

A-520-85

A-520-85

Consolidated-Bathurst Limited (*Appellant*)
(*Plaintiff*)

v.

The Queen (*Respondent*) (*Defendant*)

INDEXED AS: CONSOLIDATED-BATHURST LTD. v. CANADA

Court of Appeal, Urie, Stone JJ. and Cowan D.J.—Toronto, October 28, 29; Ottawa, November 28, 1986.

Income tax — Income calculation — Deductions — Insurance scheme whereby appellant's risks insured with domestic insurers and reinsured with offshore insurance company created by appellant, said risks being guaranteed by appellant — Non-deductibility of insurance premiums as business expenses where insured taxpayer, though technically insured, required to absorb own losses — "Economic family" concept rejected — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 18(1)(e), 95 (as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 29; 1974-75-76, c. 26, s. 59), 245(1) — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, s. 137(1).

The appellant taxpayer, a Canadian multinational pulp and paper manufacturer, faced with the difficulty and cost of obtaining insurance in Canada, had a "captive" offshore insurance company ("OI") incorporated in Bermuda. Although other insurance transactions are involved in this case, the most important deal with certain of the appellant's risks insured with Canadian domestic insurers and reinsured with OI. The latter in turn reinsured most of these risks on the open market at a much smaller cost and further protected the domestic insurers by indemnity agreements coupled with letters of credit backed up by the appellant's own guarantees.

The Minister disallowed most of the "insurance expenses" claimed as deductions for taxation years 1971 to 1975. He further attributed to the appellant, for tax purposes, the interest and exchange gains realized by OI from 1972 to 1975.

The Trial Judge found that the premiums paid to OI directly or indirectly, artificially reduced the appellant's income and were therefore not deductible pursuant to subsection 245(1) of the *Income Tax Act*. These disbursements were in effect amounts transferred to a reserve fund and, as such, not deductible by virtue of paragraph 18(1)(e) of the Act. This was a channelling of funds from the appellant to an instrumentality over which it had complete control. And since OI depended on the guarantees of the appellant to meet insurance claims exceeding its capacity to pay, there was no true shifting of the risk. The Trial Judge also found that the Minister was wrong to attribute OI's interest and exchange gains to the appellant because, in the absence of a specific rule to the contrary, the normal distinctions between a parent company and its subsidiary should be observed.

Consolidated-Bathurst Limited (*appelante*)
(*demanderesse*)

a c.

La Reine (*intimée*) (*défenderesse*)

RÉPERTORIÉ: CONSOLIDATED-BATHURST LTD. c. CANADA

b Cour d'appel, juges Urie et Stone et juge suppléant Cowan—Toronto, 28 et 29 octobre; Ottawa, 28 novembre 1986.

Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Déductions — Régime d'assurance par lequel des risques de l'appellante sont assurés auprès d'assureurs canadiens et réassurés auprès d'une compagnie d'assurance étrangère créée par l'appelante, lesdits risques étant garantis par l'appelante — Non-déductibilité des primes d'assurance à titre de frais d'exploitation lorsque le contribuable assuré, bien qu'assuré en principe, est tenu d'absorber ses propres pertes — La notion de «famille économique» est rejetée — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 18(1)e, 95 (mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 29; 1974-75-76, chap. 26, art. 59), 245(1) — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, chap. 148, art. 137(1).

La contribuable appelante, une multinationale canadienne qui fabriquait de la pâte et du papier et pour qui il était devenu difficile et coûteux de s'assurer au Canada, a fait constituer une compagnie d'assurance étrangère «satellite» («OI») aux Bermudes. Bien qu'il y ait d'autres transactions d'assurance en jeu dans la présente affaire, les plus importantes portent sur certains risques contre lesquels l'appelante s'assurait auprès d'assureurs canadiens et ceux-ci se réassuraient auprès de OI. Cette dernière société se réassurait à son tour contre la plupart de ces risques sur le marché libre à un coût beaucoup moindre et protégeait en outre les assureurs canadiens au moyen d'ententes d'indemnisation qui étaient associées à des lettres de crédit appuyées par les propres garanties de l'appelante.

Le ministre a refusé la plupart des «dépenses pour fins d'assurance» réclamées à titre de déductions pour les années d'imposition 1971 à 1975. En outre, il a attribué à l'appelante, aux fins de l'impôt, les gains tirés d'intérêts et du change réalisés par OI au cours des années 1972 à 1975.

Le juge de première instance a conclu que les primes versées à OI directement ou indirectement ont réduit de façon factice le revenu de l'appelante et ne pouvaient donc pas, en vertu du paragraphe 245(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, être déduites de son revenu. En fait, ces débours étaient des sommes transférées à un fonds de réserve et ne sont donc pas déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)e de la Loi. Cela consistait à canaliser des fonds de l'appelante vers un intermédiaire sur lequel elle avait un pouvoir total. Et vu que OI dépendait des garanties de l'appelante pour acquitter les réclamations d'assurance qui dépassaient sa capacité de payer, il n'y a pas eu de transfert véritable du risque. Le juge de première instance a également conclu que le ministre avait commis une erreur en attribuant à l'appelante les gains tirés d'intérêts et du change réalisés par OI car, en l'absence d'une règle précise au contraire, il faut respecter les distinctions qui existent normalement entre une compagnie mère et sa filiale.

This is an appeal and a cross-appeal from that decision.

Held, the appeal concerning the deductibility of the insurance premiums should be dismissed with respect to the taxation years 1971 to 1974 but allowed with respect to 1975. The cross-appeal concerning OI's interest and exchange gains should be dismissed.

From 1971 to 1974, the indemnities, letters of credit and guarantees protected the Canadian domestic insurers from exposure to loss for risks reinsured with OI. In those years, the appellant was in a position where it could have been required to absorb a loss it had purported to insure. As no real protection was purchased, the deduction of the premiums paid as business expenses resulted in an artificial reduction of income. There was no necessity of determining whether or not the payments constituted a reserve within the meaning of paragraph 18(1)(e) of the Act.

The situation in the 1975 taxation year differed from the earlier years in that neither an indemnity nor a guarantee was required. Payment of insurance premiums in that year did not artificially reduce the appellant's income because there was a real transfer of risk even if it was to a company belonging to the same "economic family". This expression has been used to refer to companies belonging to one group for the purpose of corporation tax. American courts have held that no income tax deductions can be claimed with respect to the transfer of risks, by means of premium payments, to a company belonging to the group. That concept is unacceptable as it amounts to a wholesale disregard of separate corporate existence regardless of the circumstances in a particular case.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Harris v. Minister of National Revenue, [1966] S.C.R. 489; *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527; *Clark v. Canadian National Railway Co.; Attorney-General of New Brunswick, intervenor* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58 (N.B.C.A.).

APPLIED:

Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue, [1961] Ex.C.R. 410, affirmed without reasons [1962] S.C.R. viii; 72 DTC 1166; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Helvering v. Le Gierse*, 312 U.S. 531 (1941); *Carnation Co. v. C.I.R.*, 640 F. 2d 1010 (9th Cir. 1981); *Stearns-Roger Corp., Inc. v. U.S.*, 577 F. Supp. 833 (D.C. Colo. 1984).

DISTINGUISHED:

Spur Oil Ltd. v. R., [1982] 2 F.C. 113 (C.A.); *Covert et al. v. Minister of Finance of Nova Scotia*, [1980] 2 S.C.R. 774.

Il s'agit d'un appel et d'un appel incident formés à l'encontre de cette décision.

Arrêt: l'appel portant sur la déductibilité des primes d'assurance devrait être rejeté en ce qui concerne les années d'imposition 1971 à 1974 mais alloué en ce qui concerne l'année 1975. L'appel incident portant sur les gains tirés d'intérêts et du change réalisés par OI devrait être rejeté.

De 1971 à 1974, les indemnités, les lettres de crédit et les garanties protégeaient les assureurs canadiens contre les pertes pouvant résulter des risques réassurés auprès de OI. Pendant ces années-là, l'appelante était dans une position où elle aurait pu être tenue d'absorber une perte qu'elle avait prétendu assurer. Étant donné qu'aucune protection réelle n'a été achetée, la déduction, à titre de frais d'exploitation, des primes payées entraînait une réduction factice du revenu. Il n'était pas nécessaire de déterminer si les paiements constituaient ou non une réserve au sens de l'alinéa 18(1)(e) de la Loi.

Au cours de l'année d'imposition 1975, la situation différait de celle des années précédentes en ce qu'aucune indemnité ni aucune garantie n'ont été demandées. Le versement des primes d'assurance durant cette année-là n'a pas réduit le revenu de l'appelante de façon factice car il y a eu un transfert réel du risque même si c'était à une compagnie appartenant à la même «famille économique». Cette expression a été utilisée pour désigner des compagnies appartenant à un même groupe aux fins de l'impôt sur les corporations. Les tribunaux américains ont jugé qu'aucune déduction d'impôt sur le revenu ne peut être réclamée en ce qui a trait au transfert de risques, au moyen de versements de primes, à une compagnie appartenant au même groupe. Cette notion n'est pas acceptable, car cela équivaut à nier l'existence de compagnies distinctes indépendamment des circonstances d'un cas particulier.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS SUIVIES:

Harris v. Minister of National Revenue, [1966] R.C.S. 489; *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527; *Clark v. Canadian National Railway Co.; Attorney-General of New Brunswick, intervenor* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58 (C.A.N.-B.).

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue, [1961] R.C.É. 410, confirmée sans motifs [1962] R.C.S. viii; 72 DTC 1166; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Helvering v. Le Gierse*, 312 U.S. 531 (1941); *Carnation Co. v. C.I.R.*, 640 F. 2d 1010 (9th Cir. 1981); *Stearns-Roger Corp., Inc. v. U.S.*, 577 F. Supp. 833 (D.C. Colo. 1984).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Spur Oil Ltd. c. R., [1982] 2 C.F. 113 (C.A.); *Covert et autres c. Ministre des Finances de la Nouvelle-Écosse*, [1980] 2 R.C.S. 774.

