestion prise par la contribuable que la Cour ne devrait pas remettre en cause. Une fois cette décision prise, la contribuable a profité du fait qu'elle qu'elle avait diminué ses risques. La contribuable ne peut maintenant essayer de revenir sur le passé et de réévaluer son obligation fiscale.

Mon confrère le juge Robertson, J.C.A., semble laisser entendre que l'existence d'un excédent dans la caisse d'assurance-vie soulève une présomption

employed in the course of the business. Accepting this proposition for the moment, I have not been persuaded that the taxpayer has rebutted that presumption in this case. The insurance business is fraught with risks and uncertainties. While actuarial evidence may be helpful, the taxpayer in this case decided to maintain excess reserves "in the event of an unforeseen economic catastrophe." I cannot see how the taxpayer can later attempt to remove these reserves from tax liability simply because the unforeseen catastrophe did not materialize.

réfutable selon laquelle l'actif est risqué ou employé dans l'entreprise. J'accepte cette proposition pour le moment, mais je ne suis pas convaincu que la contribuable a réfuté cette présomption en l'espèce. Une entreprise d'assurance comporte bien des risques et des incertitudes. Bien que la preuve actuarielle puisse être utile, en l'espèce, la contribuable a décidé de conserver des réserves excédentaires [TRANSDUCTION] «pour se prémunir contre une catastrophe économique imprévue». Je ne vois pas comment la contribuable peut ultérieurement essayer de soustraire ces réserves à sa responsabilité fiscale simplement parce que la catastrophe imprévue ne s'est pas matérialisée.

42 The evidence in this case discloses that the taxpayer's board of directors made conscious decisions about the allocation of assets into the life fund. There has been no suggestion that had these assets been needed in the event of some "unforeseen catastrophe" they would not have been used. How, then, can these assets not be subject to taxation? The taxpayer attempted to rely on the Federal Court Trial Division case of *Lutheran Life Insurance Society of Canada v. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284 (hereinafter *Lutheran Life*) and the Supreme Court of Canada case of *Ensite Ltd. v. R.*, [1986] 2 S.C.R. 509 (hereinafter *Ensite*). I have considered the application of these two cases to the case at bar, and must, with respect, come to a different conclusion than that of Robertson J.A.

En l'espèce, la preuve révèle que le conseil d'administration de la contribuable a pris des décisions conscientes au sujet de l'attribution de l'actif dans la caisse d'assurance-vie. La contribuable n'a pas laissé entendre que, si cet actif avait été nécessaire en cas de «catastrophe imprévue», il n'aurait pas été utilisé. Comment, alors, peut-on prétendre que cet actif n'est pas assujéti à l'impôt? La contribuable a essayé de s'appuyer sur la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale *Lutheran Life Insurance Society of Canada c. Canada*, [1991] 2 C.T.C. 284 (ci-après *Lutheran Life*) et sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Ensite Ltd. c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 509 (ci-près *Ensite*). J'ai examiné comment ces deux causes jurisprudentielles peuvent s'appliquer à l'espèce et je dois, en toute déférence, en venir à une conclusion différente de celle du juge Robertson, J.C.A. 42

43 The case of *Lutheran Life* is, at first blush, quite similar to the case at bar. However, I am of the view that it is easily distinguishable on its facts. In *Lutheran Life*, the taxpayer had only one fund from which it carried out all of its business including its life insurance business. As a result, it was necessary to look into the purposes to which the assets of the fund were put, as the assets could have been used for any one of a number of purposes, of which the life insurance business was but one. As noted by the Trial Judge in that case, there was no requirement for the society to establish a separate fund for activities other than insurance, so failure to establish a

À première vue, la situation énoncée dans *Lutheran Life* est très semblable à celle de l'espèce. Toutefois, je suis d'avis qu'on peut facilement établir une distinction d'avec celle-ci d'après les faits. Dans *Lutheran Life*, la contribuable ne tenait qu'une seule caisse à partir de laquelle elle gérait la totalité de ses opérations, y compris ses opérations d'assurance-vie. Par conséquent, il était nécessaire d'examiner les fins auxquelles l'actif de la caisse était utilisé, étant donné qu'il aurait pu être utilisé à plusieurs fins, notamment aux fins des opérations d'assurance-vie. Comme l'a noté le juge de première instance dans cette affaire, la société n'était nullement tenue d'éta- 43

separate fund could not be used as a consideration against the society.

