

TRADERS FINANCE CORPORATION }
LTD. (Defendant) } APPELLANT;

1960
*Jun. 6
Nov. 21

AND

EMILIEN LEVESQUE (Plaintiff) RESPONDENT.

ON APPEAL FROM THE COURT OF QUEEN’S BENCH, APPEAL SIDE,
PROVINCE OF QUEBEC

Bankruptcy—Payment within three months of bankruptcy—Refusal of trustee to institute proceedings—Proceedings taken by creditor—Delay—Whether cause of action prescribed—Civil Code, art. 1040—The Bankruptcy Act. R.S.C. 1952, c. 14, ss. 16, 64.

Alleging that a debtor had, within three months of his assignment in bankruptcy, made to the defendant a payment which constituted an illegal preference, and alleging that the trustee had refused to institute proceedings in annulment, the plaintiff was authorized pursuant to s. 16 of the *Bankruptcy Act* to commence this action in his own name for a declaration that the payment was a fraudulent preference and for recovery of the amount. The plaintiff commenced the action some three years after the payment, but within the year of his obtaining a knowledge thereof. The action was maintained by the trial judge and by a majority judgment in the Court of Appeal. The defendant argued that as the plaintiff was the assignee, under s. 16 of the Act, of the rights of the trustee whose rights had expired by virtue of the second paragraph of art. 1040 of the *Civil Code*, since he had been appointed more than a year prior to the commencement of the action, the trustee had no rights to assign and the claim was prescribed.

Held: The appeal should be dismissed and the action maintained.

Per Kerwin C.J. and Taschereau, Fauteux and Abbott JJ.: A creditor, in the circumstances of this case, is not the assignee of the rights of the trustee. What s. 16 of the *Bankruptcy Act* gives to the creditor is a right to be preferred over the other creditors; and this right, which the creditor exercises by his action, is given to him by the law and not by the trustee. Since the trustee never had this right, he could not assign it to the creditor.

Assuming, without deciding, that art. 1040 of the *Civil Code* could apply, the action would not be prescribed as it was taken within the year of the creditor’s obtaining knowledge of the payment.

Per Locke J.: Article 1040 of the *Civil Code* has no application to the cause of action referred to in s. 64 of the *Bankruptcy Act*, when asserted either by the trustee or under s. 16 by a creditor claiming by virtue of an assignment. It was not “by reason of anything contained in” section 6 of the *Code*, being arts. 1032 to 1040 inclusive, that the creditor sought to recover and did recover. But it was as the assignee of the right of action conferred by s. 64 of the *Bankruptcy Act*, which right is given alone to the trustee. The *Bankruptcy Act* being silent as to the delay within which the action under s. 64 must be instituted, the action, in this case, was not prescribed.

*PRESENT: Kerwin C.J. and Taschereau, Locke, Fauteux and Abbott JJ.

1960
 TRADERS
 FINANCE
 CORPN. LTD.
 v.
 LEVESQUE

APPEAL from a judgment of the Court of Queen's Bench, Appeal Side, Province of Quebec¹, affirming a judgment of Casgrain J. Appeal dismissed.

G. Dorion, Q.C., for the defendant, appellant.

G. Pelletier, for the plaintiff, respondent.

The judgment of Kerwin C.J. and of Taschereau, Fauteux and Abbott J.J. was delivered by

FAUTEUX J.:—En octobre 1953, la compagnie Garage Causapscaal Limitée, dont les ventes d'automobiles étaient financées par l'appelante suivant la pratique et le mode usuels, faisait cession de ses biens. A peine dix jours avant celui de la cession, l'appelante obtenait de la compagnie un paiement de \$5,702.21. Créancier de la débitrice pour une somme de \$12,000, l'intimé, dont la réclamation fut d'abord refusée par le syndic et plus tard admise par jugement de la Cour, n'acquiesce la connaissance de ce paiement qu'en février 1956. Considérant qu'au regard, particulièrement, des prescriptions de l'art. 64 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1952, c. 14, ce paiement était, en l'espèce, un paiement frauduleux, il somma le syndic de prendre des procédures pour en faire déclarer la nullité au bénéfice de l'actif. Celui-ci ayant refusé d'agir, l'intimé se prévalut des dispositions de l'art. 16 de la loi précitée et obtint du tribunal une ordonnance l'autorisant d'intenter, en son propre nom, des procédures contre l'appelante. C'est ainsi qu'après avoir satisfait aux exigences de l'art. 16 et aux conditions fixées par l'ordonnance du tribunal, l'intimé intentait, par voie de requête à la Cour supérieure siégeant en faillite, et ce, dans l'année de la connaissance acquise de ce paiement, l'action en justice conduisant au présent appel.