CONSIDERED:

Judgment dated August 21, 1985, High Court of the Netherlands, Court Roll No. 22929, not reported (no style of cause).

REFERRED TO:

Don Fell Limited v. The Queen (1981), 81 DTC 5282 (F.C.T.D.); *Sigma Explorations Ltd. v. The Queen*, [1975] F.C. 624 (T.D.).

COUNSEL:

Donald G. H. Bowman, Q.C. and *William I. Innes* for appellant (plaintiff).
John R. Power, Q.C., D. C. Olsen and *J. D'Auray* for respondent (defendant).

SOLICITORS:

Stikeman, Elliott, Toronto, for appellant (plaintiff).
Deputy Attorney General of Canada for respondent (defendant).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STONE J.: The principal question raised in this appeal concerns the applicability of subsection 245(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 as amended by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1. It is the first of its kind to come before the Court.

Background

The appellant was formed in 1967 as a result of an amalgamation. During the years 1971 to 1975 it operated as a manufacturer of pulp and paper and of packaging in Canada and in other countries. To this end it had some twenty to thirty subsidiaries throughout the world. The shares of these subsidiaries were held by its wholly owned subsidiary *St. Maurice Holdings Limited* ("St. Maurice") which was formed for the purpose of holding shares in affiliated and subsidiary corporations outside of Canada.

After its formation, the appellant's insurance requirements and those of the subsidiaries were placed in the insurance market but a high loss record soon made it difficult and expensive to obtain coverage in that way. Nevertheless, insurance coverage was essential in order that the appellant could satisfy conditions of trust deeds

DÉCISION EXAMINÉE:

Jugement rendu le 21 août 1985 par la Haute Cour des Pays-Bas, n° du greffe: 22929, non publié (intitulé de la cause non cité).

DÉCISIONS CITÉES:

Don Fell Limited c. La Reine (1981), 81 DTC 5282 (C.F. 1^{re} inst.); *Sigma Explorations Ltd. c. La Reine*, [1975] C.F. 624 (1^{re} inst.).

AVOCATS:

Donald G. H. Bowman, c.r. et *William I. Innes* pour l'appelante (demanderesse).
John R. Power, c.r., D. C. Olsen et *J. D'Auray* pour l'intimée (défenderesse).

PROCUREURS:

Stikeman, Elliott, Toronto, pour l'appelante (demanderesse).
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée (défenderesse).

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

LE JUGE STONE: La principale question soulevée dans le présent appel porte sur l'applicabilité du paragraphe 245(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, modifié par S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1. C'est la première du genre à être soumise à la Cour.

État de la question

L'appelante a été constituée en 1967 à la suite d'une fusion. Pendant les années 1971 à 1975, elle fabriquait de la pâte, du papier et des produits d'emballage au Canada et dans d'autres pays. Elle possédait à cette fin de vingt à trente filiales dans le monde entier. Les actions de ces dernières étaient détenues par sa filiale en propriété exclusive *St. Maurice Holdings Limited* («St. Maurice»), qui avait été constituée dans le but de détenir les actions des sociétés affiliées et des filiales situées à l'extérieur du Canada.

Après sa formation, l'appelante est allée sur le marché des assurances pour combler ses besoins d'assurance et ceux des filiales, mais il est vite devenu difficile et coûteux de s'assurer de cette façon en raison de pertes élevées. Il fallait cependant que l'appelante contracte de l'assurance pour satisfaire aux conditions des actes de fiducie

securing corporate indebtedness. A scheme was soon developed under which it was thought insurance protection could be achieved in a different way, free of Canadian insurance industry regulations. The scheme took form in 1970 when Overseas Insurance Corporation was incorporated under the laws of Panama with a capitalization of \$120,000. It secured a license to carry on an insurance business in Bermuda. In 1974 a second corporation, Overseas Insurance Limited, was incorporated under the laws of Bermuda. The assets of the Panamanian corporation were transferred to the Bermudian corporation which was then licensed to carry on an insurance business in Bermuda. It will be convenient to refer to both corporations simply as "OI". All of the directors and officers of OI were residents of Bermuda and all of the shares in both corporations were held by St. Maurice. OI was managed pursuant to a contract between St. Maurice and Insurance Managers Limited, a Bermudian corporation owned by the appellant's Canadian insurance brokers. Insurance Managers Limited had a substantial staff and managed some fifty-five insurance subsidiaries in Bermuda.

The scheme was carried into effect during 1970 and operated throughout the 1971 to 1975 taxation years. The existence of OI represented but one of its essential elements. Other elements involved the appellant in insuring certain risks of its own and of its subsidiaries with Canadian domestic insurers, the reinsuring by those insurers of all but a small percentage of those risks with OI pursuant to the terms of agreements known as Open Facultative Agreements between that insurer and OI, the securing by OI of stop loss and excess of loss protection by way of reinsurance in the open market and, finally, the protecting of the domestic insurers by indemnity agreements coupled with OI's bank letters of credit in favour of those insurers secured by OI's investments and backed up by the appellant's own guarantees. The details of these documents and their significance for this case will become apparent presently. The domestic insurer was Victoria Insurance Company of Canada in 1970, Scottish & York Insurance Co.

garantissant les dettes de la compagnie. On n'a pas tardé à élaborer un régime en vertu duquel on pensait obtenir une couverture d'une façon différente, sans devoir se soumettre à la réglementation canadienne en matière d'assurances. Le régime a été mis en place en 1970 lorsque la société Overseas Insurance Corporation a été constituée en vertu des lois de Panama et dotée d'un capital-actions de 120 000 \$. Elle a obtenu l'autorisation d'exploiter une entreprise d'assurance aux Bermudes. En 1974, une deuxième société, Overseas Insurance Limited, a été constituée en vertu des lois des Bermudes. L'actif de la société panaméenne a été transféré à la société des Bermudes, qui a alors été autorisée à exploiter une entreprise d'assurance aux Bermudes. Il sera plus pratique de désigner les deux sociétés simplement par l'abréviation «OI». Tous les administrateurs et les dirigeants de OI résidaient aux Bermudes, et toutes les actions des deux sociétés étaient détenues par St. Maurice. OI était gérée suivant un contrat intervenu entre St. Maurice et Insurance Managers Limited, une compagnie des Bermudes qui était la propriété des courtiers d'assurance canadiens de l'appelante. Insurance Managers Limited avait un personnel nombreux et gérait environ cinquante-cinq filiales dans le domaine des assurances aux Bermudes.

Le régime est entré en vigueur au cours de l'année 1970 et s'est appliqué pendant les années d'imposition 1971 à 1975. OI ne représentait qu'un de ses éléments essentiels. Il comportait en outre les opérations suivantes: l'appelante contractait avec des assureurs canadiens une assurance couvrant un certain nombre de ses propres risques et de ceux de ses filiales; ces assureurs s'adressaient à OI pour se réassurer contre la presque totalité de ces risques conformément aux conditions des ententes appelées ententes facultatives à découvert et intervenues entre ces assureurs et OI; OI obtenait une garantie en excédent de pertes et de sinistres au moyen d'une réassurance sur le marché libre; et, enfin, les assureurs canadiens étaient protégés par des ententes d'indemnisation qui étaient associées à des lettres de crédit bancaire émises par OI en faveur de ces assureurs, garanties par les investissements de OI et appuyées par les propres garanties de l'appelante. Les détails de ces documents ainsi que leur importance relativement

Limited from 1971 to 1974 inclusive and Elite Insurance Company in 1975.

The groups of risks which the appellant sought to insure under the scheme were of two kinds. The first consisted of the aggregate of deductibles found in primary insurance policies secured by the appellant and the subsidiaries in the insurance market. These deductibles were covered by the primary insurers under so-called "deductibles" policies. Almost all of these risks were reinsured by OI which then protected itself by securing stop loss insurance on the open reinsurance market against claims in excess of its premium funds. The second consisted of miscellaneous risks insured by the appellant and the subsidiaries under "composite" policies. A percentage of these risks was placed with different insurance carriers and with OI. Initially, 20% of these risks was insured with OI but this was increased to 40% in the second year. Premiums were paid directly to OI for the coverage. Most of these risks were reinsured with underwriters at Lloyd's. The appellant placed 100% of these risks with those underwriters in the third and fourth years of the program and they, in turn, reinsured most of them with OI. Again, OI protected itself by securing on the open reinsurance market excess of loss insurance against claims exceeding its premium funds. There was evidence that over time risks of persons other than the appellant and the subsidiaries would be accepted by OI, but no such risks were accepted in the years under review.

In calculating its taxable income for its 1971 to 1975 taxation years, the appellant deducted as business expenses the whole of the premiums paid for this "deductibles" and "composite" protection. The Minister disagreed and assessed the appellant on the basis that a substantial portion should be disallowed. Further, he assessed interest and exchange gains realized by OI in the taxation

à l'espèce apparaîtront bientôt. L'assureur canadien était Victoria Insurance Company of Canada en 1970, Scottish & York Insurance Co. Limited de 1971 à 1974 inclusivement et Elite Insurance Company en 1975.

Les risques contre lesquels l'appelante cherchait à s'assurer en vertu du régime étaient de deux types. Le premier type comprenait l'ensemble des franchises contenues dans les polices d'assurance obtenues à l'origine par l'appelante et ses filiales sur le marché des assurances. Ces franchises étaient assurées par les assureurs d'origine en vertu de soi-disant polices «couvrant les franchises». Presque tous ces risques étaient réassurés par OI qui se protégeait alors elle-même en obtenant, sur le marché libre des réassurances, une assurance en excédent de pertes pour se protéger contre les réclamations dépassant ses provisions pour risques en cours. Le second type de risques visé comprenait les risques divers assurés par l'appelante et ses filiales en vertu de polices «générales». Un certain pourcentage de ces risques était pris en charge par différentes entreprises d'assurance et par OI. Au début, 20 % de ces risques étaient assurés par OI, cette proportion étant passée à 40 % au cours de la deuxième année. Les primes étaient payées directement à OI pour la couverture accordée. La plupart de ces risques étaient réassurés par des assureurs de la Lloyd's. L'appelante a confié 100 % de ces risques à ces assureurs pendant la troisième et la quatrième années du programme et, à leur tour, ils ont réassuré la plupart d'entre eux en s'adressant à OI. De nouveau, OI s'est protégée elle-même en obtenant, sur le marché libre des réassurances, une assurance en excédent de pertes pour se protéger contre les réclamations dépassant ses provisions pour risques en cours. Il est ressorti de la preuve qu'à un moment OI accepterait des risques de personnes autres que l'appelante et les filiales, mais qu'elle n'a pas accepté de risques de ce genre au cours des années concernées.