44 In the case at bar, however, the taxpayer had established three separate funds: the life fund, the accident and disability fund, and the fraternal fund. Assets were deposited in each of the funds according to the decision of the taxpayer. There is no need to look beyond these allocation decisions into the individual funds as was required in *Lutheran Life*, as the taxpayer in this case had the opportunity to allocate its assets at the outset, or even to move assets from one fund to another at a later time. This division of assets by the taxpayer was a luxury not afforded to the Court in *Lutheran Life*, and in order to avoid unfair taxation of the taxpayer, the Trial Judge had to look within the fund to attempt to allocate assets after the fact. Here, there is no need for such speculation, as the assets were divided by the taxpayer according to its best judgment and after consultation with professionals in the accounting, actuarial, and legal fields.

45 It was further submitted by counsel for the taxpayer in this case that the Supreme Court of Canada decision in *Ensite* was determinative of the issue in this case. In *Ensite*, the Supreme Court of Canada considered whether interest earned by the taxpayer qualified as foreign investment income within the meaning of what was then subsection 129(4) of the Act for the purpose of the dividend refund under (then) subsection 129(1) of the Act. Wilson J. speaking for the Court, held that only assets which could be said to be “risked or employed” in the course of the taxpayer’s business could properly qualify for the dividend refund. Further, the “risk” contemplated had to be more than a remote risk. In the words of Wilson J. [at page 520]:

blir une caisse distincte pour les activités autres que l’assurance, de sorte que l’omission de le faire ne pouvait être utilisée contre la société.

Toutefois, en l’espèce, la contribuable a établi trois caisses distinctes: la caisse d’assurance-vie, la caisse d’assurance-accidents et d’assurance-invalidité, et la caisse de secours mutuels. Des fonds ont été déposés dans chacune de ces caisses conformément à la décision de la contribuable. Il n’est pas nécessaire d’aller au-delà de ces décisions d’attribution dans les caisses particulières, comme on a dû le faire dans *Lutheran Life*, étant donné qu’en l’espèce la contribuable a eu la possibilité de répartir les sommes dès le début, ou même de les réaffecter d’une caisse à un autre ultérieurement. Cette répartition de l’actif par la contribuable est un luxe qui n’existait pas dans *Lutheran Life*, et pour éviter que la contribuable soit injustement imposée, le juge de première instance a dû examiner attentivement la composition de l’actif de la caisse pour essayer de le répartir après le fait. En l’espèce, il n’y a pas lieu de se livrer à une telle spéculation, étant donné que l’actif a été réparti par la contribuable selon le jugement qu’elle a exercé au mieux de ses connaissances et après avoir consulté des professionnels dans les domaines de la comptabilité, de l’actuariat et du droit.

L’avocat de la contribuable fait aussi valoir que la décision de la Cour suprême du Canada dans *Ensite* règle définitivement la question en l’espèce. Dans *Ensite*, la Cour suprême du Canada a examiné si l’intérêt tiré par la contribuable de certains dépôts pouvait être qualifié de revenu de placements à l’étranger au sens du paragraphe 129(4) de la Loi en vue d’obtenir le remboursement au titre de dividendes aux termes du paragraphe 129(1) de la Loi alors en vigueur. Le juge Wilson, s’exprimant au nom de la Cour, a statué que seuls les biens dont on pouvait dire qu’ils sont «risqués ou employés» dans l’entreprise de la contribuable peuvent à bon droit être déclarés aux fins du remboursement au titre de dividendes. En outre, le «risque» envisagé doit être plus qu’un risque éloigné. Selon le raisonnement du juge Wilson [à la page 520]:

44

45

The threshold of the test is met when the withdrawal of the property would "have a decidedly destabilizing effect on the corporate operations themselves" . . . . The test is not whether the taxpayer was forced to use a particular property to do business; the test is whether the property was used to fulfil a requirement which had to be met in order to do business.

On satisfait aux exigences minimales du critère dès lors que le retrait du bien aurait «un effet nettement négatif sur les opérations de la compagnie» . . . Le critère applicable consiste non pas à déterminer si le contribuable s'est vu dans l'obligation d'employer un bien déterminé pour exploiter son entreprise, mais plutôt à se demander si ce bien a été utilisé pour satisfaire à une exigence qui devait être remplie pour qu'il puisse exploiter son entreprise.

