

The Employer's Liability Assurance Corporation Limited (Plaintiff) Appellant;

and

Ideal Petroleum (1959) Ltd. (Defendant) Respondent.

1976: March 2 and 3; 1976: December 7.

Present: Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUÉBEC

Bankruptcy — Preferential payments — Five-year prescription — Suspension of the prescription — Date of bankruptcy — Effect of the composition proposal — Bankruptcy Act, R.S.C. 1952, c. 14, ss. 16, 34(6), 38(1), 41(4), 64 — Bankruptcy Act, R.S.C. 1970, c. B-3, ss. 39(1), 41(10), 43(4), 44 — Civil Code, arts. 1040 and 2232.

In 1957-58, Lewis Brothers Asphalt Paving Ltd., a company which subsequently went bankrupt, had made some payments to respondent, which was one of its creditors at the time. Appellant, also claiming to be a creditor of Lewis Brothers, brought an action in 1965 to request the annulment of these payments, because in its opinion they were preferential payments. In September 1957, Lewis Brothers undertook to perform certain work for C.N. under contract; under a contract of guarantee, appellant became jointly responsible with Lewis Brothers for the performance of the contract. On February 6, 1958, a petition in bankruptcy, which is still pending, was brought against Lewis Brothers, and on February 20, 1958, Lewis Brothers submitted a composition proposal to its creditors that was accepted by them in March 1958. However, since Lewis Brothers was insolvent, C.N. would no longer deal with the company; as a result appellant had to pay a substantial sum to complete the contract. Finally, in October 1961, Lewis Brothers made an assignment of its property since it could no longer meet its obligations as stated in the composition proposal.

The Superior Court and the Court of Appeal allowed the plea of prescription submitted by respondent, and the action was dismissed in these two courts without further comment on the other aspects of the case.

Held: The appeal should be allowed in part.

The Employer's Liability Assurance Corporation Limited (Demanderesse) Appelante;

et

Ideal Petroleum (1959) Ltd. (Défenderesse) Intimée.

1976: 2 et 3 mars; 1976: 7 décembre.

Présents: Les juges Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite — Paiements préférentiels — Prescription quinquennale — Suspension de la prescription — Date de la faillite — Effet de la proposition concordataire — Loi sur la faillite, S.R.C. 1952, c. 14, art. 16, 34(6), 38(1), 41(4), 64 — Loi sur la faillite, S.R.C. 1970, c. B.-3, art. 39(1), 41(10), 43(4), 44 — Code civil, art. 1040 et 2232.

Lewis Brothers Asphalt Paving Ltd., une compagnie ayant par la suite fait faillite avait, en 1957-58, effectué certains versements d'argent en faveur de l'intimée qui était alors l'une de ses créancières. L'appelante, se prétendant elle aussi créancière de Lewis Brothers, demanda, par une action intentée en 1965, l'annulation de ces paiements, ceux-ci constituant, selon ses dires, des paiements préférentiels. Lewis Brothers s'était engagée par contrat, en septembre 1957, à exécuter certains travaux pour le compte du C.N.; l'appelante aux termes d'un contrat de cautionnement s'était alors rendue solidairement responsable avec Lewis Brothers de l'exécution de ce contrat. Le 6 février 1958, Lewis Brothers a fait l'objet d'une requête en faillite qui est toujours en suspens, et, le 20 février 1958, elle a soumis une proposition concordataire à ses créanciers, proposition que les créanciers acceptèrent en mars 1958. Le C.N. ne voulait cependant plus, à cause de l'insolvabilité de Lewis Brothers, faire affaires avec elle, ce qui obliga l'appelante à débourser d'importantes sommes d'argent afin que soit complété le contrat. Enfin, en octobre 1961, Lewis Brothers faisait cession de ses biens ne pouvant plus faire face à ses obligations telles que stipulées dans la proposition concordataire.

La Cour supérieure et la Cour d'appel ayant fait droit au plaidoyer de prescription présenté par l'intimée, l'action fut rejetée en ces deux cours sans plus de commentaires sur les autres aspects de la cause.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli en partie.

On the basis of the law at the time, the Court of Appeal, like the Superior Court, had to allow the plea of prescription and dismiss the action, making no distinction between the Paulian and bankruptcy aspects. However, *Gingras v. General Motors Products of Canada Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 426, has since modified the position of the parties by holding that, under the *Bankruptcy Act*, the prescription is for five years in commercial matters. Moreover, for purposes of this prescription, it must be considered that it was "absolutely impossible for" the creditor "to act", as long as the circumstances have not created suspicion. Consequently, in the case at bar, the prescription was suspended: the five-year prescription did not come into effect until October 6, 1961—which was less than five years before the proceedings were instituted—since until that date Lewis Brothers had complied with its obligations. Nevertheless, the payments challenged cannot be annulled, because they were not made within three months of the bankruptcy, which occurred on the same date as the assignment, namely October 6, 1961. The bankruptcy cannot be moved back to February 6, 1958, the date of the petition in bankruptcy, because the petition filed at that time was not followed by a receiving order. Nor can the bankruptcy be moved back to February 20, 1958, the date of the composition proposal, since under the *Bankruptcy Act* of 1952 such a proposal does not constitute an act of bankruptcy.

However, since, under the composition proposal, respondent received dividends to which it was not entitled, it must pay appellant the amounts in question, which were paid to it either directly or indirectly through its assignee.

