

**J. L. Guay Ltée (Appellant)**

v.

**Minister of National Revenue (Respondent)**

Trial Division, Noël A.C.J.—Montreal, June 9; Ottawa, July 9, 1971.

*Income tax—Business income, computation—Reserves or contingent accounts—General contractor—Percentage of progress payments withheld until 35 days after architect's approval—Whether deductible in year withheld—Income Tax Act, s. 12(1)(e).*

Appellant, a general contractor, made monthly progress payments to sub-contractors based upon their estimates but, in accordance with the contracts between them, withheld a percentage of the estimates until 35 days after the architect's final approval of the work. The contracts provided that if approval was not given the sub-contract might be cancelled and the work done be paid for at current prices. The amount being withheld by appellant at the close of its 1965 taxation year was \$277,428.48, and appellant sought to deduct this sum in computing its taxable income for that year. The Minister disallowed the deduction and his disallowance was upheld by the Tax Appeal Board.

*Held*, dismissing an appeal, the amounts being withheld at the close of 1965 were prohibited from deduction in computing appellant's business profit for that year by s. 12(1)(e) of the *Income Tax Act* as being a reserve or contingent account. The amounts were withheld to ensure payment of any damages appellant might sustain from the sub-contractors' breach of contract and there was accordingly no certainty that those amounts would be paid in full to the sub-contractors. An expenditure may only be deducted from income for the period for which it is made.

*John Colford Contracting Co. v. M.N.R.* [1960] Ex.C.R. 433; *Southern Railway of Peru Ltd. v. Owen* [1957] A.C. 334; *Naval Colliery Ltd. v. I.R.C.* (1928) 12 T.C. 1017, applied.

APPEAL from Tax Appeal Board.

*M. Paquin* and *M. Gilbert* for appellant.

*P. Boivin* for respondent.

NOËL A.C.J.—The appeal is from a decision of the Tax Appeal Board [Mr. Boisvert], dated June 16, 1969, dismissing the appeal of J. L. Guay Ltée, appellant, from an income tax assessment, dated September 20, 1968, by which a tax in the amount of \$87,664.31 was levied for 1965.

**J. L. Guay Ltée (Appelante)**

c.

**Le ministre du Revenu national (Intimé)**

Division de première instance, J.C.A. Noël—Montréal, le 9 juin; Ottawa, le 9 juillet 1971.

*Impôt sur le revenu—Calcul du revenu d'entreprise—Réserves ou comptes de prévoyance—Entrepreneur général de construction—Pourcentage des paiements provisoires retenus, payable 35 jours après l'acceptation de l'architecte—Deductible ou non pendant l'année de la retenue—Loi de l'impôt sur le revenu, art. 12(1)e.*

L'appelante, entrepreneur général de construction, versait à ses sous-traitants des paiements provisoires basés sur leurs estimés, mais, conformément aux contrats intervenus entre eux, elle retenait un pourcentage des estimés, payable 35 jours après l'acceptation finale des travaux par l'architecte. Les contrats prévoyaient que si l'acceptation n'intervenait pas, le sous-contrat pouvait être annulé et le travail exécuté payé au prix courant. A la fin de l'année fiscale 1965, l'appelante retenait une somme s'élevant à \$277,428.48, et elle chercha à la déduire dans le calcul de son revenu imposable pour l'année en question. Le Ministre rejeta la déduction et son rejet fut maintenu par la Commission d'appel de l'impôt.

*Arrêt*: rejet de l'appel. L'art. 12(1)e de la *Loi de l'impôt sur le revenu* interdit la déduction des sommes retenues, fin 1965, dans le calcul des bénéfices de l'entreprise de l'appelante pour l'année en question, à titre de réserve ou compte de prévoyance. Lesdites sommes furent retenues pour assurer le paiement de tous dommages que l'appelante pourrait subir à la suite de la violation du contrat par les sous-entrepreneurs et, en conséquence, il n'était pas certain qu'elles leur seraient versées en totalité. On ne peut déduire une dépense d'un revenu que pour la période dans laquelle elle a été faite.

Arrêts suivis: *John Colford Contracting Co. c. M.R.N.* [1960] R.C.É. 433; *Southern Railway of Peru Ltd. c. Owen* [1957] A.C. 334; *Naval Colliery Ltd. c. I.R.C.* (1928) 12 T.C. 1017.

APPEL d'une décision de la Commission d'appel de l'impôt.

*M. Paquin* et *M. Gilbert* pour l'appelante.

*P. Boivin* pour l'intimé.

LE JUGE EN CHEF ADJOINT NOËL—Il s'agit de l'appel d'une décision de la Commission d'appel de l'impôt [M. Boisvert], en date du 16 juin 1969, rejetant l'appel de J. L. Guay Ltée, l'appelante, d'une cotisation d'impôt sur le revenu, en date du 20 septembre 1968, en vertu de laquelle une taxe sur le revenu, au montant de \$87,664.31 fut prélevée pour l'année 1965.