46 It should be noted that in reaching this conclusion, Wilson J. undertook an analysis of the underlying purpose of the legislative scheme and concluded that its purpose was to draw a distinction between active business income and other sources of income. Certainly, it is not contentious that in order to properly be considered active business income, interest must come from an asset that is risked or employed in the course of the business.

Il convient de noter que, pour parvenir à cette conclusion, le juge Wilson s'est livrée à une analyse de l'objectif sous-jacent des dispositions législatives et a conclu que cet objectif était d'établir une distinction entre le revenu tiré d'une entreprise exploitée activement et d'autres sources de revenus. Certainement, on ne peut contester que pour être considéré à bon droit comme un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement, l'intérêt doit provenir d'un bien qui est risqué et employé dans l'entreprise.

47 In this case, however, the issue is not whether income in the fund is properly considered "active business income" for the purposes of the Act. Instead, this Court is being asked to consider whether the assets in the life fund and the income derived from them are properly taxable as being a part of the life fund. The Act provides that the income from a fraternal benefit society is not taxable except where the income is from carrying on a life insurance business. Interest earned from assets held in the life fund, especially where the taxpayer has made a conscious decision to maintain those assets in that fund, is *prima facie* income from a life insurance business. In my view, this is not the same situation addressed by the Court in *Ensite*. The proper question is not whether the assets were risked or employed in the course of the business of the life fund, but instead whether the assets are properly considered part of the life fund.

En l'espèce, toutefois, la question n'est pas de savoir si le revenu tiré de la caisse peut à juste titre être considéré comme un «revenu tiré d'une entreprise exploitée activement» pour les fins de la Loi. On demande plutôt à la Cour de déterminer si l'actif de la caisse d'assurance-vie et le revenu qui en provient sont imposables parce qu'ils font partie de la caisse d'assurance-vie. La Loi prévoit que le revenu d'une société de secours mutuels n'est pas imposable, sauf pour ce qui a trait au revenu tiré des opérations d'assurance-vie. Les intérêts produits par l'actif détenu dans la caisse d'assurance-vie, particulièrement lorsque la contribuable a consciemment décidé de conserver cet actif dans la caisse, constituent à première vue un revenu tiré d'une entreprise d'assurance-vie. À mon avis, il ne s'agit pas de la même situation que celle dont était saisie la Cour dans l'affaire *Ensite*. La question appropriée n'est pas de savoir si l'actif a été risqué ou employé dans le cadre des opérations de la caisse d'assurance-vie, mais plutôt de savoir si l'actif est à bon droit considéré comme une partie de la caisse d'assurance-vie.

48 The taxpayer in this case argued that the case is applicable because assets can only be considered "part of the life fund" when they are integrally risked in the life insurance business. Thus, the fact that assets are in the life fund and the taxpayer

En l'espèce, la contribuable fait valoir que cet arrêt s'applique parce que l'actif ne peut être considéré comme une «partie de la caisse d'assurance-vie» que lorsqu'il est intégralement risqué dans l'entreprise d'assurance-vie. Ainsi donc, le fait que

chose to put them in the life fund would not mean that the assets were actually part of the life fund. In effect, this proposed application of the *Ensité* test would allow the taxpayer to derive the benefit of extra security from having "surplus" assets in a taxable fund, and later escape taxation on those assets as long as actuarial evidence could establish that those assets were not integrally risked or employed. I do not accept this line of argument. I do not think it was the intention of the Court in *Ensité* to exempt portions of a life fund from taxation even where deliberate business decisions were made to keep specific assets in specific funds.

49 Even if I am in error and the reasoning in *Ensité* is applicable to this case, I am of the view that the test of whether assets are "risked or employed" in a business must necessarily be more flexible when that business is a life insurance fund. The insurance business necessarily has a different risk structure than most businesses. While actuaries may give risk estimates, unforeseen events may occur which may exceed even generous reserves. As I read the facts of this case, the taxpayer decided to maintain excess reserves in order to cover off some unforeseen contingency or contingencies. This was a reasonable position: as noted by the Tax Court Judge, at page 2684, the testimony in this case demonstrated that "there is nothing approaching mathematical certainty about what should be in a life fund".