Gingras v. General Motors Products of Canada Ltd., [1976] 1 S.C.R. 426, applied; *In re Legault* (1956), 36 C.B.R. 167, distinguished; *Traders Finance Corp. Ltd. v. Lévesque*, [1961] S.C.R. 83; *Joy Oil Ltd. v. McColl Frontenac Oil Co. Ltd.*, [1943] S.C.R. 127; *Gagnon v. Lesage*, [1951] Que. K.B. 571; *Lussier v. Marquis*, [1960] Que. Q.B. 20, rev'd [1960] S.C.R. 449; *Alain v. Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, [1974] C.A. 89; *Amanda Designs Boutique Ltd. v. Charisma Fashions Ltd.* (1972), 17 C.B.R. (N.S.) 16; *Perras v. Boulet*, [1959] S.C.R. 838, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec dismissing an appeal against a judgment of Tellier J. of the Superior Court. Appeal allowed in part.

Se basant sur la jurisprudence d'alors, la Cour d'appel, tout comme la Cour supérieure, se devait d'accueillir le plaidoyer de prescription et de rejeter l'action sans faire de distinction entre l'aspect paulien et l'aspect faillite de la question. Mais l'arrêt *Gingras c. General Motor Products of Canada Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 426, a depuis lors modifié la position des parties en énonçant qu'aux termes de la *Loi sur la faillite*, la prescription en matières commerciales en était une de cinq ans. De plus, pour les fins de cette prescription, un créancier sera présumé être «dans l'impossibilité... d'agir» tant que les circonstances n'ont pas fait naître un soupçon. Il y a donc eu, en l'espèce, suspension de la prescription: la prescription quinquennale n'a couru qu'à partir du 6 octobre 1961, soit moins de cinq ans avant l'institution de l'action, Lewis Brothers ayant, jusqu'à cette date, respecté ses obligations. Les paiements attaqués ne peuvent cependant être annulés, n'ayant pas été effectués dans les trois mois de la faillite, celle-ci coïncidant avec la date de la cession soit le 6 octobre 1961. La faillite ne peut, en effet, être reportée au 6 février 1958, date de la requête de mise en faillite, la pétition présentée à ce moment-là n'ayant pas été suivie d'une ordonnance de séquestre. La faillite ne peut, non plus, être reportée au 20 février 1958, date de la proposition concordataire, une telle proposition ne constituant pas, aux termes de la *Loi sur la faillite* de 1952, un acte de faillite.

Cependant l'intimée ayant reçu, en vertu de la proposition concordataire, des dividendes auxquels elle n'avait pas droit, devra remettre à l'appelante les sommes ainsi perçues, qu'elles lui aient été versées directement ou indirectement par le truchement de sa cessionnaire.

Arrêt appliqué: *Gingras c. General Motors Products of Canada Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 426; distinction faite avec l'arrêt: *In re Legault* (1956), 36 C.B.R. 167; arrêts mentionnés: *Traders Finance Corp. Ltd. c. Lévesque*, [1961] R.C.S. 83; *Joy Oil Ltd. c. McColl Frontenac Oil Co. Ltd.*, [1943] R.C.S. 127; *Gagnon c. Lesage*, [1951] B.R. 571; *Lussier c. Marquis*, [1960] B.R. 20, infirmé [1960] R.C.S. 449; *Alain c. Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*, [1974] C.A. 89; *Amanda Designs Boutique Ltd. c. Charisma Fashions Ltd.* (1972), 17 C.B.R. (N.S.) 16; *Perras c. Boulet*, [1959] R.C.S. 838.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec rejetant un appel interjeté à l'encontre d'un jugement du juge Tellier de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli en partie.

David Wood, for the appellant.

Carol Laramée and *Raymond Hébert*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—Appellant, claiming to be a creditor of Lewis Brothers Asphalt Paving Ltd. (hereinafter referred to as Lewis Brothers), a bankrupt company, brought an action against respondent because the latter had received preferential payments in 1957 and 1958, thus giving rise to a Paulian action and an action under the *Bankruptcy Act* then in effect, R.S.C. 1952, c. 14. These proceedings could clearly have been instituted by the trustees, but they refused to do so, and on November 9, 1965 appellant obtained from the Court the necessary authorizations under the *Bankruptcy Act*, followed some days later by the transfer of the trustees' rights (s. 16). It should be noted that the action under s. 16 is personal to appellant and is conferred on it by the Act (*Traders Finance Corporation Limited v. Lévesque*¹).

The relevant facts are as follows:

- (a) on September 27, 1957, Lewis Brothers obtained a contract from C.N. covering certain work at the Côte de Liesse railway yard in Montreal;
- (b) on October 1, 1957, appellant issued a guarantee of performance in favour of C.N., under which it became jointly responsible with Lewis Brothers for the performance of the contract;
- (c) on February 6, 1958, a petition in bankruptcy was brought against Lewis Brothers; during the hearing, this petition was still outstanding;
- (d) on February 20, 1958, Lewis Brothers submitted a proposal to its creditors offering them a payment of thirty-five cents on the dollar over a period of four years, which was accepted by the creditors on March 28 and ratified by the Court on April 25, 1958;
- (e) in the intervening period, that is on March 6, 1958, C.N. refused to deal any longer with Lewis Brothers with respect to the contract of

David Wood, pour l'appelante.

Carol Laramée et *Raymond Hébert*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—L'appelante, se prétenant créancière de Lewis Brothers Asphalt Paving Ltd. (ci-après Lewis Brothers), une compagnie en faillite, a poursuivi l'intimée parce que celle-ci aurait reçu des paiements préférentiels en 1957 et 1958 donnant ainsi ouverture à une action paulienne et à un recours aux termes de la *Loi sur la faillite* alors en vigueur (S.R.C. 1952, c. 14). Ces procédures auraient pu évidemment être intentées par les syndics mais ceux-ci ont refusé de le faire et l'appelante a, le 9 novembre 1965, obtenu du tribunal les autorisations nécessaires aux termes de la *Loi sur la faillite*, suivies quelques jours plus tard du transport des droits des syndics (art. 16). A noter que ce recours de l'art. 16 est personnel à l'appelante et lui est conféré par la Loi (*Traders Finance Corporation Limited c. Lévesque*¹).

