

Blaine L. Hudson, The Trustee of the Estate of G. S. & D. Construction Ltd., a Bankrupt Appellant;

and

John Alexander Benallack and Lillian M. Benallack Respondents.

1974: December 4; 1975: October 7.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF ALBERTA, APPELLATE DIVISION

Bankruptcy—Fraudulent preference—Whether concurrent intent on part of both insolvent debtor and creditor required—The Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, s. 73.

A company assigned to the respondents its interest as purchaser, in an agreement for sale of certain lands. The consideration for the assignment was stated to be \$15,250. At the time the assignor company was indebted to the assignees in the amount of \$15,000 with interest and this indebtedness was used to offset the purchase price of the assignor's interest in the agreement of sale. All of the issued shares of the company were owned by the son and daughter-in-law of the respondents. The company made an assignment in bankruptcy within the 12-month period mentioned in s. 74 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, and the appellant was named as trustee. Subsequently, an application to have the assignment declared void as against the trustee was granted. The Appellate Division of the Supreme Court of Alberta reversed, whereupon the trustee appealed to this Court. The question at issue was whether the words "with a view to giving such creditor a preference" contained in s. 73(1) of the *Bankruptcy Act* require only an intention on the part of the insolvent debtor to prefer or a concurrent intent on the part of both debtor and creditor.

Held: The appeal should be allowed.

A finding of concurrent intent is not necessary in order to set aside a payment as a fraudulent preference under s. 73 of the *Bankruptcy Act*. The cognizance of the creditor or its absence is not relevant. Although one can sympathize with the rationale of concurrent intent, which is the desire to protect an innocent creditor who accepts payment of a debt in good faith, this point of view cannot be reconciled with the language of the statute, with the history of bankruptcy legislation, or

Blaine L. Hudson, Syndic de l'actif de G. S. & D. Construction Ltd., Faillie Appellant;

et

John Alexander Benallack et Lillian M. Benallack Intimés.

1974: le 4 décembre; 1975: le 7 octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ALBERTA

Faillite—Préférence frauduleuse—Exige-t-on une intention commune du débiteur insolvable et du créancier?—La Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, c. B-3, art. 73.

Une compagnie a cédé aux intimés ses droits, en tant qu'acheteur, dans un contrat de vente de certains terrains. La somme de \$15,250 est réputée avoir constitué la contrepartie de la cession. La compagnie cédante devait alors aux cessionnaires la somme de \$15,000 plus l'intérêt et cette dette a servi à compenser le prix d'achat des droits de la cédante dans le contrat de vente. Le fils et la bru des intimés détenaient toutes les actions émises de la compagnie. Celle-ci a fait cession de ses biens dans le délai de douze mois de l'art. 74 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, c. B-3, et l'appellant a été nommé syndic. Par la suite, on a fait droit à la requête visant à faire déclarer la cession inopposable au syndic dans la faillite. La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a infirmé cette décision. Le syndic s'est alors pourvu devant cette Cour. Il s'agit de décider si l'expression «en vue de procurer à ce créancier une préférence» contenue dans le par. (1) de l'art. 73 de la *Loi sur la faillite* ne vise que l'intention du débiteur insolvable d'accorder une préférence ou si elle exige une intention commune du débiteur et du créancier.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

L'existence d'une intention commune n'est pas nécessaire pour qu'il y ait lieu d'annuler un paiement qui constitue une préférence frauduleuse en vertu de l'art. 73 de la *Loi sur la faillite*. Il importe peu que le créancier ait connaissance ou non de la préférence accordée. Même si l'on comprend facilement que la notion d'intention commune sert à protéger le créancier qui accepte de bonne foi le paiement d'une dette, il est difficile de concilier cette idée avec les termes de la loi,

with the right of other innocent creditors to equal protection.

Benallack v. Bank of British North America (1905), 36 S.C.R. 120, distinguished.

APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Alberta, Appellate Division¹, allowing an appeal from a judgment of Cullen J. Appeal allowed.

J. L. MacPherson, Q.C., for the appellant.

G. C. Hawco, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—

I

This appeal raises a question of statutory construction which, one should think, would not cause difficulty, but which has indeed given rise to an abundance of conflicting legal opinion and a thoroughly obfuscated state of the law. The question is whether the words “with a view to giving such creditor a preference” contained in s. 73(1) of the *Bankruptcy Act*, R.S.C. 1970, c. B-3, require only an intention on the part of the insolvent debtor to prefer or a concurrent intent on the part of both debtor and creditor. Sections 73 and 74 of the Act read as follows:

73. (1) 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 to 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 the bankruptcy.

(2) Where 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*

¹ [1974] 1 W.W.R. 548, 41 D.L.R. (3d) 624.

avec l'historique de la législation sur la faillite et avec le droit des autres créanciers de bonne foi à une protection égale.

Distinction faite avec l'arrêt: *Benallack c. Bank of British North America* (1905), 36 R.C.S. 120.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta¹ qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Cullen. Pourvoi accueilli.

J. L. MacPherson, c.r., pour l'appelant.

G. C. Hawco, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DICKSON—

I

Ce pourvoi soulève une question d'interprétation d'un texte de loi qui, croirait-on, ne devrait pas présenter de difficultés, mais qui a en fait donné lieu à de nombreuses opinions juridiques contradictoires et engendré une totale confusion. Il s'agit de décider si l'expression «en vue de procurer à ce créancier une préférence» contenue dans le par. (1) de l'art. 73 de la *Loi sur la faillite*, S.R.C. 1970, c. B-3, ne vise que l'intention du débiteur insolvable d'accorder une préférence ou si elle exige l'intention commune du débiteur et du créancier. Les articles 73 et 74 de la Loi se lisent comme suit:

73. (1) Est tenue pour frauduleuse et inopposable au syndic dans la faillite, toute transmission ou transport de biens ou charge les grevant, tout paiement fait, toute obligation contractée et toute instance judiciaire intentée ou subie par une personne insolvable en faveur de quelque créancier ou de quelque personne en fiducie pour un créancier, en vue de procurer à ce créancier une préférence sur les autres créanciers, si la personne qui opère cette transmission ou ce transport, qui contracte cette obligation, qui intente, paie ou subit cette instance judiciaire devient en faillite dans un délai de trois mois après la date de cette transmission ou de ce transport, de cette obligation, de cette instance judiciaire intentée, payée ou subie.

(2) Si une telle transmission ou transport, paiement, obligation ou instance judiciaire a pour effet de procurer à quelque créancier une préférence sur d'autres créanciers, ou sur quelqu'un ou plusieurs d'entre eux, elle doit

¹ [1974] 1 W.W.R. 548, 41 D.L.R. (3d) 624.

facie to have been made, incurred, taken, paid or suffered with a view to giving such creditor a preference over other creditors, whether or not it was made voluntarily or under pressure and evidence of pressure shall not be receivable or avail to support such transaction.

(3) For the purposes of this section, the expression "creditor" includes a surety or guarantor for the debt due to such creditor.

74. Where the conveyance, transfer, charge, payment, obligation or judicial proceeding mentioned in section 73 is in favour of a person related to the insolvent person, the period limited in subsection 73(1) shall be twelve months instead of three months.

Any conveyance or transfer of property or payment made by an insolvent person in favour of any creditor with a view to giving such creditor a preference over other creditors is deemed fraudulent and void as against the trustee in bankruptcy if the insolvent person becomes bankrupt within three months thereafter or within twelve months where the insolvent person and the preferred creditor are related persons.