Dans le calcul de son revenu imposable pour les années d'imposition 1971 à 1975, l'appelante a déduit à titre de frais d'exploitation la totalité des primes versées au titre de la couverture «générale» et de la couverture relative aux «franchises». Le ministre n'était pas d'accord sur ce point et a établi la cotisation de l'appelante en tenant pour acquis qu'une partie importante de la déduction

years 1972 to 1975 on the basis that they were to be attributed to the appellant for tax purposes. In the Trial Division, Strayer J. decided against the appellant on the first point and in its favour on the second.¹ This appeal is brought from that decision.

The Issues

Two issues arise for decision. First, did the learned Trial Judge err in upholding the Minister's assessment disallowing as business expenses portions of insurance premiums paid in the taxation years 1971 to 1975? Second, did the learned Trial Judge err in varying the Minister's assessment by excluding therefrom the interest and exchange gains earned by OI in the taxation years 1972 to 1975?

I turn now to deal with these issues.

Insurance Expenses

The Minister allowed as business expenses only those portions of the amounts paid as premiums to the domestic insurers for "deductibles" coverage that was not reinsured with OI and premiums paid directly by the appellant for "composite" insurance coverage. In the formal judgment, premiums paid by OI for stop loss and excess of loss insurance together with commissions and taxes relevant to obtaining such reinsurance were also allowed. The remainder of the amounts paid to OI less policy losses was disallowed. Because, in the case of the "deductibles" policies, the domestic insurers retained only seven and one-half percent of the risks during the years 1971 to 1974 and but two and one-half percent thereof in 1975, the amounts disallowed are rather substantial.

The position of the appellant is that all of the amounts were paid for insurance protection and as such were properly deducted as insurance

devrait être refusée. En outre, il a établi une cotisation à l'égard des gains tirés d'intérêts et du change réalisés par OI au cours des années d'imposition 1972 à 1975 en tenant pour acquis qu'ils auraient dû être attribués à l'appelante aux fins de l'impôt. En Division de première instance, le juge Strayer s'est prononcé contre l'appelante sur le premier point et en sa faveur sur le second¹. Le présent appel découle de cette décision.

a

Les questions

Deux questions se posent au sujet de ces décisions. Premièrement, le juge de première instance a-t-il commis une erreur en maintenant la cotisation établie par le ministre, qui refusait d'admettre comme frais d'exploitation une certaine partie des primes d'assurance versées au cours des années d'imposition 1971 à 1975? Deuxièmement, le juge de première instance a-t-il commis une erreur en modifiant la cotisation établie par le ministre et en excluant les gains que OI a tirés d'intérêts et du change au cours des années d'imposition 1972 à 1975?

e

Je vais maintenant traiter de ces questions.

Dépenses pour fins d'assurance

Le ministre a admis comme frais d'exploitation seulement les montants versés aux assureurs canadiens à titre de primes pour la couverture des «franchises» qui n'ont pas été réassurées par OI et les primes versées directement par l'appelante pour la couverture «générale». Dans la minute du jugement, les primes versées par OI pour une assurance en excédent de pertes et en excédent de sinistres ainsi que les commissions et les taxes versées pour l'obtention d'une telle réassurance ont également été admises. Les autres montants versés à OI, moins les pertes sur les polices, ont été rejetés. Étant donné que, dans le cas des polices «couvrant les franchises», les assureurs canadiens ont retenu seulement sept et demi pour cent des risques durant les années 1971 à 1974 et deux et demi pour cent en 1975, les montants rejetés sont assez substantiels.

L'appelante prétend que tous les montants ont été versés pour une couverture d'assurance et que, comme tels, ils ont été dûment déduits à titre de

¹ [1987] 1 F.C. 223; [1985] 1 CTC 142; 85 DTC 5120.

¹ [1987] 1 C.F. 223; [1985] 1 CTC 142; 85 DTC 5120.

expenses. The respondent contends that the plan represented an elaborate scheme of self-insurance through OI which was not *bona fide* and that it was in reality a reserve the deduction of which would artificially reduce the appellant's income contrary to subsection 245(1) and paragraph 18(1)(e) of the Act. The respondent argued that the scheme was a sham but the learned Trial Judge disagreed. It was also his view that the *bona fide* business purpose which he found to be present could not immunize the appellant from tax liability if the scheme otherwise attracted it. He found at page 147 that one of the factors in the decision to set it up was the existence of problems facing the appellant at that time in obtaining insurance or in obtaining it at a reasonable cost. On the other hand, he found at page 148 that tax advantages were also a motivation. He could not and, indeed, did not find it necessary to say to what extent these and other factors influenced the decision to establish the scheme.

Paragraph 18(1)(e) and subsection 245(1) of the Act read:

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

(e) an amount transferred or credited to a reserve, contingent account or sinking fund except as expressly permitted by this Part;

245. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

In rejecting the appellant's basic position that the amounts paid were properly deducted, the learned Trial Judge had this to say at pages 236-237 F.C.; 149-150 CTC; 5125 DTC:

To the extent that such risks connected with the plaintiff's property were not insured or reinsured with unrelated companies, those risks remained with OI. All of OI's assets had their ultimate source in the plaintiff. Its original capitalization of \$120,000 came from St. Maurice, the plaintiff's wholly owned subsidiary; its revenues came directly from the plaintiff as insurance premiums, or indirectly from the plaintiff as reinsurance premiums from the plaintiff's insurers; together with such

dépenses pour fins d'assurance. L'intimée soutient qu'il s'agissait d'un régime compliqué d'auto-assurance par l'intermédiaire de OI qui n'était pas authentique et qu'il s'agissait en réalité d'une réserve dont la déduction réduirait de façon factice le revenu de l'appelante en contravention du paragraphe 245(1) et de l'alinéa 18(1)e de la Loi. L'intimée a allégué que le régime était un trompe-l'œil, mais le juge de première instance n'était pas d'accord sur ce point. Il était également d'avis que l'existence d'un but commercial véritable ne pouvait pas soustraire l'appelante à l'assujettissement à l'impôt si le régime entraînait, sous d'autres rapports, une imposition. Il a jugé, à la page 147, que l'un des facteurs qui ont motivé la mise en place du régime était la difficulté qu'éprouvait l'appelante à cette époque à obtenir de l'assurance ou à en obtenir à un prix raisonnable. Par ailleurs, il a estimé, à la page 148, que la recherche d'avantages fiscaux entraînait aussi en ligne de compte pour l'appelante. Il ne lui était pas possible d'établir, et effectivement il n'a pas établi, dans quelle mesure ces facteurs ou d'autres ont influé sur la décision d'élaborer le régime.

L'alinéa 18(1)e) et le paragraphe 245(1) de la Loi sont libellés ainsi:

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

e) une somme transférée ou créditée au compte d'une réserve, à un compte de prévoyance ou à une caisse d'amortissement, sauf ce qui est expressément permis par la présente Partie;

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

En rejetant la position fondamentale de l'appelante selon laquelle les montants versés ont été déduits à juste titre, le juge de première instance a formulé les observations suivantes, aux pages 236 et 237 C.F.; 149 et 150 CTC; 5125 DTC:

OI a conservé la portion des risques se rapportant aux biens de la demanderesse qui n'était ni assurée ni réassurée par des compagnies non affiliées. Tout l'actif d'OI provenait essentiellement de la demanderesse. C'est St. Maurice, la filiale en propriété exclusive de la demanderesse, qui lui a fourni son capital initial de 120 000 \$; son revenu, elle l'a reçu directement de la demanderesse à titre de primes d'assurance, ou indirectement de la demanderesse à titre de primes de réassu-

rebates or commissions as it might earn on insuring or reinsuring the plaintiff's property, and interest earned on surplus funds having their ultimate source in the plaintiff. OI had no other customers among whom to spread the risk, nor any other source of funds from which the plaintiff could be paid for losses within the area of risk retained by OI. Therefore the "insurance program" must be seen as a device for channelling funds from the plaintiff to one of its own instrumentalities over which it had complete control, and to which it would have to look to pay losses on risks retained by OI. Any funds available in OI would be funds having their origin with the plaintiff. Any surplus OI might enjoy would ultimately be under the control of the plaintiff as the sole shareholder of the sole shareholder of OI. Any losses which OI did not have assets to cover would have to be borne by the plaintiff. The net result is similar to the establishment of a reserve fund by any institution or corporation from which it would plan to pay for uninsured losses to its property.

Nor was it established by the evidence that this was only an incidental consequence of an arrangement required by the plaintiff for obtaining insurance from third parties. For example, the evidence indicates that the premiums paid to Scottish and York, the Canadian insurer, were the same as it would have charged to any insured whether or not the insured had a captive insurance company to act as reinsurer. By the same token this suggests that there was no market advantage in having a captive reinsurer. Similarly, although it was said that one of the reasons for establishing a captive insurer was to obtain access to reinsurance markets not available otherwise than to a captive insurance company, in fact the evidence indicates that the reinsurance obtained was available to any insurance company whether a captive or not. Therefore the use of the captive insurance company in part to cover risks not otherwise reinsured was not merely incidental to an arrangement for obtaining from third parties reinsurance not otherwise available.