L'appelante contesta et après enquête et audition, le Juge de première instance fit droit au recours de l'intimé. Porté en appel¹, ce jugement fut confirmé par une décision majoritaire dont l'appelante se pourvoit maintenant devant cette Cour, après y avoir été autorisée.

Au seuil de la considération du mérite de cet appel, il convient de noter les faits suivants. Il est admis aux plaidoiries que la débitrice a bien, dans les dix jours précédant celui de la cession, fait à l'appelante le paiement

¹ [1960] Que. Q.B. 264.

1960
 TRADERS
 FINANCE
 CORPN. LTD.
 v.
 LEVESQUE
 Fauteux J.

en question. Il ne fait aussi aucun doute que si ce paiement doit être retenu comme valablement fait, il aura pour effet de procurer à l'appelante une préférence sur d'autres créanciers, dont l'intimé. Enfin, la preuve au dossier supporte amplement, comme il est expressément ou implicitement reconnu par les Juges de la majorité en Cour d'Appel, la proposition que la présomption de fraude édictée en l'art. 64 de la *Loi sur la faillite* à l'égard de tels paiements, n'a pas été repoussée, ainsi qu'en a jugé le Juge de première instance.

Dans cette situation, il reste à considérer le principal moyen soumis par l'appelante, devant les Cours inférieures et en cette Cour, et voulant que les procédures intentées par l'intimé soient tardives.

Sur ce point, l'appelante argumente comme suit. L'intimé, dit-elle, qui, au défaut d'agir du syndic, a obtenu, en vertu de l'art. 16 de la *Loi sur la faillite*, le droit de prendre des procédures, est cessionnaire des droits du syndic et ne saurait avoir, en cette qualité, plus de droits qu'en avait le cédant. Or, poursuit-elle, lorsqu'à la suite de l'ordonnance du tribunal, le syndic, se soumettant aux dispositions de l'article, déclarait céder ses droits à l'intimé, le syndic était déjà et depuis l'année suivant le jour de sa nomination en octobre 1953, déchu du droit de poursuivre l'appelante si l'on applique, comme on le doit, le deuxième paragraphe de l'art. 1040 du *Code Civil*.

Cet article, visant spécifiquement les recours accordés au créancier par le *Code Civil*, dans le cas des contrats et paiements faits en fraude de ses droits, se lit comme suit:

1040. Aucun contrat ou paiement ne peut être déclaré nul, en vertu de quelqu'une des dispositions contenues en cette section, à la poursuite d'un créancier individuellement, à moins que telle poursuite ne soit commencée avant l'expiration d'un an à compter du jour qu'il en a eu connaissance.

Si la poursuite est faite par des syndics ou autres représentants des créanciers collectivement, elle devra être commencée dans l'année à compter du jour de leur nomination.

Mais est-il bien vrai, dans le cas qui nous occupe, que l'intimé soit, d'après l'art. 16 de la *Loi sur la faillite*, le cessionnaire des droits du syndic. C'est là la première question à décider. Car si cette prétention, sur laquelle se fonde tout le raisonnement de l'appelante, est mal fondée, il devient inutile de poursuivre l'examen des autres questions que soulève ce raisonnement.