II

In the present case the transaction impugned is the assignment on March 1, 1972, by G. S. & D. Construction Ltd. to the respondents, John Alexander Benallack and Lillian M. Benallack, of the assignor's interest, as purchaser, in an agreement for sale of certain lands in the City of Calgary. The consideration for the assignment was stated to be \$15,250. At the time the assignor company was indebted to the assignees in the amount of \$15,000 with interest and this indebtedness was used to offset the purchase price of the assignor's interest in the agreement of sale. All of the issued shares of G. S. & D. Construction Ltd. were owned by George Bayard Benallack and Shirley Edna May Benallack, the son and daughter-in-law respectively of the respondents. G. S. & D. Construction Ltd. made an assignment in bankruptcy on June 27, 1972, within the 12-month period mentioned in s. 74 of the Act, and the appellant Hudson was named as trustee. The learned Chambers Judge, Cullen J., made a number of findings, of which the following are of moment:

être tenue *prima facie* pour avoir été faite, contractée, intentée, payée ou subie en vue de procurer à ce créancier une préférence sur d'autres créanciers qu'elle ait été faite ou non volontairement ou par contrainte, et la preuve de la contrainte ne sera pas recevable et ne servira pas à justifier pareille opération.

(3) Pour les objets du présent article, l'expression «créancier» comprend une personne se portant caution ou répondant d'une dette envers un tel créancier.

74. Si la transmission, le transport, la charge, le paiement, l'obligation ou l'instance que mentionne l'article 73 est en faveur d'une personne liée à la personne insolvable, le délai fixé au paragraphe 73(1) doit être de douze mois au lieu de trois mois.

Toute transmission ou transport de biens ou tout paiement fait par une personne insolvable en faveur d'un créancier en vue de lui accorder une préférence sur les autres créanciers est tenue pour frauduleuse et inopposable au syndic de la faillite, si la personne insolvable fait faillite dans un délai de trois mois, ou dans un délai de douze mois, lorsque la personne insolvable et le créancier avantage sont des personnes liées.

II

La transaction que l'on attaque en l'espèce est la cession faite le premier mars 1972 par G. S. & D. Construction Ltd. en faveur des intimés John Alexander Benallack et Lillian M. Benallack de ses droits, en tant qu'acheteur, dans un contrat de vente de certains terrains dans la ville de Calgary. Une somme de \$15,250 aurait constitué la contrepartie de la cession. La compagnie cédante devait alors aux cessionnaires la somme de \$15,000 plus l'intérêt, ce qui a servi à couvrir le prix d'achat des droits de la cédante dans le contrat de vente. George Bayard Benallack et Shirley Edna May Benallack, le fils et la bru des intimés, détenaient toutes les actions émises de G. S. & D. Construction Ltd. Celle-ci s'est mise en faillite le 27 juin 1972, soit avant l'expiration du délai de douze mois prévu à l'art. 74 de la Loi. L'appelant Hudson a été nommé syndic. Le savant juge Cullen, saisi de l'affaire, a tiré plusieurs conclusions, dont les suivantes, qui sont importantes:

1. On March 1, 1972, the date of the assignment, the bankrupt company was an insolvent person within the meaning of the *Bankruptcy Act*;
2. The bankrupt and the respondents were related persons within the meaning of the Act and s. 74 applied;
3. The respondents received a preference over other creditors as a result of the assignment;
4. The bankrupt intended to give the respondents a preference over its other creditors.

Cullen J. held against the need for concurrent intent and declared the assignment to be void as against the trustee in bankruptcy. The Appellate Division of the Supreme Court of Alberta reversed. Mr. Justice McDermid, with whom Mr. Justice Prowse concurred, considered the Supreme Court of Canada decision in *Benallack v. The Bank of British North America*² to be binding, although Mr. Justice McDermid was of the opinion that if he had been originally considering the proper interpretation of s. 73, he would not have read into the section the secondary meaning that the creditor as well as the debtor must have the view of giving the creditor a preference over other creditors. Mr. Justice Clement concurred in judgment of McDermid J.A., but he did not share the opinion of Mr. Justice McDermid as to the proper construction of s. 73.

III

On the question whether proof of concurrent intent on the part of the debtor and creditor must be shown before the transaction can be set aside, there is, as I have indicated, a wide divergence of opinion. There are many decisions in which it has been held that concurrent intent must be proved; others in which it has been held that the Court is concerned only with the intent of the debtor; and still others in which the point has been left unresolved.

In the jurisprudence of British Columbia one finds such cases as *Re Blenkarn Planer Ltd.*³, in which Mr. Justice Ruttan held, *obiter*, that the view of the debtor alone is to be considered. In *Re*

- 1° Le premier mars 1972, jour de la cession, la compagnie faillie était une personne insolvable au sens de la *Loi sur la faillite*;
- 2° La faillie et les intimés étaient des personnes liées au sens de la *Loi*, ce qui emporte application de l'art. 74;
- 3° Par suite de la cession, les intimés ont obtenu une préférence sur les autres créanciers;
- 4° La faillie avait en vue de procurer une préférence aux intimés sur ses autres créanciers.

Le juge Cullen a décidé que l'intention commune n'était pas nécessaire et a déclaré la cession inopposable au syndic dans la faillite. La Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta a infirmé ce jugement. Le juge McDermid, à l'avis duquel a souscrit le juge Prowse, s'est dit lié par la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Benallack v. The Bank of British North America*², tout en indiquant que s'il avait été le premier à étudier l'interprétation de l'art. 73, il n'aurait pas introduit une autre notion selon laquelle il faut que le débiteur et le créancier aient formé le dessein d'avantager ce dernier par rapport aux autres. M. le juge Clement a souscrit au jugement du juge McDermid, tout en ne partageant pas son avis sur l'interprétation à donner à l'art. 73.

III

Comme je l'ai signalé, les opinions divergent beaucoup sur la nécessité de prouver l'intention commune du débiteur et du créancier pour faire annuler une transaction. Bien des décisions ont conclu à la nécessité de prouver l'intention commune; d'autres ont établi que le tribunal ne devait considérer que l'intention du débiteur; et enfin, d'autres ont laissé la question sans réponse.

On trouve dans la jurisprudence de la Colombie-Britannique des arrêts comme *Re Blenkarn Planer Ltd.*³, dans lequel le juge Ruttan a déclaré, en *obiter dictum*, que l'on ne doit considérer que

² (1905), 36 S.C.R. 120.

³ (1958), 37 C.B.R. 147 (B.C. S.C.).

² (1905), 36 R.C.S. 120.

³ (1958), 37 C.B.R. 147 (B.C.S.C.).

*Totem Painting Co. Ltd.*⁴, Mr. Justice Wilson apparently was of the opinion that the intention of the creditor was of importance. In *Re B.C. Boat Sales Ltd.*⁵, two of the judges held the evidence established a double intent and it was therefore unnecessary to decide whether s. 64 (now s. 73) of the Act called for consideration of the creditor's intent. Norris J.A. strongly supported the position that the intent of the person receiving the benefit is irrelevant. Wilson C.J.S.C. reached the same conclusion in *Re Pacific Belting Co. Ltd.*⁶, followed in *Re Lock Enterprises Ltd.*⁷ The British Columbia Court of Appeal in the recent case of *Flor-Lay Services Ltd. v. Stewart*⁸, reviewed many of the authorities and concluded that the principle enunciated in *Benallack v. Bank of British North America* was not applicable to s. 73 of the *Bankruptcy Act* and that the Court need have regard only to the intent or view of the debtor. McIntyre J.A. (Robertson and Taggart J.J.A. concurring) made this observation in the course of his reasons for judgment (at p. 465):

It would then seem that the law on this subject is well settled. However, one cannot review the many cases decided on this point without sensing that the judges in Canada, including appellate judges, have grown restive under the need to apply the concurrence of intent principle from the *Benallack* case to the construction of s. 73 of the *Bankruptcy Act*.