Appellant is a general building contractor which, in order to perform some of its building contracts, delegates performance of certain operations to other businesses, i.e. sub-contractors. In accordance with established practice in the construction trade, appellant pays its sub-contractors on presentation by them of a monthly estimate showing what progress has been made. According to the terms of the contract with its sub-contractors, appellant withholds a percentage of the monthly estimates submitted and accepted, which it pays after the work is finally approved by the architect. Respondent in his assessment refused to admit as payable an amount of \$277,428.48, representing the balances owing to the sub-contractors from appellant as a result of the amounts withheld each month during 1965. These balances, representing a percentage of the monthly estimates submitted by the sub-contractors and accepted by appellant, are, the latter submits, payable at a specific date. The fact is that appellant is under an obligation to pay on a certain date, i.e. the thirty-fifth day after final approval of the work by the architect, as provided in the contract between it and its sub-contractors. Appellant stated that the existence of this obligation is not subject to any suspensive or resolutive condition: the obligation does exist and only its performance is postponed till the end of the period. At any time after the period of thirty-five days following approval by the architect, the sub-contractor is entitled to demand payment of the balance owing. Thus, the appellant contends, these balances owing at a definite time constitute amounts payable within the meaning of the *Income Tax Act* and case law, and must, accordingly, be included in the contract expenses and deducted from appellant's profits for the year. Indeed, we have here simply to determine whether appellant was entitled to deduct from its 1965 income the amounts withheld under its contracts with its sub-contractors in 1965—amounts which are payable, or may become payable, after the expiry of the said year.

Respondent, on the other hand, though admitting that appellant, under the contracts concluded with its sub-contractors, may withhold the specified percentage from the estimates, and

L'appelante est un entrepreneur général de construction qui, pour exécuter certains de ses contrats de construction, confie à d'autres entreprises, soit des sous-contracteurs, l'exécution de certains travaux. Selon les coutumes établies dans le domaine de la construction, l'appelante paie ses sous-traitants sur présentation par eux d'un estimé mensuel constatant l'avancement des travaux. Selon les termes du contrat avec ses sous-traitants, l'appelante retient un pourcentage des estimés mensuels soumis et acceptés, qu'elle paie après l'acceptation finale des travaux par l'architecte. Par sa cotisation, l'intimé a refusé de reconnaître comme payable un montant de \$277,428.48, représentant les soldes dus aux sous-traitants par l'appelante, par suite des retenues mensuelles effectuées au cours de l'année 1965. Ces soldes, représentant un pourcentage des estimés mensuels soumis par les sous-traitants et acceptés par l'appelante sont, selon cette dernière, payables à une date déterminable. Il s'agit, en effet, pour l'appelante, d'une obligation de payer à une certaine date, soit le trente-cinquième jour après l'acceptation finale des travaux par l'architecte, tel que prévu au contrat intervenu entre elle et ses sous-entrepreneurs. L'existence de cette obligation n'est soumise dit l'appelante, à aucune condition suspensive ou résolutoire, cette obligation étant actuelle et seule l'exécution en serait retardée jusqu'à l'échéance du terme. En tout temps après la période de trente-cinq jours, suivant l'acceptation de l'architecte, le sous-traitant a le droit d'exiger le paiement du solde dû. Ces soldes dus, soumis à un terme, constituent donc, selon l'appelante, des montants payables au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la jurisprudence et doivent, par conséquent, entrer dans le coût des contrats et être déduits des profits de l'appelante dans l'année. Il s'agit simplement, en effet, de déterminer ici si de ses revenus de 1965, l'appelante avait le droit de déduire les montants retenus en vertu de ses contrats avec ses sous-entrepreneurs ou sous-traitants en 1965 et qui sont payables, ou qui peuvent devenir payables, après l'expiration de ladite année.

L'intimé, d'autre part, tout en admettant que l'appelante peut, en vertu des contrats intervenus avec ses sous-contracteurs ou sous-traitants, retenir le pourcentage des estimés prévus

not pay these amounts until 35 days after approval of the work by the architect, states that it is always possible that the architect may not give his approval. The architect's final approval would thus be a suspensive condition to which the payment of the sums so withheld by appellant would be subject. According to respondent's contention, not only was the amount of \$277,428.48 thus withheld in 1965 not claimable or even due, but it was not even payable within the meaning of the *Income Tax Act*, and he was consequently obliged, in an assessment under date of September 20, 1968, to disallow deduction of the amount so withheld by appellant in computing its income for 1965.

In support of his assessment respondent cites secs. 3, 4, 12(1)(a) and 12(1)(e) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. He submits that the amounts thus withheld by appellant were not, during the taxation year 1965, amounts payable to its sub-contractors. Payment of these amounts, he claims, was subject to the express condition that the work performed by the sub-contractors be approved by the architect in its final form on completion of the job. As the work for which the amounts were withheld was not so approved by the architect in appellant's 1965 taxation year, the said amounts could consequently not be used for a deduction in computing appellant's income.

The parties agreed that, for the purposes of the hearing before this Court, (1) the transcript of the testimony presented before the Tax Appeal Board, introduced at the hearing before this Court, shall be used as evidence subject to completion; (2) documentary evidence shall consist of copies of appellant's contracts with its clients and the sub-contractors, and of copies of invoices from appellant and its sub-contractors, all filed under the heading "Documentary Evidence"; (3) in computing its income appellant consistently adopted the "*comptabilité d'exercice*" accounting method, called in English "the accrual basis".