Voici les faits pertinents:

- a) le 27 septembre 1957, Lewis Brothers obtient du C.N. un contrat d'entreprise couvrant certains travaux à la gare de triage de la Côte de Liesse, à Montréal;
- b) le 1^{er} octobre 1957, l'appelante émet un cautionnement d'exécution en faveur du C.N. aux termes duquel elle devient solidairement responsable avec Lewis Brothers de l'exécution du contrat;
- c) le 6 février 1958, une requête en faillite est dirigée contre Lewis Brothers; lors du procès, cette requête était toujours en suspens;
- d) le 20 février 1958, Lewis Brothers soumet à ses créanciers une proposition leur offrant un paiement de 35 cents par dollar sur une période de 4 ans, proposition qui est acceptée par les créanciers le 28 mars et ratifiée par la Cour le 25 avril 1958;
- e) dans l'intervalle, savoir le 6 mars 1958, le C.N., vu l'insolvabilité de Lewis Brothers, avait refusé de traiter plus longtemps avec Lewis Bro-

September 1957, since Lewis Brothers was insolvent, with the result that appellant had to pay the sum of \$169,247.55 to complete the contract;

(f) on October 6, 1961, Lewis Brothers, having paid three of the dividends promised in the proposal and having been unable to pay the fourth, made an assignment of its property, which was followed by various proceedings, in particular a judgment of March 20, 1962, recognizing the validity of the claim of \$167,247.55 filed by appellant; however, no judgment was made annulling the proposal.

The preferential payments allegedly received by respondent were:

\$ 5,000	on December 12, 1957
\$ 5,000	on December 19, 1957
\$10,576.61	on December 9, 1958

They resulted from the sale of petroleum products by respondent to Lewis Brothers in 1957. Appellant requested that these payments be declared void and that respondent be condemned to pay the sum of \$17,070.26, that is, the difference between the preferential amounts mentioned above and the dividends to which respondent was entitled under the proposal and the assignment, with interest, of course.

To this action, respondent pleaded that the amounts it had received were not preferential payments, and that, moreover, the petroleum products had not been sold to Lewis Brothers but to Pavage Richelieu Limitée. Respondent added that in any case the claim is prescribed, whether the action is considered as a Paulian action or as a case under ss. 64 *et seq.* of the *Bankruptcy Act* of 1952.

The Superior Court and the Court of Appeal did not consider the facts except for determining whether the plea of prescription had any merit. Having found in the affirmative on this point, the Quebec courts went no further in their study of the record, and this Court does not have the benefit of their views on the other aspects of the case.

thers quant au contrat de septembre 1957, avec le résultat que l'appelante dût payer la somme de \$169,247.55 pour que soit complété le contrat;

f) le 6 octobre 1961, Lewis Brothers, ayant payé trois des dividendes promis dans la proposition et n'ayant pu en payer le quatrième, fit cession de ses biens, cession qui fut suivie de différentes procédures, en particulier d'un jugement du 20 mars 1962 reconnaissant la validité de la réclamation de \$167,247.55 produite par l'appelante; toutefois, aucun jugement n'est intervenu pour annuler la proposition.

Les paiements préférentiels qu'aurait reçu l'intimée seraient:

\$ 5,000	le 12 décembre 1957
\$ 5,000	le 19 décembre 1957
\$10,576.61	le 9 décembre 1958

Ils découleraient de la vente de produits pétroliers faite par l'intimée à Lewis Brothers en 1957. L'appelante demande que la nullité de ces paiements soit constatée et que l'intimée soit condamnée à payer la somme de \$17,070.26, soit la différence entre les montants préférentiels précités et les dividendes auxquels l'intimée avait droit aux termes de la proposition et de la cession, plus évidemment les intérêts.

A cette action, l'intimée a plaidé que les montants reçus par elle ne constituaient pas des paiements préférentiels et que d'ailleurs les produits pétroliers n'avaient pas été vendus à Lewis Brothers mais à Pavage Richelieu Limitée. Et l'intimée a ajouté qu'à tout événement la réclamation est prescrite, que l'action soit considérée comme un recours paulien ou comme une instance aux termes des art. 64 et suivants de la *Loi sur la faillite* de 1952.

La Cour supérieure et la Cour d'appel ne se sont pas penchées sur les faits autrement que pour déterminer si le plaidoyer de prescription était bien fondé. Ayant conclu sur ce point dans l'affirmative, les tribunaux du Québec ne sont pas allés plus loin dans leur étude du dossier et nous n'avons pas le bénéfice de leurs vues sur les autres aspects de la cause.

A preliminary question arises: does appellant have the status of a creditor which would permit it to challenge the payments made in 1957 and 1958, when it had certainly not paid out anything before the two payments of 1957, and it had probably not spent a penny before the payment of December 1958? In my opinion, this status should be admitted. Once the guarantee of performance was signed, appellant became a debtor of C.N. It is true that this obligation was coupled with a suspensive condition and could only take complete effect on default by Lewis Brothers. When this default occurred in March 1958, the condition disappeared and appellant's obligation became complete, retroactively to the date of the guarantee of performance. It remained only to determine the amount of appellant's debt to C.N.