When one examines the decisions in the Province of Alberta one also finds diversity of opinion: compare Beck J.A., in *In re Cohen and Mahlin*⁹, and Riley J. in *Re McIntosh-Marshall Equipment*

l'intention du débiteur. Dans l'arrêt *Re Totem Painting Co. Ltd.*⁴, le juge Wilson semblait d'avis qu'il fallait tenir compte de l'intention du créancier. Dans l'arrêt *Re B.C. Boat Sales Ltd.*⁵, deux des juges ont déclaré que la preuve démontrait une intention commune et qu'il n'était donc pas nécessaire de décider si l'art. 64 (art. 73 actuel) de la Loi, il fallait tenir compte de l'intention du créancier. Le juge d'appel Norris a soutenu avec vigueur que l'intention de la personne avantagée n'était pas pertinente. Le juge en chef Wilson de la Cour suprême en est arrivé à la même conclusion dans l'arrêt *Re Pacific Belting Co. Ltd.*⁶, suivi dans l'arrêt *Re Lock Enterprises Ltd.*⁷ Dans l'arrêt récent de *Flor-Lay Services Ltd. v. Stewart*⁸, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a examiné une grande partie de la jurisprudence et conclu que le principe énoncé dans l'arrêt *Benallack v. Bank of British North America* n'est pas applicable à l'art. 73 de la *Loi sur la faillite* et que le tribunal ne doit examiner que l'intention du débiteur. Le juge d'appel McIntyre (à l'avis duquel ont souscrit les juges d'appel Robertson et Taggart) a fait la remarque suivante dans les motifs de son jugement (à la p. 465):

[TRADUCTION] Il semble alors que le droit est bien fixé sur cette question. Toutefois, on ne peut examiner le grand nombre de décisions sur cette question sans se rendre compte que les juges canadiens, y compris les juges d'appel, sont de plus en plus réticents devant l'obligation d'appliquer le principe de l'intention commune de l'arrêt *Benallack* en interprétant l'art. 73 de la *Loi sur la faillite*.

Quant on étudie les décisions rendues en Alberta, on trouve aussi des opinions diverses: comparez les motifs du juge d'appel Beck dans l'arrêt *In re Cohen and Mahlin*⁹, (Cour d'appel de

⁴ (1960), 1 C.B.R. (N.S.) 38 (B.C. S.C.).

⁵ (1962), 4 C.B.R. (N.S.) 168 (B.C. C.A.).

⁶ (1971), 14 C.B.R. (N.S.) 233 (B.C. S.C.).

⁷ (1971), 16 C.B.R. (N.S.) 83 (B.C. S.C.).

⁸ [1975] 2 W.W.R. 459.

⁹ [1927] 1 W.W.R. 162 (Alta. C.A.).

⁴ (1960), 1 C.B.R. (N.S.) 38 (B.C.S.C.).

⁵ (1962), 4 C.B.R. (N.S.) 168 (B.C.C.A.).

⁶ (1971), 14 C.B.R. (N.S.) 233 (B.C.S.C.).

⁷ (1971) 16 C.B.R. (N.S.) 83 (B.C.S.C.).

⁸ [1975] 2 W.W.R. 459.

⁹ [1927] 1 W.W.R. 162 (Alta. C.A.).

*Ltd.*¹⁰

In an early Manitoba Court of Appeal decision, *In re Bell*¹¹, frequently referred to, two members of the Court, Perdue C.J.M. and Dennistoun J.A., held that the 1905 *Benallack* case should be followed and, therefore, a common or concurrent intent must be found in order to constitute a preference under s. 31 (now s. 73) of the *Bankruptcy Act*. Cameron J.A. dissented in a carefully researched and persuasive judgment.

In Ontario one finds frequent reference to the case of *In re Webb*¹², in which Orde J. held that there must be a concurrence of intent on the one side to give and on the other side to accept a preference over other creditors. The year after the decision in *In re Webb* Sir William Mulock C.J. Ex., in *Burns v. Royal Bank of Canada*¹³, reached the opposite conclusion, holding that to constitute a fraudulent preference there must be present two circumstances: a preference in fact and an intention on the part of the debtor to prefer. An appeal from the judgment of Mulock C.J. Ex. was dismissed without written reasons by the Appellate Division¹⁴. Oddly, the very next year the Appellate Division, differently constituted, relying on *In re Bell*, *supra*, and on the judgment of Orde J. in *In re Webb*, *supra*, made a finding of common intention in *Briscoe v. Standard Bank of Canada*¹⁵. Then in 1928 Orde J.A., delivering the judgment of the Appellate Division of the Supreme Court of Ontario in *Canadian Credit Men's Association v. Jenkins*¹⁶, appears to have adopted the judgment of Mulock C.J. Ex. in the *Burns* case. After quoting the following words of Duff J., as he then was, in *Salter & Arnold, Ltd. v. Dominion Bank*¹⁷, at p. 625:

l'Alberta) et ceux du juge Riley dans l'arrêt *Re McIntosh-Marshall Equipment Ltd.*¹⁰ (Cour suprême de l'Alberta).

Deux juges de la Cour d'appel du Manitoba, le juge en chef Perdue et le juge Dennistoun, dans un vieil arrêt souvent cité, *In re Bell*¹¹, ont décidé qu'il fallait suivre l'arrêt *Benallack* de 1905 et que, par conséquent, il fallait une intention commune pour qu'il y ait préférence au sens de l'art. 31 (aujourd'hui l'art. 73) de la *Loi sur la faillite*. Le juge d'appel Cameron a exprimé une opinion dissidente dans un jugement convaincant et solidement documenté.

En Ontario, on renvoie souvent à l'affaire *In re Webb*¹² (Cour suprême de l'Ontario), où le juge Orde a décidé qu'il devait y avoir simultanément l'intention d'une part de procurer une préférence sur les autres créanciers et de l'autre de l'accepter. Un an après *In re Webb*, le juge en chef de la division de l'Échiquier Sir William Mulock est arrivé à une conclusion contraire dans *Burns v. Royal Bank of Canada*¹³, (Cour suprême de l'Ontario). Il a statué que la préférence est établie lorsque deux conditions sont réunies: une préférence de fait et l'intention du débiteur de la procurer. La Division d'appel a rejeté, sans motifs écrits, l'appel de la décision du juge en chef Mulock de la division de l'Échiquier¹⁴. Dès l'année suivante, chose un peu surprenante, la Division d'appel, composée différemment, se fondant sur l'arrêt *In re Bell*, précité, et sur la décision du juge Orde dans *In re Webb*, précité, a conclu à l'intention commune dans l'arrêt *Briscoe v. Standard Bank of Canada*¹⁵. En 1928, le juge d'appel Orde, rendant le jugement de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Ontario dans *Canadian Credit Men's Association v. Jenkins*¹⁶, semble avoir suivi la décision du juge en chef Mulock de la division de l'Échiquier dans l'affaire *Burns*. Après avoir cité l'extrait suivant des motifs du juge Duff, alors juge puîné, dans l'arrêt *Salter & Arnold, Ltd. v. Dominion Bank*¹⁷, à la p. 625:

¹⁰ (1967), 11 C.B.R. (N.S.) 33 (Alta. S.C.).

