

Francon Limitée (Appellant)

v.

Minister of National Revenue (Respondent)

Court of Appeal, Jackett C.J., Thurlow J. and Perrier D.J.—Montreal, October 10, 1973.

Income tax—Business income, computation of—Contractor obtaining early payment of holdbacks—In what year amount assessable.

A building contractor entered into an agreement with its customers under which the contractor received interest on holdbacks before they became payable e.g., when the work was certified as satisfactory. This the contractor did by purchasing interest-bearing notes of third parties to the contractor's customers, which became payable on the due dates of the holdbacks. The contractor was assessed to income tax on the assumption that this arrangement amounted to payment of the holdbacks in the year the notes were purchased rather than in the later year when the holdbacks became payable.

Held, the assessment could not stand. While the amount of the holdbacks must be taken into account in the year in which the contractor received payment of the amount thereof, the contractor was entitled to deduct in that year the amount it paid out to obtain payment of the holdbacks. The amount of the holdbacks would of course have to be brought into income in the year the work was certified.

APPEAL.

COUNSEL:

Antoine J. Chagnon for appellant.

Alban Garon and *Wilfred Lefebvre* for respondent.

SOLICITORS:

Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Marler, Montgomery and *Renault*, Montreal, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

JACKETT C.J. (orally)—This is an appeal from a judgment of the Trial Division dismissing with costs an appeal from re-assessments of the appellant, who is a building contractor, under Part I of the *Income Tax Act* for the 1967, 1968 and 1969 taxation years.

Francon Limitée (Appelante)

c.

Le ministre du Revenu national (Intimé)

^a Cour d'appel, le juge en chef Jackett, le juge Thurlow et le juge suppléant Perrier—Montréal, le 10 octobre 1973.

^b *Impôt sur le revenu—Calcul du revenu d'entreprise—Retenues payées à l'avance à l'entreprise—En quelle année sont-elles imposables?*

^c Une entreprise de construction conclut des ententes avec ses clients en vertu desquelles elle recevait des intérêts sur les retenues avant qu'elles ne deviennent exigibles, c.-à-d., après attestation de l'exécution satisfaisante des travaux. L'entreprise achetait d'un tiers des billets portant intérêt payables aux clients et venant à échéance à la date où les retenues devenaient exigibles. Les cotisations à l'impôt sur le revenu de l'entreprise furent établies sur la présomption que cette entente correspondait au paiement des retenues pendant l'année de l'achat des billets, plutôt qu'ultérieurement pendant l'année où les retenues devenaient exigibles.

^d *Arrêt*: les cotisations ne sont pas fondées. Le montant des retenues doit être comptabilisé pendant l'année où l'entreprise en a reçu le versement, mais l'entreprise a le droit de déduire, pour la même année, la somme versée afin de l'obtenir. Bien sûr, le montant des retenues devra être inclus dans le revenu de l'année de l'attestation de l'exécution des travaux.

APPEL.

^f AVOCATS:

Antoine J. Chagnon pour l'appelante.

Alban Garon et *Wilfred Lefebvre* pour l'intimé.

^g

PROCUREURS:

Ogilvy, Cope, Porteous, Hansard, Marler, Montgomery et *Renault*, Montréal, pour l'appelante.

^h

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

ⁱ LE JUGE EN CHEF JACKETT (oralement)—Cet appel porte sur un jugement de la Division de première instance rejetant avec dépens un appel interjeté par l'appelante, une entreprise de construction, de ses nouvelles cotisations pour les années d'imposition 1967, 1968 et 1969, en vertu de la Partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

It is common ground that whether or not the appeal is to succeed depends upon the proper treatment for tax purposes of certain payments under transactions between the appellant and its customers which, it is agreed, are typified by the documents that evidence an arrangement between the appellant and the Quebec Autoroute Authority.

In the normal course of its business, amounts payable to the contractor are withheld by its customers (pursuant to the construction contracts) as "holdbacks" for a certain period of time after completion of the work and are then payable subject to specified conditions—e.g., certification of the work as satisfactory.

It is common ground that, at least for tax purposes, holdbacks are not, in the case of the appellant, brought into the computation of its income for any year until they are received or receivable.

The re-assessments in question were made on the assumption that, although not payable until a subsequent year, the holdbacks in question "were nevertheless paid by the customers and received by the contractor in the years 1968 and 1969" and on the further assumption that "for the release or payment of the holdbacks, securities were given to the customers by the Appellant to guaranty the work done."

The holdbacks in question apparently do not carry adequate interest. In order to obtain adequate interest income on holdbacks payable to it in the future, the appellant made the arrangements with its customers that give rise to the problem in this case.