Referring to the decision of this Court by Kearney J. in *M.N.R. v. John Colford Contracting Co.* [1960] Ex.C.R. 433, the learned

et ne payer ces retenues qu'après les 35 jours qui suivent l'approbation des travaux par l'architecte, déclare qu'il peut arriver que cette acceptation par l'architecte des travaux n'ait pas lieu. Cette acceptation finale de l'architecte serait alors une condition suspensive à laquelle est subordonné le paiement des sommes ainsi retenues par l'appelante. Selon l'intimé, non seulement la somme de \$277,428.48 ainsi retenue en 1965 n'était ni exigible ni encore due, mais elle n'était même pas payable au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et il dut, par conséquent, par une cotisation du 20 septembre 1968, refuser la déduction de la somme ainsi retenue par l'appelante aux fins du calcul de son revenu pour l'année 1965.

L'intimé se fonde, pour soutenir sa cotisation, sur les art. 3, 4, 12(1)(a) et 12(1)(e) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148. Il soumet que les retenues ainsi effectuées par l'appelante n'étaient pas, au cours de son année d'imposition 1965, des montants payables à ses sous-traitants. Le paiement de ces sommes, dit-il, était subordonné à la condition expresse que les travaux exécutés par les sous-traitants soient acceptés en forme finale par l'architecte à la fin des travaux. Comme les travaux donnant lieu aux retenues n'ont pas été ainsi acceptés par l'architecte au cours de l'année d'imposition de l'appelante, 1965, les retenues ne pouvaient, par conséquent, faire l'objet d'aucune déduction aux fins du calcul du revenu de l'appelante.

Les parties convinrent que pour les fins de l'enquête devant cette Cour, 1) les dépositions prises devant la Commission d'appel de l'impôt produites à l'enquête devant cette Cour serviront comme preuve, sauf à parfaire; 2) la preuve documentaire sera constituée des copies de contrats de l'appelante avec ses clients et les sous-entrepreneurs et des copies de factures de l'appelante et des sous-entrepreneurs, le tout produit sous le titre de «Preuve documentaire»; 3) l'appelante, dans le calcul de ses revenus, a toujours adopté la méthode de comptabilité d'exercice, soit ce que l'on appelle en anglais «*the accrual basis*».

Le savant commissaire de la Commission d'appel de l'impôt [M. Boisvert] se référant à la décision de cette Cour, par le juge Kearney

member of the Tax Appeal Board [Mr. Boisvert] stated that, although the facts in that case were the opposite of those established in the present case, he nevertheless felt obliged to apply the principles contained therein. In *Colford*, in fact, Kearney J. refused to include in a construction company's income amounts withheld during the current year and payable on the architect's approval. In Kearney J.'s opinion, these amounts were not "receivables"; for them to be receivables they must, in the learned judge's view, be amounts which "the intended recipient has a clearly legal, though not necessarily immediate, right to receive".

According to Mr. Boisvert, applying that decision to the case which now concerns us, if the amount withheld could not constitute a debt due and payable to be included in a taxation year, because it represented a contingent debt, similarly an amount withheld which is due and payable in the future can only constitute an allowable deduction in the year in which it becomes certain and mandatory. Only then does it meet the condition set forth in s. 12(1)(a), i.e. it becomes an outlay incurred by the taxpayer for the purpose of gaining income from a business, or, to go back to the argument of the learned counsel for the respondent, Mr. Boivin, if, in Kearney J.'s opinion, these amounts could not be regarded as income, it is because they were not due as long as the architect's certificate had not been issued; and for the same reasons they could not be regarded as due and payable in the hands of the person owing them. If they were not payable, then they could not be deducted from appellant's income for 1965.

Appellant, on the other hand, maintains just the opposite. If I have understood its counsel's argument correctly, its obligations and rights are to be considered in the light of the contracts entered into with its sub-contractors, which all include the same clauses except for the amount withheld. The only pertinent ones are the following:

dans *M.R.N. c. John Colford Contracting Co.* [1960] R.C.É. 433, déclara que bien que les faits dans cette cause soient à l'opposé de ceux prouvés dans la présente cause, il se crut quand même obligé d'appliquer les principes qui s'en dégagent. Dans *Colford*, en effet, le juge Kearney avait refusé d'inclure dans le revenu d'une compagnie de construction les montants retenus dans l'année en cours et payables sur approbation de l'architecte. Ces montants n'étaient pas, selon le juge Kearney, des «recevables» qui, pour l'être, doivent toujours être selon le savant juge, des montants que [TRADUCTION] «le bénéficiaire prévu a le droit de recevoir, même s'ils ne sont pas nécessairement exigibles».

Or, selon M. Boisvert, transposant cette décision dans celle qui nous préoccupe, si la retenue ne pouvait constituer une dette exigible et payable devant entrer dans une année d'imposition parce qu'elle représentait une dette contingente, de même la retenue qui est payable et exigible dans l'avenir ne peut constituer une déduction permise que dans l'année où elle est devenue certaine et obligatoire. C'est alors seulement qu'elle réalise la condition pour sa déduction prescrite par l'art. 12(1)(a), à savoir, qu'elle devient une somme déboursée par le contribuable en vue de gagner un revenu d'une entreprise, ou, pour reprendre l'argument du savant procureur de l'intimé, M<sup>e</sup> Boivin, si ces montants ne pouvaient être considérés comme des revenus selon le juge Kearney, c'est parce qu'ils n'étaient pas dus tant et aussi longtemps que le certificat de l'architecte n'était émis et ils ne pouvaient, pour les mêmes raisons, être considérés entre les mains de celui qui les devait, comme payables et exigibles. S'ils ne sont pas payables, ils ne peuvent, par conséquent, être déduits du revenu de l'appelante pour l'année 1965.