¹¹ [1922] 1 W.W.R. 1015.

¹² (1921), 2 C.B.R. 16 (Ont. S.C.).

¹³ (1922), 2 C.B.R. 241 (Ont. S.C.).

¹⁴ 4 C.B.R. 190.

¹⁵ (1923), 53 O.L.R. 623.

¹⁶ 10 C.B.R. 77.

¹⁷ [1926] S.C.R. 621.

¹⁰ (1967), 11 C.B.R. (N.S.) 33.

¹¹ [1922] 1 W.W.R. 1015.

¹² (1921), 2 C.B.R. 16 (Ont. S.C.).

¹³ (1922), 2 C.B.R. 241 (Ont. S.C.).

¹⁴ 4 C.B.R. 190.

¹⁵ (1923), 53 O.L.R. 623.

¹⁶ 10 C.B.R. 77.

¹⁷ [1926] R.C.S. 621.

"It is settled law that the intention to give a preference envisaged by sec. 31 is an intention in fact, and whatever else may be said about it, it must be an intention entertained by the debtor:"

Orde J.A. added (at p. 80):

See also to the same effect, Mulock C.J. in *Burns v. Royal Bank of Canada* (1922) 2 C.B.R. 241, at p. 253, 51 O.L.R. 564, at p. 572; *Ex parte Taylor*; *In re Goldsmid* (1886), 18 Q.B.D. 295, 56 L.J.Q.B. 195.

Two more recent Ontario cases might be mentioned in which it was held that the concurrent intent of both debtor and creditor are not necessary to show a fraudulent intent: *Re Echlin Press Ltd.*¹⁸, and *Re Suta*¹⁹.

Cases from the Province of Quebec reflect the different points of view: *In re La Corporation des Obligations Municipales Ltée*²⁰ (appeal dismissed²¹) and *Gavsie v. Goldberg*²². See also *In re Piette et Frère*²³.

The cases from the Province of Nova Scotia of *In re Star Grocery Co.*²⁴, and *In re George E. Boak & Son Ltd.*²⁵, apply a concurrent intent test. The only other judgment which I would add to those of this illustrative, but by no means exhaustive, list is *In re Mills and Mills*²⁶ in which Winter J. came to the conclusion that the doctrine of concurrent intent appeared "wrongly conceived and bad in law."

IV

Although the Courts of the country appear divided, more or less evenly, on the need for a concurrent intent before invalidating a transaction, the textbook writers and commentators do not evidence such divergence of opinion. The editors of Duncan & Honsberger, *Bankruptcy in Canada*,

[TRANSCRIPTION] «Il est bien établi que l'intention de procurer une préférence dont parle l'art. 31 est une intention de fait et, quoi que l'on puisse en dire, il doit s'agir de l'intention du débiteur:»

Le juge d'appel Orde a ajouté (à la p. 80):

[TRANSCRIPTION] Voir également dans le même sens: le juge en chef Mulock dans *Burns v. Royal Bank of Canada* (1922) 2 C.B.R. 241, à la p. 253, 51 O.L.R. 564, à la p. 572; *Ex parte Taylor*; *In re Goldsmid* (1886), 18 Q.B.D. 295, 56 L.J.Q.B. 195.

Je peux mentionner deux affaires ontariennes plus récentes où il a été jugé que l'intention commune du débiteur et du créancier n'était pas nécessaire pour établir l'intention frauduleuse: *Re Echlin Press Ltd.*¹⁸ (Cour suprême de l'Ontario) et *Re Suta*¹⁹, (Cour suprême de l'Ontario).

Les décisions de la province de Québec reprennent les divers points de vue: *In re La Corporation des Obligations Municipales Ltée*²⁰, (appel rejeté²¹), et *Gavsie v. Goldberg*²². Voir également *In re Piette et Frère*²³.

Les arrêts suivants de la province de la Nouvelle-Écosse: *In re Star Grocery Co.*²⁴, et *In re George E. Boak & Son*²⁵ utilisent le critère de l'intention commune. Je n'ajouterai qu'un seul jugement à cette liste qui sans être exhaustive, illustre bien la question. Il s'agit de *In re Mills and Mills*²⁶ (Cour suprême de Terre-Neuve), où le juge Winter a conclu que la doctrine de l'intention commune semblait (traduction) «procéder d'un faux principe et être mal fondée en droit».

IV

Bien que les tribunaux du pays semblent exprimer des avis assez également partagés quant à la nécessité d'une intention commune pour annuler une transaction, ce n'est pas le cas des auteurs et des commentateurs. Les rédacteurs de Duncan & Honsberger, *Bankruptcy in Canada*, 3^{ème} éd., à la

¹⁸ (1968), 11 C.B.R. (N.S.) 258 (Ont. S.C.).

¹⁹ [1968] 2 O.R. 485 (Ont. S.C.).

²⁰ (1931), 12 C.B.R. 398 (C.S.).

²¹ 13 C.B.R. 475.

²² (1938), 20 C.B.R. 253.

²³ (1959), 1 C.B.R. (N.S.) 1 (C.S.).

²⁴ (1925), 5 C.B.R. 554 (N.S. C.A.).

²⁵ (1926), 7 C.B.R. 477 (N.S. S.C.).

²⁶ (1959), 38 C.B.R. 115 (Nfld. S.C.).

¹⁸ (1968), 11 C.B.R. (N.S.) 258 (Ont. S.C.).

¹⁹ [1968] 2 O.R. 485 (Ont. S.C.).

²⁰ (1931), 12 C.B.R. 398 (C.S.).

²¹ 13 C.B.R. 475.

²² (1938), 20 C.B.R. 253.

²³ (1959), 1 C.B.R. (N.S.) 1 (C.S.).

²⁴ (1925), 5 C.B.R. 554 (N.S.C.A.).

²⁵ (1926), 7 C.B.R. 477 (N.S.S.C.).

²⁶ (1959), 38 C.B.R. 115 (Nfld. S.C.).

3rd ed., p. 485, point out that s. 64 (now s. 73) makes no reference to the view of the creditor and that the cases in England and in the other Dominions on corresponding sections in Bankruptcy Acts contain no references to the view of the creditor, the view of the debtor alone being considered. The editors of Houlden & Morawetz, *Bankruptcy Law of Canada*, Cumulative Supplement, 1974, p. 83, say:

In view of the plain meaning of Sec. 73, the concurrent intent of both debtor and creditor is not necessary to show a fraudulent preference. The intention of the debtor alone is to be considered.

and in Bradford & Greenberg's *Canadian Bankruptcy Act*, 3rd ed., p. 163, the authors cite "an intention on the part of the debtor to prefer" as one of the two circumstances constituting a fraudulent preference. See also 2 C.E.D. (Ont. 3d) 15-334: "The intention of the debtor alone is to be considered" and *Comment* in (1958-59), 37 C.B.R. 153, and *Notes on Section 64 of the Bankruptcy Act* by Professor Réginald Savoie in (1967), 9 C.B.R. (N.S.) 1.

V

If this Court is free to decide the issue of concurrent intent untrammelled by earlier decisions, there would seem to be at least three reasons why we should not engraft upon s. 73 of the *Bankruptcy Act* an additional concept, that of concurrent intent: first, the policy of the *Bankruptcy Act*; second, the history of the Act; third, the language of s. 73.