That arrangement was, in each case, to the following effect:

(1) the appellant would purchase a term note of a third person made payable to the customer in an amount equal to the holdback and maturing on the date when it was expected that the holdback would become payable;

Il est admis que la décision dans cet appel dépend de la manière de considérer, aux fins de l'impôt, certains paiements faits en vertu de transactions intervenues entre l'appelante et ses clients; les parties ont convenu que ces transactions sont toutes semblables à celle qui est con-

a signée dans les documents établis à l'occasion d'une entente entre l'appelante et l'Office des autoroutes du Québec.

b Dans le cours normal de ses opérations, certaines sommes payables à l'entrepreneur sont conservées par ses clients (conformément au contrat de construction) à titre de «retenues» pendant un certain temps après l'achèvement des travaux. Ces retenues ne deviennent payables que sous réserve de conditions déterminées—notamment, l'attestation de l'exécution satisfaisante des travaux.

d Il est admis qu'aux fins de l'impôt, il n'est pas tenu compte des retenues dans le calcul du revenu de l'appelante avant qu'elles ne soient reçues ou exigibles.

e Les nouvelles cotisations en cause s'appuient sur la présomption que, bien qu'elles ne fussent payables que plus tard, les retenues en question [TRADUCTION] «furent néanmoins payées par les clients et reçues par l'entrepreneur en 1968 et 1969» et, en outre, que [TRADUCTION] «pour la remise ou le paiement de ces retenues, l'appelante a donné à ses clients des titres garantissant la bonne exécution des travaux.»

Apparemment, les retenues en question ne rapportent pas un intérêt suffisant. Afin d'obtenir un intérêt plus adéquat sur les retenues, l'appelante a conclu avec ses clients les ententes qui ont donné lieu au présent litige.

i Dans chaque cas, l'entente prévoyait que:

j (1) l'appelante achèterait d'une tierce personne un billet à terme payable au client, d'un montant égal à la retenue et venant à échéance à la date à laquelle on prévoyait que la retenue deviendrait exigible;

(2) the term note would be placed "in escrow" with a bank and would not be released except on the written authority of the customer;

(3) the customer would then "release" the holdback to the appellant;

(4) the interest on the term note would "accrue" for the appellant's benefit and, when received by the customer from the maker of the note, would be paid by the customer to the appellant; and

(5) at the maturity date of the term note, the face value would be paid to the customer, who would in turn "release" the money to the appellant "under the same terms that would have applied" to the holdback.

The position taken by the appellant in the Trial Division was that the holdbacks were not in fact paid under the construction contracts in 1968 and 1969 and should not, therefore, be included in computing the appellant's incomes from its business for those years.

The learned trial judge rejected this contention and, on my first reading of the matter, I agree with him. I cannot think of any interpretation to give to the provision in the arrangement that the customer "will then immediately release . . . the holdbacks" other than that it is a requirement that the customer will pay the holdbacks immediately notwithstanding that it is otherwise entitled to hold back payment for a period of years. However, it is not necessary to express any firm opinion on this question as, in my opinion, the appeal must be allowed even if the holdbacks were paid in 1968 and 1969.

In this Court the argument of the appellant, as set out in its Memorandum of Fact and Law, suggests a new approach to the problem. I refer to the following paragraphs of the Memorandum:

5. Upon entering into a special arrangement with a customer, the Appellant did not receive payment of the holdback but only received an amount equal to that of the holdback.

6. Upon entering into a special arrangement with a customer, the respective obligations and rights deriving from the initial construction contract of both involved parties remained intact except that, thereafter, the holdback instead

(2) ce billet à terme serait déposé «en garantie» dans une banque et ne serait délivré qu'avec l'autorisation écrite du client;

(3) le client «remettrait» alors le montant de la retenue à l'appelante;

(4) l'intérêt sur le billet à terme «reviendrait» à l'appelante et, lorsque le client le recevrait du souscripteur du billet, il le remettrait à l'appelante; et

(5) à l'échéance du billet à terme, la valeur nominale du billet serait versée au client, qui «remettrait» cette somme à l'appelante «aux conditions applicables» à la retenue.

Devant la Division de première instance, l'appelante affirmait qu'en fait les retenues n'avaient pas été payées en vertu des contrats de construction en 1968 et 1969, et qu'elles n'auraient donc pas dû être incluses dans le calcul des revenus d'entreprise de l'appelante pour ces années-là.

Le savant juge du procès a rejeté les prétentions de l'appelante et, à première vue, je souscris à son opinion. A mon avis, on ne peut interpréter la clause de l'entente selon laquelle le client [TRADUCTION] «remettra immédiatement les retenues», que comme une obligation pour le client de payer immédiatement les retenues bien qu'il soit en droit de différer ce paiement pendant un certain nombre d'années. Cependant, il n'est pas nécessaire d'exprimer une opinion définitive sur cette question car, à mon avis, l'appel doit être accueilli même si les retenues ont été payées en 1968 et 1969.