I have already noted that the Quebec courts accepted the plea of prescription. They held unanimously that appellant was aware of the payments and their grave appearance of fraud more than a year before the institution of proceedings in December 1965. The trial judge said as much:

[TRANSLATION] ... it is clear that this decision by plaintiff to bring an action followed facts of which it had been aware since at least 1963, through its accountant Whalen, who, according to the evidence, made a "final" report in May 1964.

Bélanger J.A. affirmed this in the Court of Appeal:

[TRANSLATION] More than a year before the action, through its counsel and investigating accountant, it was aware of the payments which it challenged, of the insolvency of L.B.A.P. at that time, and of other circumstances which, according to its allegations, rendered these payments fraudulent.

Appellant did not succeed in establishing that these consistent findings were contrary to the evidence, and I have no hesitation in accepting them.

With respect to the Paulian aspect of the action, the Superior Court and the Court of Appeal were correct in finding that in law, knowledge of the facts by appellant involved application of the one-year prescription against it. I cannot accept its contention that it did not have to act while its file

Une question préliminaire se pose: l'appelante a-t-elle qualité de créancière lui permettant d'attaquer des paiements faits en 1957 et 1958 alors qu'elle n'avait certes pas déboursé quoi que ce soit avant les deux paiements de 1957 et qu'elle n'avait probablement pas délié les cordons de sa bourse avant le paiement de décembre 1958? A mon avis, cette qualité doit être admise. Dès la signature du cautionnement d'exécution, l'appelante est devenue débitrice du C.N. Il est vrai que cette obligation était assortie d'une condition suspensive et qu'elle ne devait prendre tout son effet qu'au défaut de Lewis Brothers. Lorsque ce défaut s'est produit en mars 1958, la condition est disparue et l'obligation de l'appelante est devenue complète rétroactivement à la date du cautionnement d'exécution. Seule restait à déterminer la quotité de la dette de l'appelante envers le C.N.

J'ai déjà souligné que les tribunaux du Québec ont accepté le plaidoyer de prescription. Ils ont décidé à l'unanimité que l'appelante connaissait le fait des paiements et le fait de leur sérieuse apparence frauduleuse plus d'un an avant l'institution des procédures en décembre 1965. C'est ce qu'affirme le premier juge:

... il est manifeste que cette décision de poursuivre par la demanderesse le fut à la suite de faits qu'elle connaissait depuis au moins 1963, et ce par l'intermédiaire de son comptable, Whalen, lequel fit, suivant la preuve, un rapport pour ainsi dire final en mai 1964.

C'est ce que confirme M. le juge Bélanger en Cour d'appel:

Plus d'un an avant la poursuite, par l'entremise de son avocat et de son comptable enquêteur, elle était au courant des paiements qu'elle conteste, de l'insolvabilité de LBAP à ce moment et des autres circonstances qui, d'après ses allégations, rendraient ces paiements frauduleux.

L'appelante n'a pas réussi à établir que ces conclusions concordantes sont contraires à la preuve et je n'ai aucune hésitation à les accepter.

Quant à l'aspect paulien du recours, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont eu raison de conclure qu'en droit la connaissance de ces faits par l'appelante entraîne l'application contre elle de la prescription annale. Je ne puis accepter sa prétention qu'elle n'avait pas à agir tant que son

was not in fact complete. Like the Quebec courts, I believe that the beginning of the prescription cannot be deferred until such time as almost all aspects of the evidence have been assembled.

Having found in the record evidence that more than twelve months had elapsed between the appellant acquiring knowledge of the relevant facts and the institution of proceedings, the judgment rendered, like that of the Superior Court, in accordance with the law at the time, had to apply art. 1040 of the *Code* and dismiss the action, making no distinction between the Paulian and bankruptcy aspects. Since then, however, the decision of this Court in *Gingras v. General Motors Products of Canada Ltd.*², has held that prescription under the *Bankruptcy Act* is for five years in commercial matters, as in the case at bar.

The question presented is whether this five-year prescription ran from the date of the preferential payments of 1957 and 1958, or whether this is a case of suspension, it having been "absolutely impossible for them to act" (art. 2232, *Civil Code*) before the end of 1960, that is, five years before service of the proceedings. The exact scope of this article has given rise to differing conclusions. This may be seen in the following decisions, *inter alia*: *Joy Oil Limited v. McColl Frontenac Oil Co. Limited*³; *Gagnon v. Lesage*⁴; *Lussier v. Marquis*⁵, set aside on another point⁶; and *Jean-Paul Alain v. Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*⁷. For the limited purposes of this case, I shall note the following:

- (1) the old law recognized that prescription must not run against someone who found it impossible to act;
- (2) the *Code Napoléon* (art. 2251) did not repeat this rule in its text;

² [1976] 1 S.C.R. 426.

³ [1943] S.C.R. 127.

⁴ [1951] Que. K.B. 571.

⁵ [1960] Que. Q.B. 20.

⁶ [1960] S.C.R. 442.

⁷ [1974] C.A. 89.

dossier n'était pas pratiquement complet. Comme les tribunaux du Québec, je suis d'avis que le point de départ de la prescription ne saurait être retardé jusqu'au moment où les éléments de preuve ont été recueillis dans leur quasi totalité.

Ayant trouvé dans le dossier la preuve que plus de douze mois s'étaient écoulés entre la connaissance acquise par l'appelante des faits pertinents et l'institution des procédures, le jugement entrepris tout comme celui de la Cour supérieure se devaient, conformément à la jurisprudence d'alors, d'appliquer l'art. 1040 du *Code* et de rejeter l'action sans faire de distinction entre l'aspect paulien et l'aspect faillite. Depuis lors, toutefois, notre arrêt *Gingras c. General Motors Products of Canada Ltd.*², a décidé que la prescription aux termes de la *Loi sur la faillite* est de cinq ans lorsqu'il s'agit de matières commerciales comme en l'espèce.

