

Boma Manufacturing Ltd. and Panabo Sales Ltd. *Appellants*

v.

Canadian Imperial Bank of Commerce *Respondent*

INDEXED AS: BOMA MANUFACTURING LTD. v. CANADIAN IMPERIAL BANK OF COMMERCE

File No.: 24520.

1996: March 26; 1996: November 21.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Bills of exchange — Cheques — Conversion — Defences — Companies' bookkeeper issuing series of fraudulent cheques payable to third parties and depositing them to her bank accounts — Bookkeeper forging payees' signature on certain cheques — Other cheques accepted by collecting bank without endorsement — Whether collecting bank liable to companies for conversion — Whether cheques payable to fictitious or non-existing person — Whether collecting bank holder in due course — Bills of Exchange Act, R.S.C., 1985, c. B-4, ss. 20(5), 165(3).

The appellants, two small, family-owned companies whose only shareholders and officers are M and his wife, were defrauded by their bookkeeper A through a series of fraudulent cheques issued over a five-year period. A, along with the two principals, was a duly authorized signing officer on the bank accounts maintained by the companies. Cheques drawn on these accounts required only one authorized signature. A used the appellants' pre-printed cheque forms to create some 155 cheques totalling \$91,289.54, payable to a number of persons connected with the appellants, including the principals, several employees, and one of the subcontractors, Van Sang Lam (all but one of the cheques payable to Lam were made to "J. Lam" or "J. R. Lam", the initials and the last name mimicking the name of A's first husband). A signed 146 of the cheques on behalf of the appellants, and fraudulently obtained M's signature

Boma Manufacturing Ltd. et Panabo Sales Ltd. *Appelantes*

c.

Banque Canadienne Impériale de Commerce *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BOMA MANUFACTURING LTD. c. BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE COMMERCE

N^o du greffe: 24520.

1996: 26 mars; 1996: 21 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Lettres de change — Chèques — Détournement — Moyens de défense — Aide-comptable des compagnies émettant une série de chèques frauduleux payables à des tierces parties pour ensuite les déposer dans ses comptes bancaires — Aide-comptable contrefaisant la signature des preneurs sur certains chèques — Autres chèques acceptés sans endossement par la banque d'encaissement — La banque d'encaissement est-elle responsable de détournement envers les compagnies? — Les chèques étaient-ils payables à des personnes fictives ou qui n'existaient pas? — La banque d'encaissement était-elle un détenteur régulier? — Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), ch. B-4, art. 20(5), 165(3).

Les appelantes, deux petites entreprises familiales dont les seuls actionnaires et dirigeants sont M et son épouse, ont été escroquées par leur aide-comptable A qui a émis une série de chèques frauduleux au cours d'une période de cinq ans. À l'instar des deux dirigeants, A était une signataire autorisée relativement aux comptes bancaires des compagnies. Les chèques tirés sur ces comptes n'exigeaient qu'une signature autorisée. A s'est servie des formulaires de chèque préimprimés des appelantes pour rédiger quelque 155 chèques dont le montant total s'élevait à 91 289,54 \$ et qui étaient payables à un certain nombre de personnes ayant des liens avec les appelantes, y compris les dirigeants, plusieurs employés et un sous-traitant, Van Sang Lam (tous les chèques payables à Lam étaient faits, sauf un, à l'ordre de «J. Lam» ou «J. R. Lam», les initiales et le nom de famille imitant le nom du premier mari de A).

on the other nine. She deposited all the cheques into one of her accounts at the respondent bank. The respondent bank's policy with respect to a customer wishing to deposit a third party cheque to her account was to require that the cheque be endorsed by the payee. However, the bank accepted 107 of the cheques payable to "J. Lam" or "J. R. Lam" for deposit without endorsement. The tellers apparently assumed that the payee was A's first husband. A forged endorsements on some of the Lam cheques, and on all of the cheques payable to other third parties. The appellants brought an action in negligence, and in the alternative, conversion, against their own bank and against the respondent. They were successful at trial, and the respondent was ordered to pay \$91,289.54. A majority of the Court of Appeal allowed the respondent's appeal, reducing the judgment so as to reflect only the amount of the nine cheques bearing M's signature.

Held (La Forest and McLachlin JJ. dissenting on the appeal): The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

Per Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: A bill of exchange is a chattel that can be negotiated from party to party. Title to a bill, such as a cheque, is obtained through negotiation. Once an individual has obtained title, that individual has the right to present the bill to the drawee for payment, as well as a right of recovery against the drawer if the bill is dishonoured by the drawee. If a bank pays to its customer the amount of a cheque to which that customer is not entitled, the bank will be strictly liable to the owner of the cheque for conversion. As a matter of principle contributory negligence is not available in the context of a strict liability tort. If the contributory negligence approach is to be introduced into this area of the law, it must be at the instance of the legislative branch.