50 By choosing to maintain higher reserves in the life fund, the taxpayer fulfilled its stated goal of minimizing its risk position. The taxpayer expected to benefit and indeed did benefit from this decreased risk position. Its decreased risk position was beneficial not only for its own piece of mind, but that of the Superintendent of Insurance as well. In the words of one witness, as reported by the Tax Court

l'actif se trouve dans la caisse d'assurance-vie et que la contribuable ait choisi de l'y conserver ne signifierait pas que l'actif fait réellement partie de cette caisse. En fait, cette application proposée du critère énoncé dans *Ensité* donnerait à la contribuable une sécurité additionnelle du fait de l'«excédent» qui serait conservé dans une caisse dont l'actif est imposable, tout en lui permettant de soustraire ultérieurement cet actif à l'impôt pourvu qu'une preuve actuarielle établisse que l'actif n'a pas été intégralement risqué et employé dans l'entreprise. Je ne peux accepter cet argument. Je ne pense pas que la Cour, dans l'arrêt *Ensité*, ait eu l'intention d'exonérer certaines parties d'une caisse d'assurance-vie de l'impôt sur le revenu même lorsque des décisions de gestion ont été délibérément prises pour maintenir un actif précis dans une caisse particulière.

Même si je fais erreur et que le raisonnement de l'arrêt *Ensité* s'applique à l'espèce, je suis d'avis que le critère applicable pour déterminer si les biens sont «risqués ou employés» dans une entreprise doit nécessairement être plus souple lorsque l'entreprise visée est une caisse d'assurance-vie. L'assurance est une entreprise qui présente obligatoirement des risques différents de ceux de la plupart des autres entreprises. Bien que les actuaires puissent donner des estimations sur le risque, des imprévus peuvent survenir, et dépasser même les réserves les plus généreuses. Selon l'interprétation que je donne aux faits de l'espèce, la contribuable a décidé de maintenir des réserves excédentaires afin de se prémunir contre certaines éventualités. C'est une position raisonnable: comme le note le juge de la Cour de l'impôt, à la page 2684, les témoignages en l'espèce démontrent qu'il «n'existe aucune certitude mathématique au sujet des sommes qui devraient se trouver dans la caisse d'assurance-vie».

En choisissant de maintenir des réserves supérieures aux besoins dans la caisse d'assurance-vie, la contribuable a réalisé son objectif qui consistait à minimiser son risque. La contribuable s'attendait à profiter et en fait elle a profité de la position qu'elle a adoptée. La réduction de son risque lui a apporté, à elle comme au surintendant des assurances, la tranquillité d'esprit. Comme le dit l'un des témoins,

Judge, at page 2684, “the greater the excess, the better people in the Superintendent’s office would sleep”.

que cite le juge de la Cour de l’impôt, à la page 2684, «plus l’excédent est important, plus cela rassurerait les fonctionnaires du Bureau du surintendant».

51 Any number of events may have occurred which would have drawn upon the “excess” reserves. I do not believe it is proper to now look back in time to find that because such reserves were in excess of what was actually needed or what the actuarial evidence suggests may have been needed, they are not properly considered part of the life fund. Estimates of adequate reserves were available to the taxpayer at the time the taxpayer decided how best to allocate assets among the funds, and the taxpayer made a conscious decision to keep additional assets in the taxable life fund instead of moving them or allocating them to another fund.

Bon nombre d’événements auraient pu se produire qui auraient nécessité l’utilisation des réserves «excédentaires». Je ne crois pas qu’il soit approprié de faire une analyse rétrospective pour conclure qu’en raison de ces réserves supérieures aux besoins réels ou à ceux déterminés par la preuve actuarielle, celles-ci ne sont pas à bon droit considérées comme faisant partie de la caisse d’assurance-vie. La contribuable disposait des estimations de réserves adéquates au moment où elle a décidé de la meilleure façon de répartir l’actif entre les caisses, et elle a consciemment décidé de conserver cet actif supplémentaire dans la caisse d’assurance-vie imposable au lieu de l’affecter à une autre caisse.