The object of the bankruptcy law is to ensure the division of the property of the debtor rateably among all his creditors in the event of his bankruptcy. Section 112 of the Act provides that, subject to the Act, all claims proved in the bankruptcy shall be paid *pari passu*. The Act is intended to put all creditors upon an equal footing. Generally, until a debtor is insolvent or has an act of bankruptcy in contemplation, he is quite free to deal with his property as he wills and he may prefer one creditor over another but, upon becoming insolvent, he can no longer do any act out of the

p. 485, soulignent que l'art. 64 (l'art. 73 actuel) ne parle pas de l'intention du créancier et que les décisions rendues en Angleterre et dans les autres Dominions sur des articles équivalents des lois sur la faillite ne font pas mention de l'intention du créancier, la seule qui compte étant celle du débiteur. Les rédacteurs de Houlden & Morawetz, *Bankruptcy Law of Canada*, Cumulative Supplement, 1974, disent, à la p. 83:

[TRADUCTION] Vu le sens clair de l'art. 73, il n'est pas nécessaire qu'il y ait une intention commune du débiteur et du créancier pour établir une préférence frauduleuse. On ne doit tenir compte que de l'intention du débiteur.

En outre, dans Bradford & Greenberg's de *Canadian Bankruptcy Act*, 3^{ème} éd., à la p. 163, les auteurs mentionnent «l'intention du débiteur de procurer une préférence» comme l'une des deux conditions entraînant une préférence frauduleuse. Voir également 2 C.E.D. (Ont. 3^{ème}) 15-334; [TRADUCTION] «Seule l'intention du débiteur importe»; *Comment* dans (1958-59), 37 C.B.R. 153, et *Notes on Section 64 of The Bankruptcy Act* du professeur Réginald Savoie dans (1967), 9 C.B.R. (N.S.) 1.

V

Si cette Cour est libre de trancher la question de l'intention commune sans égard aux décisions antérieures, il semble que trois raisons au moins la justifient de ne pas greffer une autre notion sur l'art. 73 de la *Loi sur la faillite*, celle de l'intention commune: d'abord, l'esprit de la *Loi sur la faillite*; ensuite, l'historique de la Loi; enfin, la rédaction de l'art. 73.

La législation sur la faillite a pour objet de garantir le partage des biens du débiteur failli proportionnellement entre tous ses créanciers. L'article 112 de la Loi prévoit que, sous réserve des dispositions de la Loi, toutes les réclamations établies dans la faillite doivent être acquittées *pari passu*. La Loi vise à mettre tous les créanciers sur un pied d'égalité. En général, jusqu'à ce qu'il soit insolvable ou projette de faire un acte de faillite, le débiteur est tout à fait libre d'administrer ses biens à sa guise et il peut préférer l'un ou l'autre de ses créanciers. Toutefois, dès qu'il devient insolvable,

ordinary course of business which has the effect of preferring a particular creditor over other creditors. If one creditor receives a preference over other creditors as a result of the debtor acting intentionally and in fraud of the law, this defeats the equality of the bankruptcy laws.

The cognizance of the creditor or its absence should be irrelevant. One can sympathize with the rationale of concurrent intent, which is the desire to protect an innocent creditor who accepts payment of a debt in good faith, but it is hard to reconcile this point of view with the language of the statute, with the history of bankruptcy legislation, and with the right of other innocent creditors to equal protection.

VI

Section 73(1) of the present *Bankruptcy Act* had its counterpart in s. 31 of the *Bankruptcy Act*, 1919 (Can.), c. 36, as amended by 1920 (Can.), c. 34, which was the first Canadian bankruptcy Act (although not the first Canadian Act related to insolvency). The section is derived from s. 44 of the English *Bankruptcy Act*, 1914 (U.K.), c. 59, which in turn derived from the earlier Acts of 1869 and 1883. Therefore the English jurisprudence arising from the interpretation of those statutes may help in understanding our own Act.

It is interesting to note that even before those enactments and as early as 1777 Lord Mansfield in *Rust v. Cooper*²⁷ held that where a transaction is carried out to defeat the equality of the bankruptcy laws, the fact the defendant was a meritorious creditor would not warrant the transaction. In *Bills v. Smith*²⁸, Cockburn C.J. referred to the intention of the party making the payment, to defeat the law, as the "cardinal point on which the whole question turned". The Act of 1869 was under consideration in *Ex parte Blackburn; In re Cheesebrough*²⁹. There Sir James Bacon C.J., referring to the phrase "in favour of any creditor with a view of giving such creditor a preference

il ne peut plus rien faire qui sorte du cours ordinaire des affaires et ait pour effet de procurer une préférence à un créancier sur les autres. Si un créancier reçoit une préférence sur les autres par suite d'un acte délibéré et frauduleux du débiteur, le principe de l'égalité à la base de la législation sur la faillite est mis en échec.

Peu importe donc que le créancier en ait connaissance ou non. On comprend facilement ce qui sous-tend la notion d'intention commune, à savoir le désir de protéger le créancier qui accepte de bonne foi le paiement d'une dette, mais il est difficile de concilier cette idée avec la rédaction de la loi, avec l'historique de la législation sur la faillite et avec le droit des autres créanciers de bonne foi à une protection égale.

VI

Le paragraphe (1) de l'art. 73 de la Loi actuelle sur la faillite a son pendant dans l'art. 31 de la *Loi de faillite*, 1919 (Can.), c. 36, modifié par 1920 (Can.), c. 34, la première des lois canadiennes sur la faillite (ce n'était toutefois pas la première sur l'insolvabilité). Cet article tire son origine de l'art. 44 de la loi anglaise intitulée *Bankruptcy Act*, 1914 (R.-U.), c. 59, laquelle refondait des Lois antérieures de 1869 et de 1883. La jurisprudence anglaise sur l'interprétation de ces lois peut donc nous aider à comprendre notre propre Loi.

Il est intéressant de souligner que, avant même la promulgation de ces lois et dès 1777, lord Mansfield, dans l'arrêt *Rust v. Cooper*²⁷, a statué que lorsqu'une transaction est conclue afin de contourner le principe de l'égalité établi par les lois sur la faillite, le fait que le défendeur soit un créancier de bonne foi ne peut valider la transaction. Dans *Bills v. Smith*²⁸, le juge en chef Cockburn a parlé de l'intention de la partie effectuant le paiement dans le but de contourner la loi, comme du [TRADUCTION] «point essentiel autour duquel tournait toute la question». La décision dans *Ex parte Blackburn; In re Cheesebrough*²⁹, portait sur la Loi de 1869. Le juge en chef Sir

²⁷ 2 Cowp. 629, 98 E.R. 1277 (K.B.).

²⁸ (1865), 34 L.J.Q.B. (N.S.) 68.

²⁹ (1871), 12 L.R. Eq. 358.

²⁷ 2 Cowp. 629, 98 E.R. 1277 (K.B.).

²⁸ (1865), 34 L.J.Q.B. (N.S.) 68.

²⁹ (1871), 12 L.R. Eq. 358.

over other creditors" said, p. 364: "The act of the debtor is alone to be considered—the object and purpose for which the payment is made can alone be enquired into...". This statement of the law was approved in *Ex parte Topham; In re Walker*³⁰. Another case to which one might refer is *Butcher v. Stead*³¹. Section 92 of the 1869 Act, 32 & 33 Vict., c. 71, which governed that case, was in terms almost identical to s. 73(1) of our present Act but the English Act of that time contained a provision reading:

... but this section shall not affect the rights of a purchaser, payee, or incumbrancer in good faith and for valuable consideration.