La question qui se pose est de savoir si cette prescription quinquennale a couru depuis la date des paiements préférentiels de 1957 et 1958 ou si nous sommes devant un cas de suspension, l'appelante ayant été «dans l'impossibilité absolue ... d'agir» (art. 2232 *C.c.*) avant la fin de 1960, à savoir cinq ans avant la signification des procédures. La portée exacte de cet article a donné naissance à des prises de position divergentes. Cela ressort entre autres des arrêts suivants: *Joy Oil Limited c. McColl Frontenac Oil Co. Limited*³; *Gagnon c. Lesage*⁴; *Lussier c. Marquis*⁵, cassé sur un autre point⁶; et *Jean-Paul Alain c. Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile*⁷. Pour les fins étroites de mon propos, je retiens:

- (1) l'ancien droit reconnaissait que la prescription ne devait pas courir contre celui qui se trouvait dans l'impossibilité d'agir;
- (2) le code Napoléon (art. 2251) dans son texte n'a pas répété cette règle;

² [1976] 1 R.C.S. 426.

³ [1943] R.C.S. 127.

⁴ [1951] B.R. 571.

⁵ [1960] B.R. 20.

⁶ [1960] R.C.S. 442.

⁷ [1974] C.A. 89.

(3) French cases, notwithstanding the silence of the text, have held that factual obstacles, arising from circumstances external to the creditor which make it impossible to act, retain their suspensive value;

(4) many French authors criticize this line of authority, but there is no unanimity of opinion;

(5) in their third report (1865), the Commissioners wrote, with respect to the maxim *contra non valentem* (at p. 424):

It is remarkable that it is not textually inserted in the French code, although it is the basis of all its particular provisions, and has an extensive application to many other cases which do not result from the natural or legal state of the parties concerned.

This reason for suspension must be understood. In the case at bar, I do not believe that a creditor, presented with a petition in bankruptcy by another creditor or having received a proposal from the debtor, must immediately act as though the debtor had contravened the Act and made preferential payments. On the contrary, it seems to me that the presumption is the opposite, and that it must be considered that it was "absolutely impossible for" the creditor "to act", as long as the circumstances have not created suspicion. In the case at bar, as long as the proposal was complied with, that is until October 1961, the creditor was perfectly justified in not moving; it was only later that the questions arose. In other words, the evidence established to my satisfaction that the rule of suspension applies in the case at bar, since appellant had no opportunity to act before certain facts came to its attention, and this did not occur more than five years before proceedings were instituted. The plea of prescription could therefore not be maintained against the action, considered from the point of view of the *Bankruptcy Act*.

The plea of prescription having been rejected, the real question is as follows: is it possible, although the assignment of property dates from October 1961, to go back in time to the autumn of 1957, since s. 64 limits the action to cases in which a person guilty of preference "becomes bankrupt

(3) la jurisprudence française, nonobstant le silence du texte, considère que les obstacles de fait provenant des circonstances extérieures au créancier et créant impossibilité d'agir conservent leur valeur suspensive;

(4) beaucoup d'auteurs français critiquent cette jurisprudence mais il n'y a pas unanimité de la doctrine;

(5) nos commissaires dans leur troisième rapport (1865) écrivent quant à l'adage *contra non valentem* (à la p. 424):

Il est remarquable qu'il ne soit pas consigné textuellement dans le code français, quoiqu'il soit la base même de toutes les dispositions particulières, et qu'il conserve une application étendue à beaucoup d'autres cas qui ne résultent pas de l'état naturel ou légal des personnes concernées.

Il faut donc donner un sens à cette cause de suspension. En l'espèce, je vois mal qu'un créancier, au vu d'une requête en faillite faite par un autre créancier ou sur réception d'une proposition par le débiteur, doive immédiatement agir comme si le débiteur avait violé la Loi et effectué des paiements préférentiels. Il me semble, au contraire, que la présomption est dans l'autre sens et que le créancier doit être considéré «dans l'impossibilité ... d'agir» tant que les circonstances n'ont pas fait naître un soupçon. Dans notre cas, aussi longtemps que la proposition a été respectée, c'est-à-dire jusqu'à octobre 1961, le créancier était parfaitement justifié de ne pas bouger; ce n'est que par la suite que ce sont posés des points d'interrogation. En d'autres termes, la preuve établit à ma satisfaction que la règle de la suspension s'applique en l'espèce, l'appelante n'ayant eu aucune possibilité d'agir avant que certains faits viennent à sa connaissance, ce qui n'a pas eu lieu plus de cinq ans avant l'institution de l'action. Le plaidoyer de prescription ne saurait donc être maintenu à l'encontre de l'action considérée sous l'angle *Loi sur la faillite*.

Le plaidoyer de prescription étant écarté, la vraie question est la suivante: est-il possible, bien que la cession de biens date d'octobre 1961 de remonter dans le temps jusqu'à l'automne 1957, vu que l'art. 64 limite le recours aux cas de préférence dont se rend coupable la personne qui «devient en

within three months" after the date the preference is given? In seeking an answer, I of course assume that the payments were in fact preferential, a point which it will be necessary to study if I come to the conclusion that, in the circumstances of this case, the month of October 1961 immediately followed the autumn of 1957. It must be remembered that the difficulties of the bankrupt were divided into three periods:

- (1) a petition in bankruptcy in February 1958, which was never followed by a judgment;
- (2) a proposal in March 1958, which remained in effect until the autumn of 1961, after being accepted and ratified, and resulted in various dividend payments; this proposal was never annulled by judgment;
- (3) an assignment in October 1961, which was followed by all the usual proceedings.