L'appelante, d'autre part, soutient le contraire. Si j'ai bien compris l'argument de son procureur, il faut, dit-il, considérer ses obligations et droits en tenant compte des contrats passés avec ses sous-traitants qui tous, sauf pour le montant de la retenue, comportent les mêmes clauses. Les seules qui sont pertinentes sont les suivantes:

3. Terms of payments: % of the monthly estimates submitted and accepted, the balance namely %, 35 days after final approval of the work by the architect.

...

5. If the work is not considered satisfactory by the architect, we reserve the right to cancel your contract and have it carried on by another contractor at your expense. Work already done will be paid for at the current market price, without your being entitled to any damages for cancellation of the contract.

...

20. In the event of cancellation or termination of the contractor's main contract or suspension of the work forming the subject of the said contract, including the work specified in the present contract, for whatever cause, even for cause attributable to the contractor, it is agreed that by simple notice your contract shall be cancelled or terminated, or your work suspended, as the case may be, and that you shall only be entitled to payment in proportion to the amount of your contract, of the labour and of the materials incorporated in the work and delivered to the site of the main contract, according to the reckoning of the architect, less the total amount of prior payments.

These clauses, which counsel for the appellant relies on as a basis for his argument, clearly indicate, he says, that whatever the result of the work carried out by the sub-contractor, whether it is approved by the architect or not, the sub-contractor is nonetheless entitled to be paid eventually the amount withheld on the monthly estimates received. In fact, clause 5 states that if the work is not found satisfactory by the architect, the contractor shall be entitled to cancel the contract, but the sub-contractor shall nevertheless be paid in full at the current market prices for work already done. He concludes that for the work performed, for which amounts are withheld, the sub-contractor will then be entitled to receive the full amount withheld. If, on the other hand, the amount withheld or a part thereof is used to pay damages claimed by the principal contractor, it would then be compensation for losses, and in the event of a dispute the Court will not decide whether the said amount is payable; rather, it will decide the reverse, i.e. that this amount which was due is no longer owing because it is to be used for compensation of the damages owing and the sums payable on the amounts withheld and, in the event of a surplus, it would also be paid to the sub-contractor. According to

3. Termes de paiements: % des estimés mensuels soumis et acceptés, la balance soit %, 35 jours après l'acceptation finale des travaux par l'architecte.

...

5. Si les travaux ne sont pas jugés satisfaisants par l'architecte, nous nous réservons le droit de annuler votre contrat et de le faire continuer par un autre entrepreneur à vos frais et dépens. Les travaux déjà exécutés seront payés selon les prix courants du marché sans que vous ayez recours à aucun dédommagement pour la annulation du contrat.

...

20. Advenant la résiliation ou terminaison ou annulation du contrat principal de l'entrepreneur ou la suspension des travaux faisant l'objet du contrat principal de l'entrepreneur, incluant les travaux prévus dans le présent contrat pour quelque cause que ce soit, même pour cause imputable à l'entrepreneur, il est convenu que, sur simple avis, votre contrat sera alors résilié ou terminé ou annulé ou vos travaux suspendus selon le cas et que vous n'aurez droit qu'au paiement équivalent à la valeur proportionnée au montant de votre contrat, de la main-d'œuvre et des matériaux incorporés dans les travaux et livrés à l'emplacement du contrat principal, d'après le calcul de l'architecte, moins la somme globale des paiements antérieurs.

Ces clauses, sur lesquelles le procureur de l'appelante se fonde pour étayer son argument, indiquent clairement, dit-il, que quelle que soit l'issue des travaux exécutés par le sous-entrepreneur, qu'ils soient approuvés par l'architecte ou non, il a quand même droit de recevoir éventuellement la retenue faite sur les estimés mensuels reçus. La clause 5, en effet, déclare que si les travaux ne sont pas jugés satisfaisants par l'architecte, l'entrepreneur aura droit d'annuler le contrat mais le sous-traitant sera quand même payé intégralement selon les prix courants du marché pour les travaux exécutés. Il en déduit que pour les travaux exécutés, et pour lesquels des montants sont retenus, le sous-traitant aura alors toujours droit de recevoir le plein montant de la retenue. Si, d'autre part, la retenue ou une partie d'icelle est utilisée pour payer des dommages réclamés par le contracteur principal, il s'agirait alors d'une compensation pour pertes et ce n'est pas le tribunal, au cas de contestation, qui décidera si le montant est payable mais il décidera plutôt l'inverse, soit que ce montant qui était dû ne l'est plus parce qu'il doit être utilisé pour une compensation qui s'est opérée entre les dommages dus et le montant payable sur les retenues et, au cas de surplus, ce surplus serait aussi payé au sous-

counsel for the appellant, the principal contractor is paying himself with the sub-contractor's money, not with his own. In neither case, therefore, does the principal contractor benefit from the amounts so withheld. Indeed, contends counsel for the appellant, the amount withheld will in any event be either paid to the sub-contractor 35 days after the work is approved by the architect or used to compensate the principal contractor for damages incurred. Consequently, he says, such amounts are payable, not under a suspensive condition, but rather with a term. A term, he adds, differs from a suspensive condition in as much as it does not suspend the obligation, but only delays the execution of it (cf. Articles 1089 *et seq.*, C.C.).