Therefore I conclude that the so-called "premiums" paid by the plaintiff in respect of risks for which its instrumentality, OI, assumed the responsibility, were disbursements which would artificially reduce the income of the plaintiff and are therefore not deductible from its income, pursuant to subsection 245(1). In fact such disbursements were in effect amounts transferred to a reserve fund and are therefore not deductible by virtue of paragraph 18(1)(e) of the *Income Tax Act*.

The learned Trial Judge relied on cases dealing with the meaning of artificiality in the context of the predecessor of subsection 245(1) including a decision of the Exchequer Court of Canada in *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex.C.R. 410 (affirmed without reasons by the Supreme Court of Canada, [1962] S.C.R. viii; 72 DTC 1166), where Ritchie D.J. said at page 425:

rance versées par les assureurs de celle-ci; elle a également pu obtenir des ristournes ou commissions en assurant ou en réassurant les biens de la demanderesse, ainsi qu'un intérêt sur les fonds excédentaires dont la demanderesse était la source ultime. OI n'avait pas d'autres clients entre lesquels elle pouvait répartir les risques, ni aucune autre source de fonds à partir de laquelle la demanderesse pouvait être indemnisée des pertes faisant partie des risques conservés par OI. Par conséquent, le «programme d'assurance» doit être assimilé à un moyen permettant à la demanderesse de canaliser ses fonds vers l'un de ses intermédiaires qu'elle contrôlait complètement et à qui elle devait s'adresser pour réparer les pertes faisant partie des risques conservés par OI. Les fonds dont disposait OI provenaient de la demanderesse. Tout excédent dont OI pouvait bénéficier était en fin de compte sous le contrôle de la demanderesse à titre d'unique actionnaire de l'unique actionnaire d'OI. C'est la demanderesse qui était tenue aux pertes qu'OI ne pouvait couvrir en raison d'un manque de fonds. Ce qui en résulte est semblable à l'établissement par une institution ou une société d'un fonds de réserve dont elle se servirait pour réparer les pertes non assurées causées à ses biens.

La preuve n'a pas non plus établi que ce n'était là qu'une conséquence accessoire d'une entente exigée par la demanderesse pour obtenir une assurance de tierces parties. Par exemple, il ressort de la preuve que les primes versées à Scottish and York, l'assureur canadien, étaient les mêmes que celles que cet assureur aurait fait payer à n'importe quel assuré, que l'assuré ait ou non une compagnie d'assurances satellite pour agir à titre de réassureur. Cela laisse également entendre qu'il n'y avait, sur le plan du marché, aucun intérêt à avoir un réassureur satellite. De même, bien qu'on ait dit que l'une des raisons de l'établissement d'un assureur satellite était l'accès à des marchés de réassurance qui n'est possible que par le recours à une compagnie d'assurances satellite, la preuve révèle en fait que la réassurance obtenue était accessible à toute compagnie d'assurances, qu'elle soit satellite ou non. Par conséquent, le recours à une compagnie d'assurances satellite en partie pour couvrir les risques qui ne sont pas autrement réassurés n'était pas simplement accessoire à un accord conclu pour obtenir de tierces parties une réassurance qui n'était pas autrement disponible.

En conséquence, je conclus que les prétendues «primes» versées par la demanderesse concernant les risques dont son intermédiaire, OI, a assumé la responsabilité étaient des débours qui réduisaient de façon factice le revenu de la demanderesse et ne pouvaient donc pas, en vertu du paragraphe 245(1), être déduites de son revenu. En fait, ces débours étaient des sommes transférées à un fonds de réserve et ne sont donc pas déductibles en vertu de l'alinéa 18(1)e) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le juge de première instance s'est appuyé sur des décisions traitant de la facticité dans le contexte du paragraphe qui a précédé le paragraphe 245(1) et notamment sur une décision rendue par la Cour de l'Échiquier du Canada dans l'affaire *Shulman, Isaac v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 410 (confirmée sans motifs par la Cour suprême du Canada, [1962] R.C.S. viii; 72 DTC 1166), dans laquelle le juge suppléant Ritchie a déclaré, à la page 425:

In the context found here, “artificially” means “unnatural”, — “opposed to natural” or “not in accordance with normality”.

I construe subsection (1) as though it read:

In computing income for the purpose of this Act no deduction that if allowed would unduly or artificially reduce the income may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation.

In considering the application of section 137(1) to any deduction from income, however, regard must be had to the nature of the transaction in respect of which the deduction has been made. Any artificiality arising in the course of a transaction may taint an expenditure relating to it and preclude the expenditure from being deductible in computing taxable income.

The decisions of the Trial Division in *Don Fell Limited v. The Queen* (1981), 81 DTC 5282 and *Sigma Explorations Ltd. v. The Queen*, [1975] F.C. 624 were also relied upon. He was neither persuaded by the appellant’s arguments based upon the parties to undoubtedly binding and enforceable legal transactions being separate legal entities nor by the lack of a principal/agent relationship between the appellant and OI. It was his view, at page 149, that “it is permissible to pierce the corporate veil on occasion”. In that connection he referred to the majority decision of the Supreme Court of Canada in *Covert et al. v. Minister of Finance of Nova Scotia*, [1980] 2 S.C.R. 774 where, at page 796, the Court felt compelled to “examine the realities of the situation” and concluded that a subsidiary company “was bound hand and foot to the parent company and had to do whatever its parent said”. That case was exceptional on its facts. Nevertheless, the learned Trial Judge at page 149 inferred that OI had to do whatever St. Maurice and the appellant said. In my view, evidence supporting this inference is somewhat scant. The respondent relies on a general investment guideline directed to OI by the appellant but, taken alone, I would regard it as nothing more than the legitimate interest of an ultimate investor in the financial success of its affiliate.

In attacking the decision under appeal the appellant repeats submissions made at trial, all of which were directed toward showing that the operation of the scheme had not “artificially” reduced income in any of the years in question but rather

[TRADUCTION] Dans le présent contexte, «de façon factice» signifie de façon «anormale», «contraire à ce qui est naturel» ou «qui n’est pas normale».

J’interprète le paragraphe (1) comme s’il se lisait:

Dans le calcul du revenu aux fins de la présente Loi, aucune déduction qui, si elle était permise, réduirait indûment ou de façon factice le revenu ne peut être faite à l’égard d’un débours ou d’une dépense contractée relativement à une affaire ou opération.

Si l’on étudie l’application de l’article 137(1) à toute déduction de revenu, il faut aussi tenir compte de la nature de la transaction ayant donné lieu à la déduction. Tout artifice surgissant au cours d’une transaction peut vicier une dépense s’y rapportant et l’empêcher d’être déductible du calcul du revenu imposable.

Les décisions rendues par la Division de première instance dans les affaires *Don Fell Limited c. La Reine* (1981), 81 DTC 5282 et *Sigma Explorations Ltd. c. La Reine*, [1975] C.F. 624, ont également été invoquées. Il n’a pas été convaincu par les allégations de l’appelante qui a fait valoir que les parties à des transactions juridiques indubitablement exécutoires étaient des entités juridiques distinctes, ni par l’absence d’un rapport mandant/mandataire entre l’appelante et OI. Il était d’avis, à la page 149, qu’«il est permis de percer, occasionnellement, le voile qui couvre les sociétés». À ce propos, il s’est reporté à la décision rendue par la majorité des juges de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Covert et autres c. Ministre des Finances de la Nouvelle-Écosse*, [1980] 2 R.C.S. 774, où, à la page 796, la Cour s’est estimée tenue d’«examiner la véritable situation» et a conclu qu’une filiale «était à la merci de la compagnie mère et devrait lui obéir au doigt et à l’œil». Les faits de cette affaire étaient exceptionnels. Néanmoins, le juge de première instance a déduit, à la page 149, que OI devait faire tout ce que St. Maurice et l’appelante lui disaient de faire. À mon avis, il y a insuffisance de preuve à l’appui de cette déduction. L’intimée se fonde sur une directive générale donnée par l’appelante à OI relativement aux investissements, mais je considère que, prise isolément, il ne s’agit de rien de plus que l’intérêt légitime d’un investisseur principal à l’égard du succès financier de sa filiale.

En contestant la décision portée en appel, l’appelante reprend des allégations présentées en première instance, qui tendaient toutes à démontrer que l’application du régime n’avait pas réduit son revenu «de façon factice» durant l’une des années

that it was a legitimate program which was designed to secure the appellant's insurance requirements. Accordingly, it argues that no portion of the premiums should have been disallowed as business expenses even though tax savings had resulted. The respondent likens the scheme to a train operating on a single track between two fixed points. Each year as annual coverage expired and new coverage was required the scheme took over and, like the train, was set upon a preordained course. The appellant, it is said, had locked itself into a program that amounted in reality to a reserve for payment of future losses. The indemnities, letters of credit and guarantees could only mean that the appellant and St. Maurice had obliged themselves to make good any short-fall between insurance claims presented and funds available in OI to meet them. The fact that the scheme had been dressed up in the guise of an insurance program, argues the respondent, did not make it such.