Devant cette Cour, la thèse de l'appelante, telle qu'elle est exprimée dans son exposé des faits et du droit, suggère une nouvelle approche du problème. Je me réfère en particulier aux passages suivants de cet exposé:

[TRADUCTION] 5. En concluant une entente particulière avec un client, l'appelante n'a pas reçu le paiement de la retenue mais seulement un montant égal à celui de la retenue.

6. En concluant une entente particulière avec un client, les droits et les obligations des deux parties résultant du contrat de construction n'ont aucunement été modifiés sauf que, par la suite, la retenue n'était plus gardée sous forme de

of being held in the form of cash was held in the form of a suitable security.

7. The substance rather than the form of the special arrangements must be sought in order to ascertain the tax consequences, if any, deriving from such special arrangements.

8. By concluding that the amount of a holdback was received by the Appellant upon entering into a special arrangement, one must also conclude that the Appellant became enriched after it entered into such a special arrangement.

9. According to the facts, the Appellant immediately after having entered into a special arrangement was neither richer nor poorer than it was immediately before. The Appellant remained after entering into such special arrangements a contingent creditor for amounts equal to that of the holdbacks.

10. According to the facts, if the amount of the holdbacks are held to have been paid to the Appellant at the time it entered into special arrangements, the Appellant's cash flow should necessarily at the same time increased by a similar amount whereby the Appellant would have been in a position to pay any taxes on account of such receipts of moneys. On the contrary, according to the facts of this case, the Appellant, in order to pay the income taxes as per the re-assessments, would have to borrow in order to meet this tax liability.

11. If one was to accept that the Appellant was in fact paid the amount of the holdbacks upon entering the special arrangements, one would also have to accept that the Appellant was not thereafter entitled to any further payments from its customers. Under such an assumption, the Appellant's status would have changed from a contingent creditor to a fully paid creditor.

12. Under the assumption specified in the above paragraph, how can we explain the amounts to which the Appellant, after having entered into special arrangements, was still entitled to receive at the time the holdbacks become due and payable except by accepting that the suitable securities given constituted a deposit made by the Appellant in guarantee of its obligation under the initial construction contracts.

In my view the appellant has misdirected its attempts to obtain proper tax treatment. In order to obtain payment of a holdback in the year when the work was completed, it entered into an arrangement under which it had to disburse, in that year, an amount equal to the holdback and obtained a right to payment of an amount equal to the holdback at the time when, and subject to the conditions upon which, the holdback would have been payable if its payment were not advanced under the arrangement. Instead of claiming, in the year when the holdback was received as part of its income, deduction of an amount disbursed in the same year to

liquidités mais sous forme d'une garantie adéquate.

7. C'est le fond plutôt que la forme de ces ententes particulières qu'il faut examiner afin de déterminer quelles en sont les conséquences fiscales, s'il en est.

8. Si l'on conclut que l'appelante a reçu le montant de la retenue en conséquence d'une entente particulière, il faut conclure aussi que l'appelante s'est enrichie grâce à celle-ci.

9. Les faits démontrent que l'appelante, immédiatement après avoir conclu une entente particulière, n'était ni plus riche ni plus pauvre qu'immédiatement avant. Après la conclusion de ces ententes particulières, l'appelante restait créancier éventuel de sommes égales au montant des retenues.

10. Selon les faits, si l'on considère que les retenues ont été payées à l'appelante au moment où elle a conclu les ententes particulières, les rentrées de l'appelante auraient dû, au même moment, augmenter en conséquence et lui permettre de payer tout impôt exigible sur ses rentrées d'argent. Au contraire, d'après les faits de cette affaire, l'appelante serait obligée d'emprunter afin d'acquitter les impôts fixés par les nouvelles cotisations.

11. Si l'on admettait qu'en fait, l'appelante a reçu le montant des retenues au moment de la conclusion de ces ententes particulières, on devrait admettre aussi que l'appelante n'est plus en droit, par la suite, d'exiger de ses clients des paiements supplémentaires. Dans cette hypothèse, le statut de l'appelante aurait alors changé de celui de créancier éventuel à celui de créancier entièrement remboursé.

12. Dans l'hypothèse mentionnée au paragraphe précédent, comment pouvons-nous expliquer ces sommes que l'appelante, ayant conclu ces ententes particulières, était encore en droit de percevoir à la date où les retenues devenaient exigibles et payables, si ce n'est en admettant que les titres donnés aux clients représentaient un dépôt fait par l'appelante en garantie de ses obligations aux termes des contrats de construction initiaux.