1960
 TRADERS
 FINANCE
 CORPN. LTD.
 v.
 LEVESQUE
 Fauteux J.

Cette prétention s'appuie uniquement sur la partie ici soulignée du premier paragraphe de l'art. 16 qu'il convient de reproduire au long :

16. (1) Si un créancier exige que le syndic intente des procédures qui, à son avis, seraient à l'avantage de l'actif, et que le syndic refuse ou néglige d'intenter ces procédures, le créancier peut obtenir du tribunal une ordonnance l'autorisant à intenter des procédures en son propre nom et à ses propres frais et risques, en donnant aux autres créanciers avis des procédures projetées, et selon les termes et conditions que peut ordonner le tribunal; *et lorsque cette ordonnance est rendue, le syndic doit céder et transporter au créancier tout son droit, titre et intérêt dans les droits incorporels ou dans l'objet des procédures, y compris tout document à l'appui.*

(2) Tout profit provenant de procédures exercées en vertu du paragraphe premier, jusqu'à concurrence de sa réclamation et des frais, appartient exclusivement au créancier intentant ces procédures, et l'excédent, s'il en est, appartient à l'actif.

(3) Si, avant qu'une ordonnance soit rendue en vertu du paragraphe premier, le syndic, avec la permission des inspecteurs, déclare au tribunal qu'il est prêt à intenter les procédures au profit des créanciers, l'ordonnance doit prescrire le délai qui lui est imparti pour ce faire, et dans ce cas l'avantage résultant des procédures, si elles sont intentées dans le délai ainsi prescrit, appartient à l'actif.

Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et, dans le cas de concours, le prix s'en distribue par contributions, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence. Dans une faillite ou cession, l'art. 16, au refus du syndic de prendre des procédures au bénéfice mais aux risques et dépens de l'actif, accorde au créancier diligent qui désire poursuivre en son nom et à ses risques et dépens, une préférence exclusive jusqu'à concurrence de sa réclamation et des frais. C'est ce droit de préférence que l'intimé fait valoir par ses procédures. Ce droit, c'est la loi et non le syndic, qui le lui confère. Il diffère, d'ailleurs, essentiellement de celui que le syndic, agissant pour la collectivité des créanciers, aurait pu faire valoir au bénéfice de l'actif. Le fait qu'au soutien des procédures qu'il pouvait prendre, en l'espèce, le syndic aurait invoqué, comme l'a fait l'intimé dans celles qu'il a prises, le caractère frauduleux du paiement, permet bien de dire qu'ils avaient tous deux un moyen commun mais non un droit et un recours identiques. N'ayant jamais eu le droit et le recours de l'intimé, le syndic ne pouvait le lui céder.

Sous l'ancienne *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1927, c. 11, ce même droit de préférence était accordé au créancier par l'art. 69; mais c'est le syndic qui le faisait valoir en son

nom pour le bénéficiaire du créancier, lequel fournissait un cautionnement pour l'indemniser de ses frais. L'article 16 de la nouvelle loi maintient ce droit de préférence, mais prescrit que l'action pour l'exercer doit être prise par le créancier personnellement et non plus par le syndic. C'est pour cette raison que le Parlement a, par l'art. 16, obligé ce dernier à céder et transporter au créancier tout son droit, titre et intérêt dans les droits incorporels ou dans l'objet des procédures, y compris tout document à l'appui, lorsqu'est rendue l'ordonnance autorisant le créancier à poursuivre. Cette obligation est une conséquence et non une condition du droit de préférence et du droit de poursuivre pour l'exercer.

Aussi bien, et en toute déférence pour ceux qui peuvent avoir l'opinion contraire, la prétention de l'appelante ne peut pas être acceptée.

Dans ces vues, il n'est pas nécessaire de décider si les déchéances spécifiquement établies en l'art. 1040 du *Code Civil* pour des recours qui, s'apparentant à celui qu'autorise l'art. 16, en diffèrent, peuvent recevoir une application en l'espèce. Mais assumant, sans le décider, que tel soit le cas, d'accord avec MM. les Juges Pratte et Choquette, je dirais que le point de départ des déchéances prescrites par cet article varie selon que la poursuite est intentée par le créancier ou par le syndic. Il s'ensuivrait alors que l'intimé ayant poursuivi dans l'année de la connaissance acquise du paiement frauduleux, son action ne saurait être considérée comme tardive aux termes de cet article.