Accordingly, to determine whether the amounts withheld are payable or not, we must in any case, according to counsel for the appellant, take into consideration the special situation created by the contract which governs the rights and obligations of the contractor; and, he contends, this contract does not provide that the sub-contractor may lose the amounts withheld. As they are to be payable eventually, i.e. on completion of the specified term, 35 days after approval by the architect, these amounts may consequently not be regarded as contingency payments or amounts transferred or credited to a reserve or contingent account, and thus they are not subject to s. 12(1)(e) of the *Income Tax Act*, which prohibits the deduction of such amounts. Consequently, concludes counsel for the appellant, we are dealing either with amounts payable with a term, but payable nonetheless, or with a charge or expense which should be deducted from income; and in either case these amounts should not be included in appellant's income.

As stated by appellant, the contract does provide that, if the work is not found satisfactory by the architect, the sub-contractor will nevertheless have the right to be paid in full at the current market price for the work already done; this does not mean, however, that the contractor will always have to pay the amount so withheld in full. In fact, it must not be forgotten that the purpose of the provision which permits

entrepreneur. C'est, selon le procureur de l'appelante, avec l'argent du sous-entrepreneur que l'entrepreneur principal se paie et non avec son argent. Il n'y a donc pas dans l'un ou l'autre cas d'enrichissement de l'entrepreneur principal par les montants ainsi retenus. En effet, soutient le procureur de l'appelante, le montant de la retenue sera toujours ou bien payé au sous-entrepreneur 35 jours après que les travaux seront approuvés par l'architecte, ou utilisé pour compenser l'entrepreneur principal pour dommages subis. Ces montants sont, par conséquent, dit-il, payables non pas sous condition suspensive, mais bien à terme. Or, le terme, ajoute-t-il, diffère de la condition suspensive, en ce qu'il ne suspend point l'obligation mais en retarde seulement l'exécution (cf. Articles 1089 *et seq.* C.C.).

Il faut, par conséquent, selon le procureur de l'appelante, pour établir si les montants retenus sont payables ou non, toujours tenir compte de la situation spéciale créée par le contrat qui régit les obligations et droits de l'entrepreneur et ce contrat, soutient-il, ne prévoit pas que le sous-traitant puisse perdre ici le montant des retenues. Devant être payables éventuellement, soit à l'accomplissement du terme prévu, 35 jours après l'approbation de l'architecte, ces montants ne peuvent, par conséquent, être considérés comme des paiements contingents (contingency payments) ou des montants transférés ou crédités à une réserve ou un compte de prévoyance et, par conséquent, ils ne sont pas assujettis à l'art. 12(1)(e) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui défend la déduction de semblables montants. Nous sommes donc, conclut le procureur de l'appelante, en face soit de montants payables à terme, mais payables quand même, ou bien d'une charge ou dépense qui doit être déduite du revenu, et dans l'un ou l'autre cas, ces montants ne doivent pas être inclus dans le revenu de l'appelante.

Il est vrai, comme le déclare l'appelante, que le contrat prévoit que si les travaux ne sont pas jugés satisfaisants par l'architecte, le sous-entrepreneur, ou sous-traitant, aura quand même droit d'être payé intégralement selon les prix courants du marché pour les travaux exécutés, mais ceci, cependant, ne veut pas dire que l'entrepreneur devra toujours payer intégralement le montant ainsi retenu. Il ne faut pas

withholding of a certain percentage of the contract price is to ensure the payment of any damages the owner or the general contractor may incur from the sub-contractor's failure to perform the work or its faulty performance of it. If such damages correspond to, or exceed, the amounts so withheld, the owner or the general contractor may keep the entire amount; if, on the other hand, the damages are less, the sub-contractor will be entitled to receive the difference.

It seems to me, therefore, that it is far from certain that the amounts so withheld will be paid in full to the sub-contractor. In fact, the payment of these amounts to the sub-contractor is perhaps to be regarded, if damages are incurred, as contingent. It is true that, once fixed, such damages may be offset by the amounts withheld, and that the general contractor will not benefit therefrom, but the damages have not yet been liquidated for 1965, and compensation cannot be paid until they are. Until then, and even after, until the architect has issued his certificate and 35 days have elapsed, the general contractor is under no obligation to pay this amount, and it is not claimable by the sub-contractor. In fact, compensation takes place by the sole operation of law only between debts which are equally liquidated and exigible, and have each for object a sum of money or a certain quantity of indeterminate things of the same kind and quality (cf. Articles 1187 and 1188 C.C.).