A mon avis, l'appelante a mal visé dans ses efforts pour obtenir une juste imposition. Afin de recevoir le paiement de la retenue pendant l'année où les travaux étaient achevés, elle a conclu une entente en vertu de laquelle elle devait dépenser, pendant la même année, un montant égal à cette retenue pour obtenir le droit au paiement d'un montant égal à la retenue à la date où, sous réserve des conditions prévues, la retenue aurait été payable si le paiement n'en avait pas été fait à l'avance en vertu de cette entente. Au lieu de déduire de son revenu pour l'année au cours de laquelle elle a reçu cette retenue comme partie dudit revenu le

obtain such income payment, the appellant has been wrongly contending that it did not receive the income payment at all.

In my view, the arrangement made by the appellant with its customer in respect of the holdbacks was one of the transactions of its construction business and, as it was carried out in the process of earning the profit of the business, it was a transaction on revenue account and not on capital account. It follows that, not only must the appellant take into its profit and loss account, for the year when it was received, the holdback immediate payment of which was received as a result of that transaction, but it is entitled to include, as a debit in its profit and loss account for that year, what it had to pay out in the year to obtain immediate payment of the holdback. It follows, also, that it must take into profit and loss account for some subsequent year an amount received under such revenue transaction (i.e., when the holdback would be payable under the construction contract).

The result, as I see it, is that, apart from the special transaction, the effect of the amount held back on the appellant's profit and loss accounts would have been

(1) *Year of completion*

—nil

(2) *Year of certification*

—holdback payment on revenue side;

whereas, as a result of the arrangement with the customer, the result is

(1) *Year of completion*

—holdback on revenue side

—amount equal to holdback on debit side

(2) *Year of certification (if certified)*

—amount equal to holdback on revenue side.

(Interest payments would also receive their appropriate treatment in the accounts.)

It follows that, in my view, the appeal should be allowed, the judgment of the Trial Division should be set aside, and the assessments referred to in the Notice of Appeal should be referred back to the respondent for re-assessment on the basis that the amounts paid by the appellant for the "securities" referred to in

montant dépensé pendant la même année afin de l'obtenir, l'appelante prétend à tort qu'elle n'a jamais reçu la somme en cause.

A mon avis, l'entente conclue par l'appelante avec son client concernant les retenues était une des opérations effectuées dans le cours de son entreprise et dans le but de produire un profit; c'était donc une transaction à compte de revenu et non à compte de capital. Il s'ensuit que non seulement l'appelante devait porter à son compte de profits et pertes de l'année où il fut reçu le paiement immédiat de cette retenue résultant de la transaction, mais elle avait aussi le droit d'inclure, au débit de son compte de profits et pertes de cette même année, ce qu'elle avait dû payer alors afin d'obtenir le versement immédiat de la retenue. Il s'ensuit aussi qu'elle doit porter au compte des profits et pertes des années suivantes tout montant reçu en vertu de cette transaction (quand la retenue deviendra payable en vertu du contrat de construction).

A mon sens, il en résulte que, sans cette transaction particulière, cette retenue d'argent se serait traduite, dans les comptes de pertes et profits de l'appelante, de la manière suivante:

(1) *Année de l'achèvement des travaux*

—néant

(2) *Année de l'attestation*

—paiement de la retenue porté au crédit;

alors qu'en conséquence de l'entente conclue avec le client, le résultat devient:

(1) *Année de l'achèvement des travaux*

—retenue portée au crédit

—montant égal à la retenue porté au débit

(2) *Année de l'attestation (s'il y a lieu)*

—montant égal à la retenue porté au crédit.

(Le paiement des intérêts serait aussi inscrit correctement dans ces comptes.)

Il en résulte qu'à mon avis, l'appel doit être accueilli, le jugement de la Division de première instance infirmé et les cotisations mentionnées dans l'avis d'appel déferées à l'intimé pour nouvelle cotisation compte tenu du fait que les sommes payées par l'appelante pour les «garanties» mentionnées au paragraphe 5 de l'avis

paragraph 5 of the Notice of Appeal were disbursements on revenue account that should be taken into account in computing its profits or losses. I am of opinion that we should hear counsel on the question of costs.

* * *

THURLOW J. and PERRIER D.J. concurred.

d'appel étaient des dépenses à compte de revenu et devaient donc être prises en considération dans le calcul des pertes et profits. Les avocats sont invités à soumettre leurs prétentions quant aux dépens.

* * *

LE JUGE THURLOW et LE JUGE SUPPLÉANT PERRIER ont souscrit à l'avis.