Such a proviso introduced the question of the good faith of the payee or creditor and in *Butcher v. Stead* it saved the transaction. But a proviso in these words was not carried forward into the later English *Bankruptcy Act* of 1883 and such a proviso has never formed part of the Canadian *Bankruptcy Act*. According to *Williams on Bankruptcy*, 18th ed., p. 382: "... the introduction of the concluding words in the 1883 Act restored the common law rule, with the result that the bona fides of the preferred creditor is today immaterial."

The English attitude is reflected in the following words of Lord Esher, quoted with approval by the Earl of Halsbury L.C. in *Sharp v. Jackson*³², p. 421:

"The question whether there has been a fraudulent preference depends, not upon the mere fact that there had been a preference, but also on the state of mind of the person who made it. It must be shewn not only that he has preferred a creditor, but that he has fraudulently done so. It depends upon what was in his mind. Whether it is called "intention" or "view" or "object" does not appear to me to matter much. The question is whether in fact he had the intention to prefer certain creditors."

³⁰ (1873), 8 L.R. Ch. App. 614.

³¹ (1875), 7 E. & I. App. 839 (H.L.).

³² [1899] A.C. 419.

James Bacon renvoie à l'expression [TRADUCTION] «en faveur d'un créancier en vue de procurer à ce créancier une préférence sur d'autres créanciers» et dit, à la p. 364: [TRADUCTION] «Il ne faut tenir compte que de l'acte du débiteur; on ne peut examiner que les fins pour lesquelles le paiement est fait...» Cet exposé du droit fut sanctionné dans l'arrêt *Ex parte Topham; In re Walker*³⁰. On peut également faire référence à l'arrêt *Butcher v. Stead*³¹. L'article 92 de la Loi de 1869, 32 & 33 Vict., c. 71, qui régissait l'affaire, utilisait une terminologie presque identique à celle du par. (1) de l'art. 73 de notre Loi actuelle. Mais la Loi anglaise de cette époque contenait la disposition suivante:

[TRADUCTION] ... mais cet article ne touchera pas les droits de tout acheteur, preneur ou créancier hypothécaire de bonne foi et à titre onéreux.

Cette réserve a introduit la notion de bonne foi du preneur ou créancier et elle a protégé la transaction dans l'affaire *Butcher v. Stead*. Cependant, elle n'a pas été intégrée dans la loi anglaise subséquente, la *Bankruptcy Act* de 1883, et une disposition semblable n'a jamais fait partie de la loi canadienne sur la faillite. D'après *Williams On Bankruptcy*, 18ème éd., à la p. 382: [TRADUCTION] «l'insertion de la conclusion dans la Loi de 1883 a rétabli la règle de *common law*, de sorte que la bonne foi du créancier avantagé n'a aujourd'hui plus d'importance.»

On retrouve l'attitude anglaise dans l'exposé suivant de lord Esher, cité avec approbation par le comte de Halsbury, lord chancelier, dans l'arrêt *Sharp v. Jackson*³², à la p. 421:

[TRADUCTION] «Lorsqu'il faut décider s'il y a eu une préférence frauduleuse, on ne doit pas seulement considérer le fait qu'il y a eu une préférence, mais également l'état d'esprit de son auteur. Il faut démontrer non seulement qu'il a avantagé un créancier, mais aussi qu'il l'a fait en vue de frauder. Cela dépend de son état d'esprit. Qu'on appelle cela «intention» ou «dessein» ou «but» me semble de peu d'importance. Il s'agit de décider s'il avait en fait l'intention d'avantager certains créanciers.»

³⁰ (1873), 8 L.R. Ch. App. 614.

³¹ (1875), 7 E. & I. App. 839 (H.L.).

³² [1899] A.C. 419.

VII

I come now to consider the decision of this Court in *Benallack v. Bank of British North America*. The case has stood on the books for seventy years. Many judges have considered it controlling on the question of concurrent purpose as applied to s. 73(1) of the *Bankruptcy Act*. I approach the case, therefore, with the respect to which those considerations entitle it, but I must at once observe that the case was decided in 1905, some fourteen years before the enactment of the *Canadian Bankruptcy Act* in 1919. It concerned a Yukon Ordinance having to do with preferential assignments, c. 38 of the Consolidated Ordinances of the Yukon Territory 1902. To permit comparison with s. 73(1) of the *Bankruptcy Act*, I will give the Ordinance in its entirety:

An Ordinance respecting Preferential Assignments.

1. Every gift, conveyance, assignment or transfer, delivery over or payment of goods, chattels or effects or of bonds, bills, notes, securities or of shares, dividends, premiums or bonus in any bank, company or corporation made by any person at any time when he is in insolvent circumstances or is unable to pay his debts in full or knows that he is on the eve of insolvency with intent to defeat or delay or prejudice his creditors or to give to any one or more of them a preference over his other creditors or over any one or more of them or which has such effect shall as against them be utterly void.

2. Every such gift, conveyance, assignment, transfer, delivery over or payment whether made owing to pressure or partly owing to pressure or not, which has the effect of defeating, delaying or prejudicing creditors or giving one or more of them a preference shall as against the other creditors of such debtor be utterly void.

3. Nothing in this Ordinance shall apply to any deed of assignment made and executed by a debtor for the purpose of paying and satisfying rateably and proportionately and without preference or priority all the creditors of such debtor their just debts or any *bona fide* sale of goods or payment made in the ordinary course of trade or calling, to innocent purchasers or parties.

The wording of the Ordinance differs from that of s. 73(1) of the *Bankruptcy Act*; in particular s. 3

VII

Je vais maintenant étudier la décision de cette Cour dans *Benallack v. Bank of British North America*, qui remonte à soixante-dix ans. Beaucoup de juges ont considéré que cet arrêt les obligeait à appliquer la notion d'intention commune au par. (1) de l'art. 73 de la *Loi sur la faillite*; je l'aborde donc avec le respect que lui méritent ces avis. Mais je dois immédiatement souligner qu'il a été rendu en 1905, quelque quatorze ans avant la promulgation de la *Loi de faillite* de 1919. Il portait sur une ordonnance du Yukon relative aux cessions préférentielles, c. 38 des *Consolidated Ordinances of the Yukon Territory 1902*. Je vais reproduire intégralement cette ordonnance, afin de pouvoir la comparer avec le par. (1) de l'art. 73 de la *Loi sur la faillite*:

[TRADUCTION] *Ordonnance relative aux cessions préférentielles.*

1. Toute disposition à titre gratuit, transmission, cession ou transport, remise ou paiement de biens ou effets ou d'obligations, de traites, de billets, de titres ou d'actions, de dividendes, de primes ou de bonis, à toute banque, compagnie ou corporation faite par toute personne à un moment quelconque alors qu'elle est en état d'insolvabilité, qu'elle est incapable de payer toutes ses dettes ou qu'elle se sait sur le bord de la faillite, dans l'intention de frustrer ses créanciers, d'obtenir un délai ou de leur porter préjudice, ou d'accorder une préférence à l'un ou à plusieurs d'entre eux sur ses autres créanciers ou sur l'un ou sur plusieurs d'entre eux ou qui à cet effet, leur est absolument inopposable.

2. Toute disposition à titre gratuit, transmission, cession transport, remise ou paiement de cette nature, qu'elle soit faite ou non sous la contrainte ou en partie sous la contrainte, qui a pour effet de frustrer des créanciers, d'obtenir un délai ou de leur porter préjudice ou d'accorder une préférence à l'un ou à plusieurs d'entre eux est absolument inopposable aux autres créanciers de ce débiteur.

3. Rien dans cette ordonnance ne vise un acte de cession fait et conclu par un débiteur en vue de payer et de rembourser équitablement, proportionnellement et sans préférence ou priorité à tous ses créanciers leurs justes dettes ou toute vente de biens ou paiement faits de bonne foi dans le cours normal des affaires ou sur demande de paiement à des acheteurs ou à des parties de bonne foi.