52 In addition, I do not find it persuasive that the taxpayer is now able to say that the “surplus” funds could have been removed earlier than the taxpayer actually chose to remove them. The fact that the taxpayer could have moved the assets out of the life fund in the past does not lead inescapably to the conclusion that these assets were not ever part of the life fund. If anything, it supports the position that leaving the assets in the life fund was a business decision from which the taxpayer expected to derive some benefit. On this point, the words of Dickson C.J. in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, at page 55 and cited by this Court on numerous occasions, are instructive:

En outre, je ne trouve pas convaincant l’argument de la contribuable qui prétend maintenant qu’elle aurait pu retirer l’excédent de la caisse plus tôt qu’elle ne l’a fait. Le fait qu’elle aurait pu agir ainsi ne mène pas inévitablement à la conclusion que cet actif n’a jamais fait partie de la caisse d’assurance-vie. En fait, cet argument appuie la position selon laquelle le fait de laisser l’actif dans la caisse d’assurance-vie était une décision de gestion dont la contribuable espérait tirer certains avantages. Sur ce point, le raisonnement du juge en chef Dickson dans l’arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, à la page 55, qui a été cité à de nombreuses reprises par la présente Cour, est instructif:

... the courts must deal with what the taxpayer actually did, and not what he might have done: *Matheson v. The Queen*, 74 D.T.C. 6176 (F.C.T.D.), per Mahoney J.

... les tribunaux doivent tenir compte de ce que le contribuable a réellement fait et non pas de ce qu’il aurait pu faire: *Matheson c. La Reine*, 74 D.T.C. 6176 (C.F.D.P.I.), le juge Mahoney.

53 While Robertson J.A. is correct when he points out that the facts of this case are different than those considered in *Bronfman* or indeed in *Matheson* [*Matheson, J A v The Queen*, [1974] CTC 186 (F.C.T.D.)], the general principle has been subsequently applied by this Court numerous times in many different fact situations. I believe that principle is applicable to this case; where the taxpayer has made an educated business decision to retain

Bien que le juge Robertson, J.C.A., ait raison quand il signale que les faits de la présente affaire sont différents de ceux dont la Cour était saisie dans *Bronfman* ou même dans *Matheson* [*Matheson, J A c La Reine*, [1974] CTC 186 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)], le principe général a été appliqué ultérieurement par la Cour à de nombreuses reprises dans de nombreuses situations de faits différentes. Je crois que le principe s’applique en l’espèce; lorsque le contribuable

assets in a taxable fund, the Court should not look back with the benefit of hindsight to effectively remove assets from that fund with retroactive effect in order to put the taxpayer in a more advantageous tax position.

54 While I am sympathetic to the fact that the taxpayer may have shouldered a lesser tax burden had it not approached Revenue Canada, my sympathies do not change the facts of the case: this taxpayer chose to leave assets in the only fund administered by it which was subject to taxation. That is a decision which I cannot now question with the benefit of hindsight. The taxpayer cannot benefit from its decreased risk position at a time in the past and then seek to benefit again in the present by attempting to reduce its tax burden on the basis that the assets were not integrally “risked or employed” in the course of its life insurance business.

55 I am of the view that the decision of the Tax Court should be upheld.

prend une décision de gestion éclairée en vue de conserver des biens dans une caisse imposable, la Cour ne doit pas profiter de l’avantage qu’elle a d’examiner cette décision en rétrospective pour retirer rétroactivement les biens de cette caisse afin de mettre la contribuable dans une position fiscale plus avantageuse que celle dans laquelle elle se trouve.

Bien que je compatisse à la situation de la contribuable qui aurait pu supporter un fardeau fiscal moindre si elle n’avait pas elle-même communiqué avec Revenu Canada, cela ne change rien aux faits de la cause: la contribuable a choisi de laisser les biens dans la seule caisse gérée par elle qui était assujettie à l’impôt. Je ne peux maintenant, en rétrospective, remettre cette décision en question. La contribuable ne peut avoir bénéficié par le passé du fait qu’elle a réduit son risque et chercher maintenant à profiter d’un autre avantage en essayant de réduire son obligation fiscale au motif que l’actif n’a pas été intégralement «risqué ou employé» dans son entreprise d’assurance-vie.

Je suis d’avis de maintenir la décision de la Cour de l’impôt.

54

55