The *Income Tax Act* does not always give a complete answer to the question as to what the total amount of profits and earnings in the year assessed is. In determining the taxable profits of a taxpayer we can take as a starting point the profit and loss statement prepared according to the rules of accounting practice. However, the profit shown on this statement has always to be adjusted according to the statutory rules used in determining taxable profits. This is because a number of facts taken into consideration by accountants are excluded by certain provisions of the *Income Tax Act* in the determining of taxpayers' profits. The profit and loss state-

ment en effet que le but de la disposition qui permet de retenir un certain pourcentage du prix du contrat est d'assurer le paiement des dommages que peut subir soit le propriétaire ou l'entrepreneur général par suite du défaut d'exécution ou de la mauvaise exécution des travaux par le sous-traitant ou le sous-entrepreneur. Si ces dommages correspondent aux montants ainsi retenus ou excèdent ces montants, le propriétaire ou l'entrepreneur général pourra garder le tout; si, d'autre part, ils sont inférieurs, le sous-entrepreneur aura le droit d'en recevoir l'excédent.

Il me paraît donc qu'il est loin d'être sûr que les montants ainsi retenus seront intégralement payés au sous-entrepreneur. En effet, le paiement de ces montants au sous-traitant doit peut-être, au cas de dommages, être considéré comme contingent. Il est vrai que ces dommages, une fois fixés, pourront être compensés par les montants retenus et que l'entrepreneur général n'en bénéficiera pas mais pour l'année 1965 ces dommages n'ont pas encore été liquidés et la compensation ne pourra s'effectuer que lorsqu'ils le seront. Jusqu'à ce moment, et même après, jusqu'à ce que l'architecte aura émis son certificat et que 35 jours se seront écoulés, il n'existe pas d'obligation de la part de l'entrepreneur général de payer et ce montant n'est pas exigible par le sous-traitant ou sous-entrepreneur. La compensation, en effet, ne s'opère de plein droit qu'entre deux dettes également liquidées et exigibles et ayant pour objet une somme de deniers ou une quantité de choses indéterminées de même nature et qualité (cf. Articles 1187 et 1188 C.C.).

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne donne pas toujours une réponse complète à la question de savoir quel est le montant total des profits et des gains de l'année cotisée. L'on peut accepter comme point de départ pour établir les profits taxables d'un contribuable l'état des profits et pertes préparé selon les règles de pratique comptable. Le profit indiqué sur cet état doit toujours, cependant, être ajusté selon les règles statutaires utilisées pour déterminer les profits imposables. Cela tient au fait qu'un certain nombre de faits dont les comptes tiennent compte sont exclus par certaines dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans la détermi-

ment, indeed, is really a statement of fact, and, consequently, a matter of evidence. It includes facts which cannot be questioned and statements of facts which may be called provisional. It is difficult to challenge the first category unless the figures used were taken, for instance, from improperly kept books. When, however, a statement of provisional facts is involved, the Minister is not obliged to accept what is submitted to him by the accountants. Such a situation occurs when, for instance, in a case such as this, a reserve is to be set up, for accounting purposes, to provide for receipt of a benefit or payment of a demand which is contingent or conditional. In *Southern Rly. of Peru Ltd. v. Owen* [1957] A.C. 334, respondent, which operated a railway, was required under Peruvian law to make compensation payments, determined according to a set rule, to an employee on termination of his employment; payment of these amounts was, however, uncertain, since in certain cases he could lose them. The headnote of the judgment clearly explains how the company went about determining the amount of the reserve.

The company claimed to be entitled to charge against each year's receipts the cost of making provision for the retirement payments which would ultimately be thrown on it, calculating what sum would be required to be paid to each employee if he retired without forfeiture at the close of the year and setting aside the aggregate of what was required insofar as the year had contributed to the aggregate.

The House of Lords did not agree, however, that the company could deduct as expenses from each year's income the amounts set aside to cover retirement payments it might eventually be called on to make. However, the Court did not formulate any basic principle as grounds for its refusal, and Lord Radcliffe gave his opinion as follows (at p. 355):

It is clear, at any rate, from what I have quoted above that there is nothing improper in admitting valuations or estimates if by so doing a truer balance is arrived at between the receipts of a year and the cost of earning them or the expenses of a year and the fruits of incurring them. Such estimates were in fact directed by the Court of Appeal and by this House in *Harrison v. John Cronk & Sons Ltd.* [1937] A.C. 185 and again by this House in *Absalom v. Talbot* [1944] A.C. 204. See, too, the judgment of Lord

nation du profit des contribuables. L'état des profits et pertes est en effet véritablement une déclaration de faits et, par conséquent, une question de preuve. Il comprend des questions de faits incontestables et des conclusions de faits que l'on peut appeler provisoires. Quant aux premières, elles peuvent difficilement être contestées à moins que les chiffres utilisés aient été tirés, par exemple, de livres mal tenus. Lorsque, cependant, il s'agit d'une conclusion de faits provisoires, le Ministre n'est pas obligé d'accepter ce que les comptables lui ont présenté. L'on se trouve dans une telle situation lorsque, par exemple, dans un cas comme celui-ci, pour des fins comptables, une réserve doit être établie pour prévoir la réception d'un avantage ou le paiement d'une exigibilité qui est contingente ou conditionnelle. Dans *Southern Rly. of Peru Ltd. c. Owen* [1957] A.C. 334, l'intimée qui opérait un chemin de fer était obligée, en vertu de la loi péruvienne, de faire des paiements de compensation déterminés selon une règle fixe, à un employé à la fin de son emploi, montants, cependant, dont le paiement était incertain puisque, dans certains cas, il pouvait les perdre. Le résumé du jugement explique bien de quelle façon la compagnie procéda pour établir le montant de la réserve:

[TRADUCTION] La compagnie déclare avoir droit d'imputer sur les recettes de chaque année le coût des montants prévus pour faire face aux paiements de retraite qu'elle devrait en fin de compte verser, en faisant le calcul des sommes nécessaires au versement à tout employé, s'il prenait sa retraite à la fin de l'année sans être déchu de ses droits, et en mettant de côté l'ensemble de ce qui était nécessaire, dans la proportion de l'année à l'ensemble.

La Chambre des Lords n'accepta pas, cependant, que la compagnie déduise comme dépenses du revenu de chaque année le coût des montants prévus pour faire face aux paiements de retraite qu'elle pouvait éventuellement être obligée de payer. La Cour, cependant, n'établit aucun principe de base pour fonder son refus et Lord Radcliffe s'exprima ainsi (à la page 355):

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, il ressort clairement de ma citation susmentionnée qu'il n'y a rien d'incorrect à admettre des évaluations ou des estimés si, ce faisant, la balance des recettes d'une année et du coût de leur obtention ou des dépenses d'une année et des fruits en découlant est plus exacte. La Cour d'appel et cette Chambre ont, en fait, demandé de tels estimés dans l'affaire *Harrison c. John Cronk & Sons Ltd.* [1937] A.C. 185; cette Chambre fit à nouveau cette demande dans l'affaire *Absalom c. Talbot*

Greene M.R. in *Johnson v. Try Ltd.* [1946] 27 T.C. 167. The decision in the last mentioned case is, I think, of value in illustrating the point that, however desirable it may be to bring in a valuation or estimate in order to give a better balance to a year's accounts, it cannot be right to do so if the figure which is to be inserted, "hedged round . . . with every kind of contingency and speculation", is too uncertain to be fairly treated as a receipt. What is true of receipts is true of liabilities. In my opinion, it is that point which constitutes the real difficulty of the present case.

In most tax cases only amounts which can be exactly determined are accepted. This means that, ordinarily, provisional amounts or estimates are rejected, and it is not recommended that data which are conditional, contingent or uncertain be used in calculating taxable profits. If, indeed, provisional amounts or estimates are to be accepted, they must be certain. But then it is always difficult to find a procedure by which to arrive at a figure which is certain. Accountants are always inclined to set aside reserves for unliquidated liabilities, for, if they do not do so, the financial statement will not reflect the true position of the client's affairs. The difficulty arises from the fact that making it possible to determine the taxpayer's tax liability is not the main purpose of accounting. The accountant's report is, in fact, intended to give the taxpayer a general picture of his affairs so as to enable him to carry on his business with full knowledge of the facts. To achieve this end, it is not necessary for the profit shown to be exact, but it must be reasonably close, while the *Income Tax Act* requires it to be exact, and it is thus necessarily arbitrary. In *Southern Rly. of Peru Ltd. v. Owen (supra)*, the company's auditor stated that he would not have signed its financial statement if the reserve for future debts had not been entered on the balance sheet. The House of Lords was not influenced by this statement, however, and decided nevertheless that the company could not deduct the amounts payable until the employees terminated their employment. However, *Southern Rly. of Peru Ltd. v. Owen (supra)* concerned a reserve made for uncertain amounts which the company might be called upon to pay in the future. What is the situation when the amounts involved are certain, but are not due until a subsequent accounting period? Such amounts were involved in *Naval Colliery Co. v. I.R.C.* (1928) 12 T.C.

[1944] A.C. 204. Voir aussi le jugement de Lord Greene, M.R., dans l'affaire *Johnson c. Try Ltd.* [1946] 27 T.C. 167. A mon avis, la décision rendue dans cette dernière affaire illustre bien le point selon lequel, si désirable soit-il d'introduire une évaluation ou un estimé pour mieux équilibrer les comptes d'une année, il ne peut pas être juste de le faire si les données qui doivent être introduites sont «enveloppées . . . de contingences et d'incertitudes», et sont trop imprécises pour être vraiment considérées comme recettes. Ce qui est vrai des recettes, vaut pour le passif. A mon avis, c'est ce point qui constitue la véritable difficulté en l'espèce.