Appellant asks this Court to relate the assignment of October 1961 either to the petition in bankruptcy of February 1958 or to the proposal of March 1958, so that the first two preferential payments would have been made within the three months mentioned in s. 64. In order to do this, appellant relied on *In re Legault*⁸. The facts in that case should be summarized:

- March 8, 1955: hypothec giving a preference;
- April 5, 1955: receiving order;
- May 28, 1955: proposal approved by the Court, whose judgment annulled the receiving order;
- November 3, 1955: annulment of the proposal and receiving order.

On subsequent application by the trustees challenging the hypothecary transaction of March 8 and demanding that it be cancelled, Montpetit J. related the bankruptcy back to either the first receiving order (April 5) or the date the proposal was approved (May 28). On the first point, he stated (at p. 169):

[TRANSLATION] What is the meaning of the expression "becoming bankrupt"? In my opinion, it is concerned

faillite dans un délai de trois mois» après la date de cette préférence? Dans la recherche de la réponse, je prends évidemment pour acquis que de fait les paiements ont été préférentiels, un point qu'il me faudra étudier si j'en arrive à la conclusion que dans les circonstances de ce litige, le mois d'octobre 1961 suit immédiatement l'automne 1957. Il faut se souvenir que les difficultés du failli se divisent en trois périodes:

- (1) d'une requête en faillite de février 1958, requête qui n'a jamais été suivie d'un jugement;
- (2) une proposition de mars 1958 qui, après avoir été acceptée et ratifiée, est restée en vigueur jusqu'à l'automne 1961 et qui a donné naissance à divers paiements de dividendes; cette proposition n'a jamais été annulée par jugement;
- (3) une cession d'octobre 1961 qui a été suivie de toutes les procédures habituelles.

L'appelante nous invite à relier la cession d'octobre 1961 soit à la requête en faillite de février 1958, soit à la proposition de mars 1958, de sorte que les deux premiers paiements préférentiels auraient été faits dans les trois mois dont parle l'art. 64. Pour ce faire, l'appelante s'appuie sur la décision *In re Legault*⁸. Il importe de résumer les faits dans cette affaire:

- 8 mars 1955, hypothèque comportant préférence;
- 5 avril 1955, ordonnance de séquestre;
- 28 mai 1955, proposition approuvée par le tribunal dont le jugement annule l'ordonnance de séquestre;
- 3 novembre 1955, annulation de la proposition et ordonnance de séquestre.

Sur requête subséquente des syndics attaquant la transaction hypothécaire du 8 mars et en demandant la nullité, M. le juge Montpetit fait remonter la faillite soit à la première ordonnance de séquestre (5 avril), soit à la date d'approbation de la proposition (28 mai). Sur le premier point, il s'exprime comme suit (à la p. 169):

Que signifie l'expression 'devenir en faillite'? A mon avis, elle vise le cas de la personne contre qui une

⁸ (1956), 36 C.B.R. 167.

⁸ (1956), 36 C.B.R. 167.

with the case of the person against whom a receiving order is made. This was the situation for the bankrupt on April 5.

After dismissing the objection that the proposal had annulled the first receiving order, the learned judge continued (at p. 169):

[TRANSLATION] Moreover, this aspect is of secondary importance, since the proposal was approved on May 28.

In fact, is it not legitimate and reasonable to say, using s. 38(1) which states that all provisions of the *Bankruptcy Act*, to the extent to which they are applicable, apply *mutatis mutandis* to proposals, that s. 64 may be relied on in a case in which the person who effected the challenged transfer has a proposal approved within a three-month period after the said transfer? It appears to me that this is to apply to proposals, *mutatis mutandis*, what the Act provides for bankruptcy.

The facts of the case before this Court are different: it is sufficient to note that here, the petition in bankruptcy of February 1958 was not followed by a judicial decision, and that the proposal which followed it several days later was never annulled by a judgment. Moreover, *In re Legault* has not met with complete approval, as shown by the criticism found in L. W. Houlden's article, "The first ten years of the 1949 *Bankruptcy Act*", 1 C.B.R. (N.S.), at p. 97:

It is submitted that this decision is not correct and is not justified on the wording of the *Bankruptcy Act*.

It is therefore, quite properly, necessary to reread the Act.

Is it possible in the case at bar, notwithstanding the proposal duly approved by the Court, to relate the bankruptcy back to the filing of the petition in February 1958 by relying on s. 41(4)? The text of s. 41(4) is as follows:

The bankruptcy shall be deemed to have relation back to and to commence at the time of the filing of the petition on which a receiving order is made or of the filing of an assignment with the official receiver.

It is clear that this section relates only to the petition on which a receiving order is made, which is not the case here, since the petition was never followed by an order. Failing an order, the date of filing of the assignment is conclusive. It would

ordonnance de séquestration est prononcée. Ainsi en a-t-il été du failli, le 5 avril.

Après avoir écarté l'objection que la proposition avait annulé la première ordonnance de séquestration, le savant juge poursuit (à la p. 169):

Et d'ailleurs, cet aspect est d'importance secondaire, vu la proposition approuvée le 28 mai.

En effet, par le jeu de l'article 38(1) à l'effet que toutes les dispositions de la *Loi de faillite*, dans la mesure où elles sont applicables, s'appliquent '*mutatis mutandis*' aux propositions, n'est-il pas légitime et raisonnable, en regard de l'article 64, de dire qu'il peut être invoqué dans le cas où la personne qui opère la transmission attaquée fait approuver une proposition dans un délai de trois mois après ladite transmission? Il me paraît que c'est là, '*mutatis mutandis*', suivre en matière de proposition ce que la loi prévoit en matière de faillite.