Les termes de cette ordonnance diffèrent de ceux du par. (1) de l'art. 73 de la *Loi sur la faillite*;

introduces concepts of *bona fides* and "innocent purchasers or parties" not found in s. 73(1).

The action in the 1905 *Benallack* case was brought to set aside several instruments, consisting of a chattel mortgage, land transfer and book debt assignments, in favour of a bank, as being void against creditors under the Ordinance. The bank was ignorant of the true financial condition of the debtor. Idington J., who delivered the unanimous judgment of a five-man Court, after referring to the cases of *Stephens v. McArthur*³³, and *Gibbons v. McDonald*³⁴, said:

And if a fraudulent preference to whom is the having such a purpose to be attributed?

Is it enough to shew that the assignor may have had such an intent?

Must not the assignee as well as the assignor be a party to the fraudulent intent?

Such would seem to be the result of a long line of decisions upon which the commercial world as had a right to act for a long time past. And though there may not have been any express decision on the point upon this legislation in this Court the late Chief Justice, Sir William Ritchie, in *Gibbons v. McDonald*, at page 589 indicates that in his view there must be

"a concurrence of intent on the one side to give and on the other to accept a preference over other creditors."

Counsel for the appellants properly conceded that the evidence here did not show knowledge on the part of the bank such as would enable us to find this concurrence of purpose.

Until the legislature obliterates the element of intent in such legislation and clearly declares that, quite independently of intent, the preferential result or effect of the transaction impeached is to govern, it will be exceedingly difficult to arrive at any other conclusion in cases of this kind. The results that might flow from such legislation ought not to be brought about without such purpose being most clearly expressed by the legislature.

l'art. 3 introduit notamment les notions de *bonne foi* et [TRADUCTION] «d'acheteurs et de parties de bonne foi» que l'on ne trouve pas dans le par. (1) de l'art. 73.

Dans l'affaire *Benallack*, les poursuites avaient été intentées pour faire annuler plusieurs actes, soit une hypothèque mobilière, une cession de bien-fonds et des cessions de créances en faveur d'une banque, comme étant inopposables aux créanciers en vertu de l'ordonnance. La banque ignorait la situation financière véritable du débiteur. Le juge Idington, qui a rendu le jugement unanime des cinq juges, après avoir fait référence aux arrêts *Stephens v. McArthur*³³ et *Gibbons v. McDonald*³⁴, dit:

[TRADUCTION] Et au cas de préférence frauduleuse, à qui attribuer l'intention de l'accorder?

Suffit-il de prouver que le cédant a pu avoir cette intention?

Le cessionnaire ne doit-il pas avoir partagé cette intention frauduleuse avec le cédant?

C'est ce qui semble ressortir d'une longue série de décisions sur la foi desquelles le monde des affaires depuis longtemps se fonde. Et quoique cette Cour n'ait rendu aucune décision portant expressément sur ce point de la loi, feu le juge en chef Sir William Ritchie, dans l'arrêt *Gibbons v. McDonald*, à la page 589, souligne qu'à son point de vue doivent coexister

«d'une part l'intention de procurer une préférence sur les autres créanciers et d'autre part l'intention de l'accepter.»

L'avocat des appelants a admis avec raison que la preuve en l'espèce ne démontrait pas que la banque ait su quoi que ce soit, ce qui nous aurait permis de constater une intention commune.

Tant que le législateur n'aura pas fait disparaître la notion d'intention dans la loi et qu'il n'aura pas décrété clairement que, sans égard à l'intention, seuls comptent les résultats ou conséquences de la transaction attaquée, c'est-à-dire la préférence accordée, il sera extrêmement difficile d'en arriver à une autre conclusion dans les affaires de cette nature. Il ne convient pas d'anticiper les résultats d'une telle législation sans que le législateur ait très clairement exprimé que tel est le but visé.

³³ (1891), 19 S.C.R. 446.

³⁴ (1891), 20 S.C.R. 587.

³³ (1891), 19 R.C.S. 446.

³⁴ (1891), 20 R.C.S. 587.

The case is unsatisfactory, if I may, with respect, say so, in that none of the "long line of decisions" upon which Idington J. relies is identified and no reasons are given for concluding that the intent to which the Ordinance refers must be entertained by the creditor as well as the debtor. In the later case of *Salter & Arnold, Ltd. v. Dominion Bank, supra*, as I have already mentioned, Duff J. observed that whatever else may be said about the intention to give a preference envisaged by s. 31 (now s. 73) "it must be an intention entertained by the debtor". These words have been interpreted by some judges to mean that the intention with which one is concerned is only that of the debtor. I think, however, that we must give effect to the words of Duff J. "whatever else may be said about it". What Duff J. intended, in my opinion, was merely to leave the matter open, just as Cartwright J., as he then was, did in the penultimate paragraph of his judgment in *Velensky v. Canadian Credit Men's Trust Association Limited*³⁵, (reported in 38 C.B.R. 162 as *In re Bernard Motors Ltd.*). The paragraph in question, for some reason, was not printed in the report of the case in the Supreme Court Reports but is contained in the 38 Canadian Bankruptcy Reports, p. 167 and reads:

Before parting with the matter, I wish to observe that Bridges J. suggests a doubt as to whether if he were untrammelled by authority he would hold that, on the true construction of s. 64, to render void a preference in fact it is necessary that there be an intention on the part of the creditor to be preferred as well as an intention on the part of the debtor to prefer. In *In re Blenkarn Planer Ltd.* (1958), 37 C.B.R. 147, 26 W.W.R. 168, 14 D.L.R. (2d) 719, 1958 Can. Abr. 55, Ruttan J. examines a number of decisions and expresses the opinion that the view of the debtor alone has to be considered. I mention this for the purpose of making it clear that in the case before us this point does not require decision and I express no opinion upon it.

I have concluded that a finding of concurrent intent is not necessary in order to set aside a payment as a fraudulent preference under s. 73 of the *Bankruptcy Act*. I do not believe that the decision of this Court in *Benallack v. Bank of British North America* is authoritative in inter-

Cet arrêt n'est pas convaincant, si je peux, malgré tout le respect que je porte à son auteur, m'exprimer ainsi. De la «longue série de décisions» sur laquelle se fonde le juge Idington, aucune n'est citée et la conclusion que le créancier et le débiteur doivent partager l'intention que mentionne l'ordonnance n'est appuyée sur aucun fondement. Dans l'arrêt subséquent *Salter & Arnold, Ltd. v. Dominion Bank*, précité, le juge Duff, comme je l'ai déjà dit, a fait remarquer que quoi que l'on puisse dire de l'intention de procurer une préférence dont parle l'art. 31 (art. 73 actuel), «il doit s'agir de l'intention du débiteur». Certains juges ont déduit de ce passage que l'intention recherchée est seulement celle du débiteur. Toutefois, je crois que nous devons donner effet aux paroles du juge Duff «quoi que l'on puisse en dire.» A mon avis, son intention était de laisser la question en suspens, tout comme le juge Cartwright, alors juge puîné, dans l'avant-dernier paragraphe de son jugement dans *Velensky v. Canadian Credit Men's Trust Association Limited*³⁵, (publié dans 38 C.B.R. 162 sous l'intitulé *In re Bernard Motors Ltd.*). Pour une raison inconnue, cet alinéa n'a pas été reproduit dans le Recueil des arrêts de la Cour suprême, mais on le retrouve dans 38 *Canadian Bankruptcy Reports*, à la p. 167:

[TRADUCTION] Avant de laisser cette question, je ferai remarquer que le juge Bridges laisse planer un doute sur la position qu'il adopterait, s'il ne tenait pas compte des précédents, quant à la bonne interprétation à donner à l'art. 64, c'est-à-dire que pour annuler une préférence de fait, il faut d'une part l'intention du créancier d'être avantagé et d'autre part l'intention du débiteur de procurer une préférence. Dans *In re Blenkarn Planer Ltd.* ((1958), 37 C.B.R. 147, 26 W.W.R. 168, 14 D.L.R. (2d) 719, 1958 Can. Abr. 55), le juge Ruttan étudie plusieurs décisions et estime que seule compte l'intention du débiteur. Je mentionne ceci afin de préciser qu'en l'espèce, nous n'avons pas à trancher cette question et que je ne me prononce pas là-dessus.