Dans la plupart des causes fiscales, l'on n'accepte que les montants dont la quantité exacte est établie. Ce qui veut dire que les montants provisoires ou estimés sont ordinairement rejetés et il n'est pas recommandable de calculer les profits imposables en utilisant des données qui sont conditionnelles, contingentes ou incertaines. Il faut, en effet, pour que les montants provisoires ou les estimés soient acceptés, qu'ils soient sûrs. Il est, d'autre part, toujours difficile de trouver une procédure qui permet d'arriver à un chiffre qui est sûr. Les comptables sont toujours enclins à prévoir des réserves pour des exigibilités non liquidées, car s'ils ne le font pas, l'état financier ne reflètera pas l'état véritable des affaires du client. La difficulté vient du fait que le but principal d'une comptabilité n'est pas de permettre la détermination de la dette fiscale du contribuable. En fait, le rapport comptable est destiné à indiquer d'une façon générale au contribuable l'état de ses affaires pour lui permettre de les poursuivre en toute connaissance de cause. Pour atteindre cette fin, il n'est pas nécessaire que le profit indiqué soit précis mais il doit représenter raisonnablement ce profit, tandis que la loi de l'impôt exige qu'il soit précis et, par conséquent, il est nécessairement arbitraire. Dans la cause de *Southern Rly. of Peru Ltd. c. Owen (supra)*, le comptable auditeur de la compagnie déclara qu'il n'aurait pas signé l'état financier de la compagnie à moins que la réserve pour dettes futures n'ait été inscrite au bilan. La Chambre des Lords, cependant, ne fut pas influencée par cette déclaration et décida quand même que la compagnie ne pouvait déduire les montants payables que lorsque les employés termineraient leur emploi. Dans *Southern Rly. of Peru Ltd. c. Owen (supra)* cependant, il s'agissait d'une réserve faite pour des montants incertains que pouvait encourir la compagnie dans l'avenir. Mais qu'arrive-t-il

1017, (H.L.) and the Court decided nevertheless that they could not be deducted so long as the outlay had not been made. In that case, Lord Buckmaster indeed stated clearly that these amounts could only be deducted in the period in which they were actually spent:

According to the appellants' contention, however, it is not the actual expenditure that is deducted, but the need for making the expenditure which is to be measured in their favour and brought into the account. This contention would involve the conclusion that the subject could choose which period he liked as the one in which the allowance is to be brought into account, either that when the expenditure became necessary or that when it was made (p. 1040).

As a general rule, if an expenditure is made which is deductible from income, it must be deducted by computing the profits for the period in which it was made, and not some other period.

The procedure adopted by appellant, of deducting from its income amounts withheld by it, which it may one day be required to pay its sub-contractor, but which the latter may not claim until 35 days after the work is approved by the architect, is, as we have just seen, contrary to the rule that an expenditure may only be deducted from income for the period in which it was made, and this would suffice to dispose of the present appeal. However, as we have seen above, there is an additional reason for dismissing the appeal: this is that we are dealing with amounts withheld which are not only uncertain as to *quantum* if partial damages result from badly done work, but which will no longer even be due or payable if damages exceed the amounts withheld. How can it be claimed in such circumstances that a certain and current expense is involved, and that the amounts withheld, which appellant has full enjoyment of until it pays the amounts owing to the sub-contractor, or until compensation becomes due, may be deducted by appellant as it receives them from the owner.

lorsqu'il s'agit de montants certains mais qui ne sont dus que dans une période comptable subséquente? Dans une cause de *Naval Colliery Co. c. I.R.C.*, (1928) 12 T.C. 1017 (H.L.), il s'agissait de tels montants et la Cour décida quand même qu'il ne pouvait y avoir déduction de ces montants tant et aussi longtemps que la dépense n'avait été faite. Lord Buckmaster, dans cette cause, déclara en effet clairement que ces montants ne pouvaient être déduits que dans la période où ils étaient en fait dépensés:

[TRADUCTION] Toutefois, selon les prétentions des appelants, on ne déduit pas la dépense réelle, mais le besoin de faire cette dépense, qui doit être évalué en leur faveur et porté à leur compte. Le résultat de cette prétention serait que l'intéressé pourrait choisir quelle période il préfère pour porter cette somme à son compte, soit le moment où la dépense devenait nécessaire, soit celui où elle était faite (p. 1040).

En règle générale, si une dépense déductible du revenu est faite, elle doit être déduite en calculant les profits pour la période dans laquelle elle a été faite et non pas dans une autre période.

La procédure adoptée par l'appelante de déduire de son revenu les montants qu'elle retient et qu'elle pourra un jour être obligée de payer à son sous-traitant, mais que ce dernier ne peut, cependant, exiger que dans les 35 jours qui suivent l'approbation des travaux par l'architecte, va, comme nous venons de le voir, à l'encontre de la règle qu'une dépense ne peut être déduite du revenu que pour la période où elle a été faite, ce qui suffirait à disposer de cet appel. Il y a, cependant, comme nous l'avons vu plus haut, une raison additionnelle pour rejeter cet appel et c'est que nous sommes en présence de montants retenus qui sont non seulement incertains quant au *quantum* si des dommages partiels sont causés par des travaux mal faits mais qui ne seront même plus dus ni payables si les dommages excèdent la retenue. Comment, dans ces circonstances, peut-on soutenir qu'il s'agit là d'une charge certaine et actuelle et que cette retenue dont l'appelante a la jouissance la plus complète jusqu'à ce qu'elle paie les montants qui reviennent au sous-contracteur ou jusqu'à ce que la compensation soit opérée peut être déduite par l'appelante au fur et à mesure qu'elle les reçoit du propriétaire.

The appeal is therefore dismissed and respondent will be entitled to his taxable costs.

L'appel est, par conséquent, rejeté et l'intimé aura droit à ses dépens taxés.