It seems to me that the applicability of subsection 245(1) must be examined from two distinct points of view: first, in the circumstances of the 1971 to 1974 period with its indemnities, letters of credit and guarantees and, then, in the absence any such indemnity or guarantee in the 1975 taxation year. Those elements were not incorporated in the original scheme though they seemed to have been contemplated. They were introduced during the 1972 taxation year. The effect of the indemnities was to protect both Victoria Insurance Company of Canada and Scottish & York Insurance Co. Limited from exposure to loss for any coverage ceded by either of them to OI pursuant to the Open Facultative Agreement. By their terms St. Maurice bound itself both to Victoria Insurance Company of Canada and to its sister company, Scottish & York Insurance Co. Limited, as an "eligible person" therein defined, as follows:

In consideration of the benefits to ST. MAURICE HOLDINGS LIMITED from operations of its wholly owned subsidiary OVERSEAS INSURANCE CORPORATION, "OVERSEAS", ST. MAURICE HOLDINGS LIMITED shall indemnify and hold harmless any eligible party, as hereinafter defined, against all current liability, loss and expense, including but not limited to reasonable

en question mais qu'il constituait plutôt un programme légitime destiné à combler les besoins d'assurance de l'appelante. Elle soutient en conséquence qu'aucune partie des primes n'aurait dû être refusée à titre de frais d'exploitation même s'il en avait résulté un dégrèvement. L'intimée compare le régime à un train qui se déplace sur une voie simple entre deux points donnés. Chaque année à la date d'échéance de la couverture annuelle et au moment où il fallait avoir recours à une nouvelle couverture, le régime prenait le relais et, comme le train, amorçait un parcours réglé d'avance. L'appelante, a-t-on avancé, s'était engagée dans un programme qui équivalait en réalité à une réserve pour paiement des pertes à venir. Les indemnités, les lettres de crédit et les garanties ne pouvaient que signifier que l'appelante et St. Maurice s'étaient engagées à compenser tout déficit survenant entre les réclamations d'assurance présentées et les fonds dont disposait OI pour les acquitter. Ce n'est pas parce que le régime revêtait l'aspect d'un programme d'assurance, allègue l'intimée, qu'il en constituait un.

Il me semble que l'applicabilité du paragraphe 245(1) doit être examinée de deux points de vue distincts: premièrement, dans les circonstances existant durant la période allant de 1971 à 1974 en tenant compte des indemnités, des lettres de crédit et des garanties et, deuxièmement, en l'absence de toute indemnité ou garantie de ce genre durant l'année d'imposition 1975. Ces éléments n'ont pas été inclus dans le régime initial bien qu'ils semblent avoir été envisagés. Ils ont été ajoutés durant l'année d'imposition 1972. Les indemnités avaient pour effet de protéger à la fois Victoria Insurance Company of Canada et Scottish & York Insurance Co. Limited contre les pertes pouvant résulter de toute couverture cédée par l'une d'entre elles à OI conformément à l'entente facultative à découvert. Selon les modalités prévues, St. Maurice s'est engagée tant vis-à-vis de Victoria Insurance Company of Canada que vis-à-vis de sa société sœur, Scottish & York Insurance Co. Limited, à titre de «personne admissible» définie ci-après, de la façon suivante:

[TRADUCTION] En considération des avantages que représentent pour ST. MAURICE HOLDINGS LIMITED les opérations de sa filiale en propriété exclusive OVERSEAS INSURANCE CORPORATION, ci-après appelée «OVERSEAS», ST. MAURICE HOLDINGS LIMITED indemnifiera et tiendra à couvert toute partie admissible, définie ci-dessous, de toutes dettes, pertes et dépenses

attorneys' fees, that such eligible party may incur by reason of the failure of OVERSEAS to perform any or all of its obligations to such eligible party with respect to transactions between such eligible party and ST. MAURICE HOLDINGS LIMITED and/or CONSOLIDATED-BATHURST LIMITED, or any of their subsidiary companies, or in defending or prosecuting any suit, action or other proceeding brought in connection therewith or in obtaining or attempting to obtain a release from liability in respect thereof.

ST. MAURICE HOLDINGS LIMITED covenants that it will reimburse such eligible party on demand for, or pay over to such eligible party, all sums of money which such eligible party shall pay or become legally liable to pay by reason of any of the foregoing, and will make such payment to such eligible party as soon as such eligible party shall become liable therefor, whether or not such eligible party shall have paid out such sums or any part thereof.

The obligation of ST. MAURICE HOLDINGS LIMITED to indemnify any such "eligible party" hereunder shall continue for as long as any obligation is outstanding from OVERSEAS to such "eligible party".

Then, from time to time throughout the 1971-1974 years OI arranged bank letters of credit in favour of Victoria Insurance Company of Canada and Scottish & York Insurance Co. Limited against which either company could on demand draw up to specified limits on terms similar if not completely identical to the following which appeared in the 1972 letter of credit:

The amount so drawn is to be payable upon presentation of a certificate by Scottish & York Insurance Co. Ltd. and/or Victoria Insurance Co. of Canada, stating that Overseas Insurance Corporation is in default of its current obligations towards Scottish & York Insurance Co. Ltd. and/or Victoria Insurance Co. of Canada, written demand for which was mailed to Overseas Insurance Corporation with copy to St. Maurice Holdings Ltd. not less than 30 days prior to presentation of this certificate.

These instruments were each secured by OI's time deposits in Bermuda. The evidence was that they were required by Scottish & York Insurance Co. Limited and Victoria Insurance Company of Canada because OI was not a Canadian licensed insurer as required by the Superintendent of Insurance. Finally, the appellant furnished the bank with its own guarantees as further security for the letters of credit. These guarantees each read in part:

IN CONSIDERATION of the (Bank) dealing with Overseas Insurance Corporation herein referred to as the Customer, the undersigned hereby guarantee(s) payment to said Bank of all present and future debts and liabilities direct or indirect or

courantes, dont les frais d'avocat s'élevant à un montant raisonnable, que la partie admissible pourra assumer si OVERSEAS néglige d'exécuter l'une ou la totalité de ses obligations à l'égard de la partie admissible relativement aux transactions intervenues entre cette partie et ST. MAURICE HOLDINGS LIMITED et/ou CONSOLIDATED-BATHURST LIMITED, ou l'une de leurs filiales, ou pour procéder en défense ou en demande dans toute poursuite, action ou autre procédure intentée à ce sujet ou pour obtenir ou tenter d'obtenir une mainlevée à cet égard.

ST. MAURICE HOLDINGS LIMITED s'engage à rembourser sur demande ladite partie admissible ou à lui verser toute somme d'argent que celle-ci versera ou sera tenue par la loi de verser en raison de ce qui précède, et elle effectuera ce paiement à la partie admissible aussitôt que celle-ci en deviendra redevable, qu'elle ait ou non déboursé ces sommes en tout ou en partie.

L'obligation de ST. MAURICE HOLDINGS LIMITED d'indemniser toute «partie admissible» aux termes des présentes durera aussi longtemps qu'une obligation sera due par OVERSEAS à cette «partie admissible».

À quelques reprises pendant les années 1971 à 1974, OI a consenti des lettres de crédit bancaire en faveur de Victoria Insurance Company of Canada et de Scottish & York Insurance Co. Limited grâce auxquelles l'une ou l'autre de ces compagnies pouvait sur demande tirer des fonds, dont les limites étaient spécifiées, selon des modalités semblables, sinon tout à fait identiques, aux modalités suivantes qui figuraient dans la lettre de crédit de 1972:

[TRADUCTION] Le montant ainsi tiré sera payable sur présentation par Scottish & York Insurance Co. Ltd. et/ou Victoria Insurance Co. of Canada d'un certificat attestant que la société Overseas Insurance Corporation n'a pas rempli ses obligations courantes envers Scottish & York Insurance Co. Ltd. et/ou Victoria Insurance Co. of Canada, et qu'une demande écrite à cet égard a été expédiée à Overseas Insurance Corporation, dont copie à St. Maurice Holdings Ltd., au moins 30 jours avant la présentation de ce certificat.

Chacun de ces effets a été garanti par des dépôts à terme faits par OI aux Bermudes. La preuve a démontré que les sociétés Scottish & York Insurance Co. Limited et Victoria Insurance Company of Canada les ont exigés parce que OI n'était pas un assureur canadien autorisé comme le requiert le surintendant des assurances. Enfin, l'appelante a fourni à la banque ses propres garanties pour garantir davantage les lettres de crédit. Chacune de ces garanties était libellée en partie comme suit:

[TRADUCTION] En considération des transactions conclues par la (banque) et Overseas Insurance Corporation, ci-après appelée la cliente, la soussignée garantit par les présentes à ladite banque le paiement de toutes les dettes présentes et futures,

otherwise, now or at any time and from time to time hereafter due or owing to said Bank from or by the Customer, arising from a demand having been made under Letter of Credit

When, in 1975, the Elite Insurance Company entered the picture as the domestic insurer neither an indemnity nor a guarantee supporting the letter of credit was required. Again, that letter of credit was provided directly by OI.

I am in respectful agreement with the conclusion of the learned Trial Judge insofar as it concerns the taxation years 1971 to 1974 inclusive. The effect in those years of the appellant's guarantees, it seems to me, was to place the appellant in a position where it could have been required to absorb a loss it had purported to insure. OI was then in its infancy and its capitalization was relatively small. True, it had reinsurance protection for its premium accounts and neither expected to be nor in fact was called upon to make good under its guarantees. I do not see that that matters at all. The effect of the guarantee arrangements was that in the event something unforeseen had occurred such as would have prevented OI from meeting claims presented by the domestic insurers pursuant to the Open Facultative Agreement, the appellant itself would have had to absorb any resulting loss otherwise covered by the terms of its insurance contracts. According to the evidence, guarantees of this kind had some prevalence in the industry as between insurer and reinsurer but not as between insured and reinsurer. It only stands to reason. I should have thought that an insurer's request for such a guarantee might, in ordinary circumstances, quite properly be met with incredulity and, I suspect, with a firm and swift rejection by his insured. Similarly, even though no guarantee was given in respect of the "composite" policies, the appellant would also have had to absorb any loss thereunder for coverage retained by OI because OI might not have had sufficient funds available. In respect of risks retained by OI, I do not see how the arrangement which operated throughout the 1971 to 1974 taxation years can be viewed as providing *bona fide* insurance protection under which risk shifted and was distributed so as to render eligible for deduction as business expenses amounts paid by the appellant as premiums thereunder. As no such protection was pur-

directes, indirectes ou autrement, qui sont dues présentement ou le seront en tout temps par la suite à ladite banque par la cliente, et qui découlent d'une demande effectuée en vertu de la lettre de crédit

^a Lorsqu'en 1975 la société Elite Insurance Company est intervenue à titre d'assureur canadien, aucune indemnité ni aucune garantie n'ont été exigées à l'appui de la lettre de crédit. De nouveau, cette lettre de crédit a été fournie directement par OI.