J'arrive à la conclusion que l'existence d'une intention commune n'est pas nécessaire pour entraîner, en vertu de l'art. 73 de la *Loi sur la faillite*, l'annulation d'un paiement qui constitue une préférence frauduleuse. Je ne crois pas que l'arrêt de cette Cour dans *Benallack v. Bank of*

³⁵ [1960] S.C.R. 385.

³⁵ [1960] R.C.S. 385.

preting s. 73 of the *Bankruptcy Act*. However similar may be the wording, I do not think that a phrase in a provincial or territorial Ordinance of three paragraphs dealing with preferential assignments and having a particular legislative history and jurisprudence should govern the language of a federal Act of some 213 sections dealing with bankruptcy and having an entirely different legislative history and jurisprudence.

One must recall that fraudulent preference statutes and fraudulent conveyance statutes outside of the bankruptcy laws have generally contained a section exempting from the application of the statute any assignment or payment or *bona fide* sale of goods made in the ordinary course of trade to innocent purchasers. Such saving provisions are contained in our provincial fraudulent preference statutes and in each of the cases relied on in the 1905 *Benallack* judgment a similar statute was under consideration. These statutes required consideration of the knowledge or *bona fides* of the creditor. Under the law relating to bankruptcy the rule has been different, as the English authorities cited earlier in these reasons will confirm.

I am further of the view that s. 3 of the Yukon Ordinance plays the same role in the interpretation of the Ordinance as the proviso to s. 92 of the English Act of 1869 played in *Butcher v. Stead*, requiring consideration of the knowledge and intent and privity of the creditor; but there is no counterpart of s. 3 of the Ordinance to be found in s. 73(1) of the *Bankruptcy Act*. Section 75(1) of the Act, which protects certain transactions, is the only section in which the *bona fides* of the creditor emerges. Section 75(1) is very limited in scope. It is expressly made "Subject to the foregoing provisions of this Act . . . with respect to the avoidance of certain settlements and preferences . . ." and only comes into operation when s. 73(1) does not apply. Section 75(1) in express terms calls for double intent whereas s. 73(1) does not.

British North America fasse autorité pour interpréter l'art. 73 de la *Loi sur la faillite*. Quelle que soit la similitude des textes, je ne pense pas que le sens d'un membre de phrase dans une ordonnance provinciale ou territoriale de trois paragraphes relative aux cessions préférentielles qui a une histoire législative et une jurisprudence particulières doive régir le sens d'une Loi fédérale sur la faillite de 213 articles ayant une histoire législative et une jurisprudence complètement différentes.

Il faut se rappeler que les lois visant les préférences frauduleuses ou les transmissions frauduleuses, hormis les lois sur la faillite, contiennent en général un article excluant de leur application toute cession, paiement ou vente de biens faite de bonne foi à un acheteur de bonne foi dans le cours normal des affaires. Nos lois provinciales relatives aux préférences frauduleuses contiennent de telles dispositions d'exception. Il en allait de même pour les affaires étudiées dans chacune des décisions sur lesquelles est fondé l'arrêt *Benallack* de 1905. En vertu de ces lois-là, il fallait considérer la connaissance ou la bonne foi du créancier. Dans la législation sur la faillite, la règle n'est pas la même, comme le confirme la jurisprudence anglaise citée ci-dessus.

Je suis également d'avis que l'art. 3 de l'ordonnance du Yukon a joué le même rôle dans l'interprétation de celle-ci que la réserve de l'art. 92 de la Loi anglaise de 1869 dans l'affaire *Butcher v. Stead*, en exigeant que l'on tienne compte de la connaissance, de l'intention et du concours du créancier; mais l'art. 3 de l'ordonnance n'a pas d'équivalent dans le par. (1) de l'art. 73 de la *Loi sur la faillite*. Le paragraphe (1) de l'art. 75 de la Loi, qui protège certaines transactions, est le seul où la bonne foi du créancier est mentionnée. Le paragraphe (1) de l'art. 75 a une portée très limitée, puisqu'il ne s'applique que « Sous réserve des dispositions précédentes de la présente loi . . . quant à l'annulation de certaines dispositions de biens et préférences . . . » et n'a d'effet que lorsque le par. (1) de l'art. 73 ne joue pas. Le paragraphe (1) de l'art. 75 exige expressément l'intention commune, alors que le par. (1) de l'art. 73 ne le fait pas.

Our duty is to construe the language of s. 73 of the *Bankruptcy Act* within the ambit and policy of that Act; if we go to the words of the statute we find that what is to be considered as fraudulent and void is:

"Every conveyance . . . of property" (*i.e.*, the assignment in favour of respondents) "... made by any insolvent person" (*i.e.*, G. S. & D. Construction Ltd.) "in favour of any creditor" (*i.e.* the respondents) "... with a view to giving such creditor a preference . . ."

It seems to me plain from the quoted words that the view, the only view, with which s. 73(1) of the Act is concerned is that of the insolvent person making the conveyance and we should not be diverted to any other conclusion by reliance upon a case in which a different statute in different language was construed. Whether or not a conveyance or payment is a fraudulent preference depends entirely on the intention of the debtor. The trial judge has found against the respondents on this point.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Appeal Division and restore the judgment of Cullen J. with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: MacPherson, Kelly & O'Neil, Calgary.

Solicitors for the respondents: Nelson, Henders & Hawco, Calgary.

Notre devoir est d'interpréter l'art. 73 de la *Loi sur la faillite* dans le cadre de cette Loi et selon son esprit. Si nous en examinons les termes, nous voyons que ce qui est considéré comme frauduleux et nul, c'est:

«Toute transmission . . . de biens» (c.-à-d., la cession en faveur des intimés) «... faite par une personne insolvable» (c.-à-d., G. S. & D. Construction Ltd.) «en faveur de quelque créancier» (c.-à-d., les intimés) «... en vue de procurer à ce créancier une préférence . . .»

Il est indubitable, à mon sens, d'après les termes cités, que le par. (1) de l'art. 73 vise seulement l'intention de la personne insolvable effectuant la transmission. Nous ne devons pas en arriver à une autre conclusion en suivant un arrêt où l'on interprétait une loi différente rédigée en termes différents. Pour déterminer si une transmission ou un paiement constitue une préférence frauduleuse, seule l'intention du débiteur compte. Le juge de première instance a conclu sur ce point à l'encontre des intimés.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier le jugement de la Division d'appel et de rétablir le jugement du juge Cullen, avec dépens dans toutes les Cours.

Appel accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: MacPherson, Kelly & O'Neil, Calgary.

Procureurs des intimés: Nelson, Henders & Hawco, Calgary.