Les faits de notre espèce sont différents: il suffit de rappeler qu'ici la requête en faillite de février 1958 n'a pas été suivie d'une adjudication et que la proposition qui l'a suivie de quelques jours n'a jamais été annulée par jugement. De plus, la décision *In re Legault* n'a pas rencontré l'approbation de tous ainsi qu'en fait foi la critique que l'on retrouve dans l'article de L. W. Houlden, "The first ten years of the 1949 *Bankruptcy Act*," 1 C.B.R. (N.S.), à la p. 97:

[TRADUCTION] A mon avis, cette décision est mal fondée et ne se justifie pas par le libellé de la *Loi sur la faillite*.

Il faut donc, comme il se doit, relire la Loi.

Est-il possible, en l'espèce, nonobstant la proposition dûment approuvée par le tribunal, de s'appuyer sur l'art. 41.4 pour faire remonter la faillite au dépôt de la pétition en février 1958? Voici le texte de 41.4:

La faillite est censée remonter et commencer au moment du dépôt de la pétition sur laquelle une ordonnance de séquestration est rendue, ou au moment de la production d'une cession auprès du séquestre officiel.

Il est évident que ce texte ne vise que la pétition sur laquelle une ordonnance de séquestration est rendue, ce qui n'est pas le cas ici puisque la requête n'a jamais été suivie d'une ordonnance. En l'absence de celle-ci, la date de la production de la

perhaps be otherwise—but the Court is not asked to decide this—if an order had been made annulling the proposal and stating what the Court could consider “proper in the circumstances” (s. 36(1)). I do not see how it could be possible to relate the bankruptcy back to the petition of February 1958.

Can it be related back to the proposal of March 1958? The relevant Act being that of 1952, it is not possible for me to rely on the 1966 Act, where the beginning of a solution may perhaps be found in ss. 39(1), 41(10), 43(4) and 44. In my opinion, under the former Act, the question posed at the beginning of this paragraph must be answered in the negative. The proposal is a contract between the debtor and his creditors. When it is made in accordance with certain formalities prescribed in the Act this contract, which binds all the creditors, even the dissenting minority, is not an act of bankruptcy, and the situation which results from it is not a situation of bankruptcy. This is what Kelly J., speaking for the Court of Appeal of Ontario, held in *Amanda Designs Boutique Limited v. Charisma Fashions Limited*⁹. Although written in another context, the following sentence expresses the situation well (at p. 20):

Accordingly, when filed the proposal has the potentiality of bankruptcy which does not crystallize until the proposal is refused and never crystallizes if the proposal be approved.

However, we must go further: even in the case of a proposal by an already bankrupt person, approval of the proposal by the Court—and here this approval was given—“operates to annul the bankruptcy” (s. 34(6)). The provisions of the Act thus leave to the debtor the entire administration of his property if the proposal is the first stage in the solution of his difficulties, and returns it to him if the proposal was preceded by bankruptcy. Except in extraordinary circumstances which do not exist in this case, the trustee has only one function, that is the distribution of the amounts which the debtor has undertaken to pay to the creditors.

This finding should not be ignored because s. 38(1) provides that all provisions of the Act apply

cession est déterminante. Il en serait peut-être autrement, ce que nous n'avons pas à décider, si une ordonnance avait été prononcée annulant la proposition et déclarant ce que le tribunal pouvait juger «convenable en l'occurrence» (art. 36(1)). Je ne vois donc pas qu'il soit possible de faire remonter la faillite à la requête de février 1958.

Peut-on faire remonter à la proposition de mars 1958? La Loi pertinente étant celle de 1952, il ne m'est pas possible de m'appuyer sur celle de 1966 où se trouve peut-être un début de solution dans les art. 39(1), 41(10), 43(4) et 44. A mon avis, aux termes de l'ancienne Loi, la question posée au début de ce paragraphe doit recevoir une réponse négative. La proposition est un contrat entre le débiteur et ses créanciers. Lorsqu'il est passé en suivant certaines formalités prescrites dans la Loi, ce contrat, qui lie tous les créanciers, même la minorité dissidente, ne constitue pas un acte de faillite et la situation qui en découle n'est pas une situation de faillite. C'est ce que la Cour d'appel d'Ontario, par la voix de M. le juge Kelly, a exprimé dans *Amanda Designs Boutique Limited v. Charisma Fashions Limited*⁹. Bien qu'écrite dans un autre contexte, la phrase suivante exprime bien la situation (à la p. 20):

[TRADUCTION] En conséquence, la proposition lorsqu'elle est déposée, comporte la virtualité de faillite, qui ne se réalise que lorsque la proposition est refusée et ne se réalise jamais si la proposition est acceptée.

Il faut d'ailleurs aller plus loin: même dans le cas où un proposant est déjà en faillite, l'approbation de la proposition par le tribunal, et ici cette approbation a été donnée, «a pour effet d'annuler la faillite» (art. 34(6)). Les dispositions de la Loi laissent donc au débiteur l'entière administration de ses biens si la proposition est la première étape dans la solution de ses difficultés et la lui remettent si la proposition a été précédée d'une faillite. Le syndic, sauf cas extraordinaire qui n'existe pas ici, n'a qu'une fonction, savoir la distribution des montants que le débiteur s'est engagé à verser à ses créanciers.