Je renverrais l'appel avec dépens.

LOCKE J.:—In my opinion, the provisions of art. 1040 of the *Civil Code* have no application to the cause of action asserted by the respondent and, on that ground, this appeal should fail.

By the petition addressed to the judge in bankruptcy dated October 9, 1956, the fact of the payment by the bankrupt to the appellant within three months of the date of the bankruptcy was recited. It was alleged that this constituted an illegal preference, that the respondent had asked the trustee to institute proceedings against the appellant which he had refused to do, and asked authority to proceed in the petitioner's own name for the recovery of the amount.

1960
 TRADERS
 FINANCE
 CORPN. LTD.
 v.
 LEVESQUE
 Fauteux J.

1960
 TRADERS
 FINANCE
 CORPN. LTD.
 v.
 LEVESQUE
 Locke J.

The order made by Dion J., which authorized the commencement of the action, stated that it was made under the provisions of s. 16 of the *Bankruptcy Act*.

The petition filed on January 23, 1957, alleged that the proceedings were taken pursuant to leave granted by the last mentioned order, that within three months preceding the bankruptcy the bankrupt had paid to the appellant the sum of \$5,702.01 and that this payment constituted a fraudulent preference, illegal and null as against the trustee, the creditors of the bankrupt in general and the respondent in particular: that at the date of payment the bankrupt was insolvent to the knowledge of the appellant and that the trustee had transferred to the petitioner all his right, title and interest in the claim on January 23, 1957. The claim for relief asked a declaration that the payment was a fraudulent preference and for recovery of the amount so paid, with interest.

The assignment from the trustee, so far as relevant, read:

Je cède et transporte au créancier Emilien Lévesque de Ste-Florence, tous mes droits, titres et intérêts dans la réclamation que monsieur Emilien Lévesque peut avoir contre Traders Finance Corporation et ce, en vertu d'une ordonnance du Tribunal autorisant ledit Emilien Lévesque à intenter des procédures en son propre nom et à ses propres frais et risques contre Traders Finance Corporation.

The learned trial judge found that the payment had been made within three months preceding the bankruptcy, that the appellant was aware that the garage company was insolvent and declared that the payment was fraudulent and void as against the trustee and the respondent as his assignee.

Article 1040 of the *Civil Code* forms part of s. 6 of the third title of the Code and reads:

No contract or payment can be avoided by reason of anything contained in this section, at the suit of any individual creditor, unless such suit is brought within one year from the time of his obtaining a knowledge thereof.

If the suit be by assignees or other representatives of the creditors collectively, it must be brought within one year from the time of their appointment.

The learned trial judge considered that the limitation referred to in the first sentence of the article applied and that, as it had been shown that the respondent for the first

time obtained knowledge of the payment within one year of the date upon which the action was commenced, the claim was not barred.

It was the contention of the present appellant that this was error in that it was the second sentence of the article which applied and that, since the trustee had been appointed more than a year prior to the commencement of the action, the claim was prescribed. This argument was rejected by the learned judges of the Court of Appeal¹, other than by Hyde J. who considered that the appeal should succeed on the ground that the cause of action which the trustee purported to assign had been prescribed before the assignment to the respondent was given, that accordingly the trustee had no rights to assign and the action failed.

Section 64 of the *Bankruptcy Act* reads in part:

Every conveyance or transfer of property or charge thereon made, every payment made, every obligation incurred, and every judicial proceeding taken or suffered by any insolvent person in favour of any creditor or of any person in trust for any creditor with a view of giving such creditor a preference over the other creditors shall, if the person making, incurring, taking, paying or suffering the same becomes bankrupt within three months after the date of making, incurring, taking, paying or suffering the same, be deemed fraudulent and void as against the trustee in bankruptcy.