^b Je suis d'accord en toute déférence avec la conclusion du juge de première instance en ce qui concerne les années d'imposition 1971 à 1974 inclusivement. Il me semble que les garanties consenties par l'appelante ont eu pour effet, au cours de ces années, de la placer dans une position où elle aurait pu être tenue d'absorber une perte qu'elle avait prétendu assurer. OI en était alors à ses débuts, et son capital était relativement peu élevé. Il est vrai qu'elle possédait une couverture de réassurance pour ses risques en cours et qu'elle ne s'attendait pas à ce qu'on lui demande, et de fait on ne lui a pas demandé, de verser un dédommagement en vertu de ses garanties. Je ne crois pas que cela ait une quelconque importance. En effet, selon les arrangements relatifs aux garanties, dans l'éventualité où un imprévu aurait empêché OI de satisfaire aux réclamations présentées par les assureurs canadiens en vertu de l'entente facultative à découvert, l'appelante elle-même aurait dû absorber toute perte en résultant par ailleurs couverte par les modalités de ses contrats d'assurance. Selon la preuve, les garanties de ce genre sont assez fréquentes dans l'industrie de l'assurance entre l'assureur et le réassureur mais non entre l'assuré et le réassureur. Cela va de soi. Il me semblerait qu'une demande de garantie de cette nature de la part de l'assureur pourrait, dans des circonstances ordinaires, soulever à juste titre l'incredulité de son assuré et, j'en ai le sentiment, se voir opposer un rejet catégorique. De la même façon, bien que les polices «générales» n'aient fait l'objet d'aucune garantie, l'appelante aurait dû également absorber toute perte sous leur régime pour la couverture conservée par OI parce que celle-ci aurait pu ne pas disposer de fonds suffisants. En ce qui concerne les risques conservés par OI, je ne vois pas comment l'arrangement qui était en vigueur durant les années d'imposition 1971 à 1974 peut être considéré comme fournissant une

chased in those years, the deduction of such amounts resulted in an artificial reduction of the appellant's income.

The respondent urges that these payments constituted a "reserve", within paragraph 18(1)(e) of the Act and the learned Trial Judge agreed. There seems to me, however, no necessity of characterizing the payments in that or any other particular way. It is sufficient to say that they cannot be regarded as insurance premiums deductible against income. This follows because in the circumstances they were abnormal payments whose deduction would "artificially" reduce income within the test of artificiality set forth in the *Shulman* case. A contract of insurance is a contract to indemnify an insured for losses incurred to the full extent provided in the contract according to its terms and conditions. In my view, an arrangement or condition whereby an insured may be required to absorb any portion of the loss for which indemnity is so provided does not result in *bona fide* insurance protection. Monies paid as premiums therefor may not be deducted from income as business expenses.²

I have not overlooked additional arguments put forward by the appellant although I cannot accept them. Reliance is placed on the decision of this Court in *Spur Oil Ltd. v. R.*, [1982] 2 F.C. 113 and particularly at page 125 concerning the treatment accorded the word "artificial" found in subsection 137(1) of the *Income Tax Act* as it then stood [R.S.C. 1952, c. 148]. That case did not involve an insurance scheme. Additionally, while binding and enforceable legal obligations were incurred, the transaction did not, as here, relieve

² See *Harris v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 489 per Cartwright J., at p. 505. Although it was not necessary for the Court to deal with subsection 137(1) of the *Income Tax Act* [R.S.C. 1952, c. 148] I think I must accept the case as binding guidance in view of the fact that the point "was fully argued" (*Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527; and see *Clark v. Canadian National Railway Co.; Attorney-General of New Brunswick, intervenor* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58 (N.B.C.A.), per La Forest J.A., at p. 66).

couverture d'assurance véritable en vertu de laquelle le risque a été transféré et réparti de façon à permettre la déduction, à titre de frais d'exploitation, de montants payés comme primes par l'appelante. Étant donné qu'aucune couverture de ce genre n'a été achetée au cours de ces années, la déduction de ces montants entraînait une réduction factice du revenu de l'appelante.

L'intimée soutient instamment que ces paiements constituaient une «réserve» au sens de l'alinéa 18(1)e) de la Loi et que le juge de première instance y a souscrit. Il ne me semble toutefois pas nécessaire de qualifier ces paiements de cette façon ou de toute autre façon particulière. Il suffit de dire qu'ils ne peuvent pas être considérés comme des primes d'assurance déductibles du revenu. Il en est ainsi parce que, dans les circonstances, ils constituaient des paiements exceptionnels dont la déduction réduirait le revenu «de façon factice» selon le critère de facticité énoncé dans l'arrêt *Shulman*. Un contrat d'assurance est un contrat prévoyant l'indemnisation des pertes de l'assuré, dans la mesure prévue par les modalités du contrat. À mon avis, une condition ou un arrangement par lequel un assuré peut être tenu d'absorber une partie des pertes visées par l'indemnité ne donne pas lieu à une couverture d'assurance véritable. Les sommes d'argent versées à cet égard à titre de primes ne peuvent donc pas être déduites du revenu à titre de frais d'exploitation².

Je n'ai pas oublié les autres moyens de l'appelante, bien que je ne puisse les accepter. Elle s'appuie sur la décision rendue par la Cour dans *Spur Oil Ltd. c. R.*, [1982] 2 C.F. 113 et notamment à la page 125, relativement à la façon dont celle-ci a interprété le mot «*artificial*» (factice) qui figurait au paragraphe 137(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vigueur à l'époque [S.R.C. 1952, chap. 148]. Cette affaire ne concernait pas un régime d'assurance. De plus, bien que des obligations exécutoires prévues par la loi aient été con-

² Voir *Harris v. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 489, les motifs du juge Cartwright, à la p. 505. Bien qu'il ne soit pas nécessaire que la Cour se prononce sur le paragraphe 137(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.R.C. 1952, chap. 148], je crois que je dois me sentir lié par cette décision vu que la question «a été pleinement débattue» (*Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527; et voir *Clark v. Canadian National Railway Co.; Attorney-General of New Brunswick, intervenor* (1985), 17 D.L.R. (4th) 58 (C.A.N.-B.), les motifs du juge d'appel La Forest, à la p. 66).

the performance of a fundamental obligation had the need to do so arisen. Further, the appellant argues that the "foreign accrual property income" rules in section 95 of the Act as amended in 1972 [S.C. 1970-71-72, c. 63] and effective in 1976 [as am. by S.C. 1973-74, c. 14, s. 29; 1974-75-76, c. 26, s. 59] and subsequent years, must be taken as expressing parliamentary intention that amounts paid as premiums in the years under review are not to be regarded as contravening subsection 245(1). Under those rules, it was said, the income of an offshore captive insurer is deemed to be the income of its Canadian parent. I do not gain assistance from this argument for it seems to me that whether the scheme is proscribed by subsection 245(1) must depend on the interpretation to be given its language regardless of the presence in some of those years of newly adopted rules awaiting legal effect.

But what of the 1975 taxation year? Should the result be any different? The situation differed from the earlier years in that neither an indemnity nor a guarantee was required. By 1975 OI had been in operation for some years and had built up substantial assets. The evidence rather suggests that the strength of its financial position in that year made it unnecessary to require either a guarantee or an indemnity. Indeed, in its Memorandum of Fact and Law the respondent appears to say as much by stating that "by 1975 sufficient funds had been transferred either directly or indirectly by the appellant to OI . . . that no indemnification was required". Moreover, OI had developed its own investments and continued to protect its premium funds against reinsurance claims under stop loss or excess of loss reinsurance in the open market.

The learned Trial Judge, at page 151, did not consider the presence of the indemnities and guarantees "essential to a finding that at no time during the years in question was the risk shifted

tractées, la transaction ne dispensait pas, comme en l'espèce, de l'exécution d'une obligation fondamentale si le besoin s'en était fait sentir. En outre, l'appelante soutient qu'en ce qui concerne le «revenu étranger accumulé, tiré de biens», les règles de l'article 95 de la Loi, tel qu'il a été modifié en 1972 [S.C. 1970-71-72, chap. 63] et était en vigueur en 1976 [mod. par S.C. 1973-74, chap. 14, art. 29; 1974-75-76, chap. 26, art. 59] et pendant les années suivantes, doivent être considérées comme exprimant l'intention du législateur que les montants versés à titre de primes au cours des années faisant l'objet de l'examen ne soient pas considérés comme contraires au paragraphe 245(1). On a avancé que, selon ces règles, le revenu d'un assureur satellite international est considéré comme le revenu de sa compagnie mère canadienne. Cet argument ne m'est d'aucun secours, car il me semble que la question de savoir si le régime est prohibé par le paragraphe 245(1) doit reposer sur l'interprétation à donner à son libellé indifféremment de l'existence, durant certaines de ces années, de règles nouvellement adoptées qui attendent d'entrer en vigueur.

Mais qu'en est-il de l'année d'imposition 1975? Le résultat devrait-il être quelque peu différent? La situation différerait de celle des années précédentes en ce qu'aucune indemnité ni aucune garantie n'ont été demandées. En 1975, OI était déjà en exploitation depuis quelques années et avait accumulé des avoirs importants. La preuve tendrait à montrer qu'en raison de la solidité de sa situation financière au cours de cette année-là, elle n'a pas eu besoin de demander de garantie ni d'indemnité. En effet, dans son exposé des faits et du droit, l'intimée semble en dire autant en déclarant que, [TRADUCTION] «dès 1975, des fonds suffisants avaient été transférés soit directement ou indirectement par l'appelante à OI . . . de sorte qu'aucune garantie n'a été demandée». En outre, OI avait fait fructifier ses propres investissements et continuait de protéger ses provisions pour risques en cours contre les réclamations de réassurance en se réassurant, sur le marché libre, en excédent de pertes ou de sinistres.