Cette conclusion ne doit pas être mise de côté parce que l'art. 38(1) énonce que toutes les dispo-

⁹ (1972), 17 C.B.R. (N.S.) 16.

⁹ (1972), 17 C.B.R. (N.S.) 16.

mutatis mutandis to proposals. In view of the clear words of s. 41(4) and the provisions of the Act as a whole, it is not possible for me to state that in cases where a proposal is followed by an assignment, the date of the bankruptcy should be related back to the date of the proposal.

Moreover, I do not see how it can be said that the proposal survived the assignment because it was not expressly annulled. When, as in the case at bar, the assignment was accepted by all the creditors who had accepted the proposal at the outset, the latter disappeared without any order to that effect being necessary. Although the point was not discussed in *Perras v. Boulet*¹⁰, it seems to me that acceptance of it was necessary to the unanimous finding of the Court.

One conclusion necessarily results from all this: the date of the assignment, that is October 1961, is the only relevant date. It follows that the payments received by respondent, assuming that they were preferential, cannot be ignored, since they dated from 1957 and 1958.

Appellant submitted as an alternative argument that the appeal should be allowed in part, since respondent recognized in its pleadings that it had no right to a dividend under the terms of the proposal, and as a result, it was prepared to return the dividend of \$561.22 which it received on July 28, 1958. The Court of Appeal gave effect to this offer and ordered respondent to pay that amount, with interest, to appellant, and the latter submitted that it should also have received two other dividends of \$1,122.44 each, paid not directly to respondent but to its assignee, Jeanne LeSieur, on May 10, 1960 and May 15, 1961. There is no doubt that the evidence disclosed the payment of these two dividends totalling \$2,244.88, as well as receipt of these amounts by Jeanne LeSieur and the fact that she had no personal claim to put forward, but was simply the assignee of respondent. As a result, I agree with appellant's arguments on this point. Respondent raised the objection that, in the absence of Jeanne LeSieur from the record, it was impossible for the Court to rule on the point. I cannot accept this proposition, since

sitions de la Loi s'appliquent *mutatis mutandis* aux propositions. Devant le texte clair de l'art. 41(4) et devant l'ensemble des dispositions de la Loi, il ne m'est pas possible d'affirmer que dans les cas où une proposition est suivie d'une cession, la date de la faillite doit remonter à la date de la proposition.

Par ailleurs, je ne vois pas qu'il soit possible de dire que la proposition a survécu à la cession parce qu'elle n'a pas été annulée expressément. Lorsque la cession, comme en l'espèce, a été acceptée par tous les créanciers qui à l'origine avaient agréé la proposition, celle-ci disparaît sans qu'une ordonnance à cet effet ne soit nécessaire. Bien que le point n'ait pas été discuté dans l'arrêt *Perras c. Boulet*¹⁰, il me semble que son acceptation était nécessaire à la conclusion unanime du tribunal.

De tout ce qui précède, une conclusion s'impose: seule la date de la cession, savoir octobre 1961, est la date pertinente. Il s'ensuit que les paiements reçus par l'intimée, à supposer qu'ils aient été préférentiels, ne peuvent pas être mis de côté puisqu'ils remontent à 1957 et 1958.

Subsidiairement l'appelante soumet que son pourvoi doit être accueilli en partie puisque l'intimée reconnaît dans ses procédures qu'elle n'avait droit à aucun dividende aux termes de la proposition et que, par conséquent, elle était disposée à remettre le dividende de \$561.22 reçu par elle le 28 juillet 1958. La Cour d'appel ayant donné suite à cette offre et ayant ordonné à l'intimée de payer ce montant avec intérêts à l'appelante, celle-ci soumet qu'elle aurait dû en plus recevoir deux autres dividendes de \$1,122.44 chacun payés non pas à l'intimée directement mais à sa cessionnaire, Jeanne LeSieur, le 10 mai 1960 et le 15 mai 1961. Il ne fait pas de doute que la preuve révèle le paiement de ces deux dividendes se totalisant à \$2,244.88, ainsi que la réception de ces montants par Jeanne LeSieur et le fait que celle-ci n'avait aucune créance personnelle à exercer mais était tout simplement la cessionnaire de l'intimée. Je suis d'accord, par conséquent, avec les prétentions de l'appelante sur le point. L'intimée a soulevé l'objection qu'en l'absence de Jeanne LeSieur dans le dossier, il était impossible à la Cour de pronon-

the Court is not ruling on the validity of the transfer between respondent and Jeanne LeSieur, but simply on the fact that respondent had no right to receive the above-mentioned sums, either directly or indirectly.

I would therefore allow the appeal in part, amend the judgment appealed from, and condemn respondent to pay to appellant the sum of \$2,806.10, with interest at the legal rate from the date of notice of the action, and the costs of an action of this type in all courts.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: Wood & Aaron, Montreal.

Solicitors for the respondent: Laidley, Howard, Lesage, McDougall, Ewasew, Graham & Stocks, Montreal.

cer sur le point. Je ne peux accepter cette proposition puisque nous ne prononçons pas sur la validité du transport entre l'intimée et Jeanne LeSieur mais tout simplement sur le fait que l'intimée n'avait pas le droit de recevoir, soit directement, soit par le truchement de sa cessionnaire, les sommes précitées.

J'accueillerais donc le pourvoi en partie, modifierais le jugement dont appel et condamnerais l'intimée à payer à l'appelante la somme de \$2,806.10 avec intérêts au taux légal depuis la signification de l'action et les dépens d'une action de cette classe dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureurs de l'appelante: Wood & Aaron, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Laidley, Howard, Lesage, McDougall, Ewasew, Graham & Stocks, Montréal.