(2) If any such conveyance, transfer, payment, obligation or judicial proceeding has the effect of giving any creditor a preference over other creditors, or over any one or more of them, it shall be presumed *prima facie* to have been made, incurred, taken, paid or suffered with such view as aforesaid whether or not it was made voluntarily or under pressure and evidence of pressure shall not be receivable or avail to support such transaction.

The section in terms provides that a transfer of property of the nature and under the circumstances described is fraudulent and void as against the trustee in bankruptcy. The appellant misconceived the effect of the section in alleging in his petition that the transfer was illegal and null as well against the creditors of the bankrupt in general as against himself as a creditor. The right of action conferred by the section is to obtain a declaration that the conveyance is null and void and to recover the property conveyed, and that right is given alone to the trustee. It was as the assignee of that right that the respondent sued and was found at the trial to be entitled to recover.

¹[1960] Que. Q.B. 264.

1960
 TRADERS
 FINANCE
 CORPN. LTD.
 v.
 LEVESQUE
 Locke J.

The limitation in art. 1040 is that no payment can be avoided "by reason of anything contained in this section" and it is not by reason of anything contained in section 6, being art. 1032 to 1036 and 1038 to 1040 both inclusive, that the respondent sought to recover and did recover. The article, therefore, in my opinion does not affect the matter.

It may be said that provisions similar to those contained in the articles of the *Civil Code* to which I have referred are to be found in statutes of most of the provinces of Canada. They are to be found in British Columbia in the *Fraudulent Preferences Act*, R.S.B.C. 1948, c. 132, in Alberta in the *Fraudulent Preferences Act*, R.S.A. 1955, c. 120, in Saskatchewan in the *Fraudulent Preferences Act*, R.S.S. 1953, c. 362, in Manitoba in the *Assignments Act*, R.S.M. 1954, c. 11, and in Ontario in the *Assignment and Preferences Act*, R.S.O. 1950, c. 26. All of these statutes deal with the rights of creditors to set aside conveyances made by persons in insolvent circumstances, which have the effect of giving a creditor a preference over the others and all of them provide that, in the event of action being brought within a certain period of the date of the conveyance, it is to be held null and void. The remedies thus given are quite distinct from those given to the trustee in bankruptcy under c. 64 of the *Bankruptcy Act*. The right to enforce such claims by creditors does not depend upon the fact that the person making the transfer has been declared bankrupt and these rights may be enforced under the provincial statutes unless bankruptcy has intervened. This has been held in a number of cases in various provinces, which are to be found collected in the 3rd ed. of Bradford and Greenberg on the *Bankruptcy Act*, at p. 158 et seq. In Quebec the limitation provided by art. 1040 only refers to proceedings under the articles mentioned.

If it were otherwise and art. 1040 on its face applied to the cause of action referred to in s. 64 of the *Bankruptcy Act*, when asserted either by the trustee or under s. 16 by a creditor claiming by virtue of an assignment, it would be necessary to consider whether the article was *intra vires* the Legislature of Quebec. The right of action is one given by a Dominion statute and the right of the trustee and his assignee to resort to the courts is a substantive right. Article 1040, if it applied, would deprive those entitled to assert

that right after a defined period. It would be necessary to consider then the effect of the decision of this Court in *Attorney General of Alberta and Winstanley v. Atlas Lumber Co. Ltd.*¹. There, a statute of the Province of Alberta which deprived the holder of a promissory note of his right of access to the court without permission of the Debt Adjustment Board, constituted under the *Debt Adjustment Act, 1937, of Alberta*, was held to be *ultra vires*. This aspect of the matter was not raised before the courts of Quebec nor argued before us and I accordingly do no more than draw attention to the fact that, in my opinion, that question would arise if art. 1040 applied to the facts of this case.

I would dismiss this appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Attorneys for the defendant, appellant: Dorion, Bernier & La Haye, Quebec.

Attorney for the plaintiff, respondent: Georges Pelletier, Quebec.

1960
 TRADERS
 FINANCE
 CORPN. LTD.
 v.
 LEVESQUE
 Locke J.