Le juge de première instance n'a pas considéré, à la page 151, les indemnités et les garanties comme «essentiels à la conclusion que la demanderesse ou ses intermédiaires n'ont, à aucun

away from the plaintiff or its instrumentalities". In so concluding he was influenced by decisions of courts in the United States dealing with the nature of insurance in the context of a taxing statute (*Helvering v. Le Gierse*, 312 U.S. 531 (1941)) and particularly with the deductibility from income of amounts paid as premiums whose ultimate destination was a captive insurance subsidiary (*Carnation Co. v. C.I.R.*, 640 F. 2d 1010 (9th Cir. 1981) and *Stearns-Roger Corp., Inc. v. U.S.*, 577 F. Supp. 833 (D.C. Colo. 1984)). In examining these cases I must not forget what was said by Estey J. in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at page 555, to the effect that the *Internal Revenue Code* and its predecessors "did not include an anti-tax avoidance provision in the nature of s. 137".

According to these decisions, insurance involves risk shifting and risk distributing. I agree. That view was central to the *Carnation* and *Stearns-Roger* decisions and was the view taken by the Supreme Court of the United States in the *Le Gierse* case. The *Carnation* case involved a deduction of premium paid by the parent to a domestic insurer, the ceding of most of the cover to an offshore captive and payment of a correspondingly high percentage of the premium. The United States Court of Appeals for the 9th Circuit concluded that as there had been no shifting and distributing of risk no insurance resulted and, accordingly, that the amount paid as premium could not be deducted from income pursuant to the *Internal Revenue Code*. In the *Stearns-Roger* case the parent paid an amount as premium to its U.S. captive insurance company but its deduction from income was disallowed on the basis that the parent and the subsidiary belonged to the same "economic family". In coming to his conclusion, the learned Trial Judge made the following observations at pages 238 F.C.; 150 CTC; 5125 DTC:

In the present case, with respect to losses not insured with third parties, the plaintiff was obliged to look to its own instrumentality, OI, for any funds it might require to replace the losses on such property. If the money were not there—money which incidentally had come from the plaintiff directly or indirectly—then the plaintiff would not be recompensed for its loss, at least

moment au cours des années en question, transféré de risque». Il a été influencé dans sa conclusion par des décisions de tribunaux américains sur la nature de l'assurance dans le contexte d'une loi fiscale (*Helvering v. Le Gierse*, 312 U.S. 531 (1941)) et notamment la possibilité de déduire du revenu des montants versés à titre de primes qui étaient destinées fondamentalement à une filiale satellite (*Carnation Co. v. C.I.R.*, 640 F. 2d 1010 (9th Cir. 1981) et *Stearns-Roger Corp., Inc. v. U.S.*, 577 F. Supp. 833 (D.C. Colo. 1984)). Dans l'étude de ces affaires, je dois garder à l'esprit la remarque du juge Estey dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la page 555, selon laquelle l'*Internal Revenue Code* et les lois qui l'ont précédé «ne comportaient pas de disposition visant l'évitement de l'impôt semblable à celle de l'art. 137».

Selon ces décisions, l'assurance comporte le transfert et la répartition de risques. J'en conviens. Cette opinion était au centre des arrêts *Carnation* et *Stearns-Roger* et elle représentait le point de vue adopté par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Le Gierse*. L'affaire *Carnation* concernait la déduction d'une prime versée par la compagnie mère à un assureur américain, la cession de la plus grande partie de la couverture à une société satellite internationale et le versement d'un pourcentage proportionnel de la prime. La Cour d'appel du 9^e circuit des États-Unis (*United States Court of Appeals for the 9th Circuit*) a conclu que, comme il n'y avait eu ni transfert ni répartition de risques, il n'en résultait pas d'assurance et que, par conséquent, le montant versé à titre de prime ne pouvait pas être déduit du revenu conformément à l'*Internal Revenue Code*. Dans l'affaire *Stearns-Roger*, la compagnie mère avait versé un certain montant à titre de prime à sa compagnie d'assurance satellite américaine, mais sa déduction du revenu avait été rejetée pour le motif que la compagnie mère et la filiale appartenaient à la même «famille économique». Pour en arriver à sa conclusion, le juge de première instance a formulé les remarques suivantes, aux pages 238 C.F.; 150 CTC; 5125 DTC:

En l'espèce, à l'égard des pertes non assurées par des tiers, la demanderesse a dû s'adresser à son propre intermédiaire, OI, pour obtenir les fonds nécessaires au remplacement de ses biens endommagés. Si l'argent—qui, incidemment, provenait directement ou indirectement de la demanderesse—n'était pas disponible, alors celle-ci n'était pas indemnisée de ses pertes, à moins

unless it provided the funds to this subsidiary of its subsidiary with which to reimburse itself. Therefore, the risk had not been shifted or distributed.

and he added at pages 240 F.C.; 151-152 CTC; 5126 DTC:

While in Canadian jurisprudence we have not apparently embraced the term "economic family" it appears to me we should reach the same conclusion, that in a case such as the present one the risk has not been shifted to anyone other than an instrumentality of the insured, an instrumentality which draws all of its assets directly or indirectly from the insured and whose only source of more funds for paying insurance losses, should its assets not be sufficient, would be the insured itself. Without resorting to familiar metaphors, I can conclude that such does not involve a true shifting of the risk and therefore the payment of "premiums" to such a captive "insurer" would artificially reduce the income of the "insured".

I should note here that unlike the case at bar neither of these U.S. cases involved reinsurance of any part of the risks beyond the captive itself. Besides, in the *Carnation* case the requirement of the domestic insurer that the parent subscribe to additional capital was seen by the Court at page 1013 as "key" to the arrangement by which the parent could insure its risks. That factor is entirely missing in the present case for the taxation year 1975 for in that year neither an increase in OI's capitalization nor a guarantee was sought or given.

Moreover, the concept of "economic family" has been neither authoritatively established nor universally accepted. In this Court for the first time the appellant relies on a decision of the High Court of the Netherlands rendered August 21, 1985 (Court Roll No. 22929). The parties are not identified by name. As I understand, a domestic business concern placed its insurance requirements and those of its other companies with an offshore subsidiary incorporated under the laws of the Netherlands Antilles. It was assessed to tax liability on the basis that risks were not covered by insurance and that no business relationship existed between the parent and the offshore subsidiary. The Court disagreed, saying at page 26 of the certified translation handed to this Court:

qu'elle ne fournisse à cette filiale de sa filiale les fonds à même lesquels elle se remboursait. Par conséquent, il n'y a eu ni transfert ni répartition de risques.

et il a ajouté, aux pages 240 C.F.; 151 et 152 CTC; a 5126 DTC:

Bien que la jurisprudence canadienne ne semble pas faire mention de la notion de «famille économique», nous devrions, à mon avis, tirer la même conclusion, savoir que, dans un cas comme l'espèce, il n'y a pas eu transfert de risques à quiconque, sauf à un intermédiaire de l'assuré, intermédiaire dont tout b l'actif provient directement ou indirectement de celui-ci et qui, au cas où son actif ne serait pas suffisant, s'adresserait uniquement à l'assuré pour trouver les fonds nécessaires à la réparation des pertes couvertes par l'assurance. Sans recourir à des métaphores faisant appel à la notion de famille, je peux conclure que, en l'espèce, il n'y a pas eu de transfert véritable de risques et que, par conséquent, le paiement de «primes» à un tel c «assureur» satellite réduirait de façon factice le revenu de l'«assuré».

Je dois souligner que, contrairement à l'espèce, aucune de ces décisions américaines ne concernait d la réassurance d'une quelconque partie des risques au-delà de la compagnie satellite elle-même. D'ailleurs, dans l'affaire *Carnation*, la demande formulée par l'assureur américain selon laquelle la compagnie mère devait souscrire un capital supplémentaire a été considérée par la Cour, à la e page 1013, comme [TRADUCTION] «essentielle» à l'arrangement au moyen duquel la compagnie mère pouvait assurer ses risques. Ce facteur est f totalement absent dans la présente affaire en ce qui concerne l'année d'imposition 1975 car, au cours de cette année là, aucune augmentation du capital de OI ni aucune garantie n'ont été demandées ou accordées.

En outre, la notion de «famille économique» n'a pas été reconnue par la jurisprudence et n'est généralement pas admise. Devant la Cour, l'appellante invoque pour la première fois une décision rendue par la Haute Cour des Pays-Bas le 21 août 1985 (n° du greffe: 22929). Le nom des parties n'est pas mentionné. Si je comprends bien, une entreprise nationale s'est assurée et a assuré ses autres compagnies auprès d'une filiale internationale constituée en société en vertu des lois des Antilles néerlandaises. Elle a fait l'objet d'une cotisation pour le motif que les risques n'étaient pas couverts par l'assurance et qu'aucune relation d'affaires n'existait entre la compagnie mère et la filiale internationale. Ce tribunal a exprimé son désaccord, à la page 26 de la traduction certifiée remise à notre Cour:

For the rest, the argument is based on the view that with companies belonging to one group for the purpose of corporation tax, no attention should be paid to the transfer of risks to a company belonging to the group by means of premium payment, since in this case, these risks remain inside the concern.

This view is not correct. If and in so far as in a group relationship a premium is charged for the transferred risk, based on normal business practice—and therefore is not influenced by the relationship itself within that concern—, allowance should be made for the premium payment when corporation tax is levied.

While care must be taken in the treatment to be given this case decided under foreign laws with which we are not familiar, it may be seen as rejecting the “economic family” concept. As I see it, adoption of that concept would amount to a wholesale disregard of separate corporate existence regardless of the circumstances in a particular case. I find that to be unacceptable.

In the present case, whether risk shifted and was distributed is a question of law. I am unable to say that in the 1975 taxation year risk did not shift and was not distributed. Unlike in the four preceding years, the domestic insurer as the fronting company could not look to the insured to absorb losses covered by the scheme in the event OI defaulted. True, that insurer held a letter of credit from OI but it was not guaranteed by the appellant. This may suggest that OI occupied a far more mature and solid financial position in 1975 than may have been the case in the preceding years. As was noted by the learned Trial Judge, the appellant’s holdings were vast. In my view, the arm’s length insurance transactions in 1975 created binding and enforceable legal obligations. Moreover, a shifting and distributing of risk occurred for the following additional reasons. First, the coverage arranged in that year was extremely large e.g. in the case of the “deductibles” alone, the limit of coverage was \$750,000 per loss, accident or disaster. Second, the risks were numerous and were of a similar kind. Third, there is nothing in the record suggesting the likelihood that OI would have been faced at the same time with paying similar losses incurred by more

[TRADUCTION] Pour le reste, la plaidoirie se fonde sur l’opinion qu’en ce qui concerne les compagnies appartenant à un même groupe aux fins de l’impôt sur les corporations, il ne faut prêter aucune attention au transfert de risques à une compagnie appartenant au groupe au moyen du versement d’une prime, étant donné que, dans ce cas, ces risques restent à l’intérieur de l’entreprise.

Cette opinion est erronée. Lorsque, dans le cadre d’un groupe, une prime est exigée pour le transfert de risques, selon les pratiques commerciales habituelles—et donc indépendamment des rapports eux-mêmes qui jouent à l’intérieur de cette entreprise—, il doit être tenu compte du versement de la prime dans l’établissement de l’impôt sur les corporations.

Malgré la prudence que nous devons montrer à l’égard de ce jugement fondé sur des lois étrangères avec lesquelles nous ne sommes pas familiers, nous pouvons considérer qu’il rejette la notion de «famille économique». À mon sens, l’adoption de cette notion équivaldrait à nier l’existence de compagnies distinctes indépendamment des circonstances d’un cas particulier. J’estime que c’est inacceptable.

En l’espèce, la question de savoir s’il y a eu transfert et répartition de risques est une question de droit. Je ne puis affirmer que, au cours de l’année d’imposition 1975, il n’y a pas eu de transfert ni de répartition de risques. Contrairement aux quatre années précédentes, l’assureur canadien ne pouvait pas, à titre de compagnie de façade, compter sur l’assuré pour absorber les pertes couvertes par le régime dans l’éventualité où OI ne remplirait pas ses engagements. Il est vrai que cet assureur détenait une lettre de crédit émanant de OI, mais elle n’était pas garantie par l’appelante. Cela peut laisser croire que OI était en bien meilleure posture financière en 1975 que ce put être le cas au cours des années précédentes. Ainsi que l’a fait remarquer le juge de première instance, les avoirs de l’appelante étaient considérables. À mon avis, les transactions d’assurance effectuées sans lien de dépendance en 1975 ont créé des obligations légales exécutoires. De plus, il y a eu transfert et répartition de risques pour les autres raisons suivantes. Premièrement, la couverture convenue cette année-là était extrêmement large: par exemple, dans le cas des seules «franchises», la couverture était limitée à 750 000 \$ pour chaque perte, accident ou désastre. Deuxièmement, les risques étaient nombreux et d’un genre semblable. Troisièmement, rien dans le dossier n’incite à croire que OI aurait pu être contrainte à la même époque de

than one of the insured entities, for it appears the risks were not interdependent.

The predecessor of subsection 245(1) was subsection 137(1).³ It was the subject of certain observations by a majority of the Supreme Court of Canada in the *Stuart* case some of which are relied upon by the respondent. No issue actually arose in that case as to the application of that subsection; it was concerned with income attribution rather than expense deduction. Nevertheless, at page 579, Estey J. set out as the first of several guidelines to the interpretation of the Act that the absence of a *bona fide* business purpose for a given transaction may render applicable the general tax avoidance provisions (then subsection 137(1), now subsection 245(1)) "depending upon all the circumstances of the case". The learned Trial Judge found such a purpose to be present in this case. Earlier, at page 576, Estey J. laid down what I understand to be a general approach to be taken to interpreting the Act in the context of a scheme which must be determined as falling on one side or other of the tax line. He said:

It seems more appropriate to turn to an interpretation test which would provide a means of applying the Act so as to affect only the conduct of a taxpayer which has the designed effect of defeating the expressed intention of Parliament. In short, the tax statute, by this interpretative technique, is extended to reach conduct of the taxpayer which clearly falls within "the object and spirit" of the taxing provisions. Such an approach would promote rather than interfere with the administration of the *Income Tax Act*, *supra*, in both its aspects without interference with the granting and withdrawal, according to the economic climate, of tax incentives. The desired objective is a simple rule which will provide uniformity of application of the Act across the community, and at the same time, reduce the attraction of elaborate and intricate tax avoidance plans, and reduce the rewards to those best able to afford the services of the tax technicians.

I am unable to say that any such conduct was present in the 1975 taxation year. The complexion of OI had changed considerably from the earlier years when doubt as to its ability to pay claims was such that the elaborate set of indemnities,

³ 137. (1) In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.

rembourser des pertes semblables subies par plus d'une des entités assurées, car il semble que les risques n'étaient pas interdépendants.

C'est le paragraphe 137(1) qui a précédé le paragraphe 245(1).³ Ce paragraphe 137(1) a fait l'objet de certaines remarques de la part de la majorité des juges de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Stuart*, et dont quelques-unes sont invoquées par l'intimée. Aucune question n'a vraiment été soulevée en ce qui concerne l'application de ce paragraphe; il se rapportait à l'attribution du revenu plutôt qu'à la déduction de dépenses. Néanmoins, à la page 579, le juge Estey a énoncé comme la première de plusieurs règles d'interprétation de la Loi que l'absence d'une fin commerciale véritable dans une transaction donnée peut rendre applicables les dispositions générales relatives à l'évitement de l'impôt (il s'agissait alors du paragraphe 137(1), qui est maintenant le paragraphe 245(1)) «mais il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce». Le juge de première instance a conclu qu'une telle fin existait en l'espèce. Précédemment, à la page 576, le juge Estey a exposé ce qui me semble être l'approche générale à adopter dans l'interprétation de la Loi pour déterminer l'effet d'un régime sur le plan fiscal.

Il paraît plus approprié d'avoir recours à un critère d'interprétation qui permettrait d'appliquer la Loi de manière à viser seulement la conduite du contribuable qui a comme effet intentionnel de contourner la volonté expresse du législateur. En bref, cette technique d'interprétation fait porter la législation fiscale sur la conduite du contribuable qui relève manifestement de l'objet et de l'esprit des dispositions fiscales. Une telle façon de voir aurait pour effet de faciliter l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, plutôt que de l'entraver, sous ces deux aspects, sans gêner l'attribution ou le retrait, selon le climat économique, d'incitations fiscales. L'objectif recherché est une règle simple qui amènera l'uniformité d'application de la Loi dans la société et, par la même occasion, diminuera l'attrait de plans compliqués et subtiles d'évitement de l'impôt et diminuera les avantages pour ceux qui sont le plus en mesure de s'offrir les services de fiscalistes.

Je ne puis conclure à l'existence d'un tel comportement durant l'année d'imposition 1975. La situation de OI avait changé considérablement depuis les toutes premières années où on doutait à ce point de sa capacité de payer les réclamations

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

letters of credit and guarantees already mentioned was required lest the scheme abort. That neither an indemnity nor a guarantee was required in 1975 rather testifies to OI's financial strength and independence as an insurer in that year. As I have stated, there was in that year a genuine transfer of risk and distribution thereof among the insurers and reinsurers. Accordingly, in my view, expenses laid out in that year as insurance premiums did not work an artificial reduction of the appellant's income contrary to subsection 245(1).

Income Attribution

I am persuaded that the learned Trial Judge did not err in referring the matter back to the Minister for reassessment on the basis that the interest and exchange gains earned by OI in the taxation years 1972 to 1975 inclusive could not be attributed to the appellant. The cross-appeal should be dismissed for the reasons given below.

Disposition

I would dismiss the appeal with respect to the taxation years 1971 to 1974 but would allow it with respect to the taxation year 1975 and would refer the matter back to the Minister for reassessment on the basis that the premium expenses claimed as deductions in that year did not artificially reduce the income of the appellant contrary to subsection 245(1). I would dismiss the cross-appeal with costs. As success in the main appeal has been divided, I do not think it is a case for costs to either party.

URIE J.: I concur.

COWAN D.J.: I concur.

qu'il fallut recourir à toute une gamme d'indemnités, de lettres de crédit et de garanties déjà mentionnées, de crainte que le régime n'avorte. Le fait qu'aucune indemnité ni aucune garantie n'aient été demandées en 1975 témoigne plutôt de la solidité et de l'indépendance financières de OI en qualité d'assureur durant cette année-là. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, il y a eu au cours de cette année-là un transfert et une répartition véritables de risques entre les assureurs et les réassureurs. J'estime, par conséquent, que les dépenses engagées au cours de cette année-là à titre de primes d'assurance n'ont pas eu pour effet de réduire de façon factice le revenu de l'appelante en contravention du paragraphe 245(1).

Attribution du revenu

Je suis persuadé que le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en renvoyant la question au ministre pour que soit établie une nouvelle cotisation qui tienne pour acquis que les revenus tirés d'intérêts et du change par OI au cours des années d'imposition 1972 à 1975 inclusivement ne pouvaient pas être attribués à l'appelante. L'appel incident devrait être rejeté pour les raisons données ci-dessous.

Dispositif

Je rejetterais l'appel en ce qui concerne les années d'imposition 1971 à 1974, mais je l'accueillerais cependant en ce qui a trait à l'année d'imposition 1975 et je renverrais l'affaire au ministre pour que soit établie une nouvelle cotisation qui tienne pour acquis que les débours relatifs aux primes que l'appelante a voulu déduire de son revenu pour cette année-là n'ont pas réduit son revenu de façon factice en contravention du paragraphe 245(1). Je rejetterais l'appel incident avec dépens. Comme l'appel principal a été accueilli en partie, je ne crois pas qu'il y ait lieu d'accorder les dépens à l'une ou l'autre partie.

LE JUGE URIE: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SUPPLÉANT COWAN: Je souscris aux présents motifs.