The respondent is *prima facie* liable to the drawer for conversion in this case. The general rule is that a forged or unauthorized endorsement is wholly inoperative, and no right to retain the bill or to enforce payment thereof can be acquired through or under such a signature. An exception to this rule appears in s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, which provides that a bill payable to a fictitious or non-existing person may be treated as payable to bearer. A cheque payable to bearer can be negotiated by simple "delivery" to the bank; endorsement is

A a signé 146 des chèques pour le compte des appelantes et a frauduleusement obtenu la signature de M pour les neuf autres chèques. Elle a déposé tous les chèques dans l'un de ses comptes à la banque intimée. Dans le cas où un client souhaitait déposer à son compte le chèque d'une tierce partie, la banque intimée avait comme politique d'exiger l'endossement du chèque par le preneur. Cependant, la banque a accepté pour dépôt, sans endossement, 107 des chèques payables à «J. Lam» ou à «J. R. Lam». Les caissiers ou caissières ont apparemment supposé que le preneur était le premier mari de A. A a contrefait l'endossement de certains chèques à l'ordre de Lam et de tous les chèques payables à d'autres tierces parties. Les appelantes ont intenté une action pour négligence et, subsidiairement, une action pour détournement contre leur propre banque et contre l'intimée. Elles ont eu gain de cause au procès, le tribunal ordonnant à l'intimée de payer la somme de 91 289,54 \$. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel de l'intimée, réduisant le montant du jugement de façon à ne refléter que les neuf chèques portant la signature de M.

Arrêt (les juges La Forest et McLachlin sont dissidents quant au pourvoi principal): Le pourvoi principal est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Une lettre de change est un bien qui peut être négocié d'une partie à une autre. Le titre sur une lettre de change, comme un chèque, s'obtient par négociation. La personne qui obtient ce titre a le droit de présenter la lettre de change au tiré pour paiement, ainsi que celui de recouvrer cette somme auprès du tireur si la lettre est refusée par le tiré. Lorsqu'une banque verse à son client le montant d'un chèque auquel il n'a pas droit, cela constitue un détournement dont elle a la responsabilité stricte envers le propriétaire du chèque. En principe, la négligence contributive ne saurait être invoquée dans le contexte d'un délit de responsabilité stricte. S'il faut introduire la notion de négligence contributive dans ce domaine du droit, ce doit être à la demande du législateur.

L'intimée est, en l'espèce, responsable à première vue de détournement envers le tireur. La règle générale veut qu'un endossement contrefait ou non autorisé n'ait aucun effet et qu'une telle signature ne confère pas le droit de garder la lettre ou d'obliger à en effectuer le paiement. Une exception à cette règle est prévue au par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*, qui prévoit qu'une lettre payable à une personne fictive ou qui n'existe pas peut être considérée comme payable au porteur. Un chèque payable au porteur peut être négocié par

not required. If the cheques in question were payable to fictitious persons, and could accordingly be treated as bearer cheques, the bank would become a "holder in due course" pursuant to s. 73 of the Act despite the forged and missing endorsements and would consequently have a defence against liability for conversion. The policy underlying the fictitious person rule seems to be that a drawer who has drawn a cheque payable to order, not intending that the payee receive payment, loses, by his or her conduct, the right to the protections afforded to a bill payable to order.

Many of the cheques in question were payable to "real" persons, albeit persons to whom no money was owed by the companies. Because A, the writer of the cheques, did not intend these payees to receive the proceeds of the cheques, the Court of Appeal concluded that the drawer of the cheques intended them to be payable to bearer. The Court of Appeal erred in focussing on A's intention. It is the intention of the drawer that is significant for the purpose of s. 20(5), not the intention of the signatory of the cheque. A is not the drawer because she cannot be said to be the guiding mind of the corporate appellants; she simply had signing authority within limited circumstances. The relevant intention in this case is that of the appellant companies, as expressed by their guiding mind.

Where a drawer is fraudulently induced by another person into issuing a cheque for the benefit of a real person to whom no obligation is owed, the cheque is to be considered payable to the payee and not to a fictitious person. Here the cheques payable to actual persons associated with the appellants were not payable to fictitious persons, and could not be treated by the respondent bank as payable to bearer. While many of the cheques were made payable not to actual persons associated with the companies, but to "J. Lam" and "J. R. Lam", M was reasonably mistaken in thinking that the payee was an individual associated with his companies. These cheques thus could not be treated by the respondent bank as payable to bearer. While the cheques certainly were "delivered" by A to the respondent bank within the meaning of s. 2 of the Act, for negotiation to be effected endorsement by the payee was required.

Under s. 165(3) of the Act, a bank that collects a cheque for deposit to the credit of a person and that

simple «livraison» à la banque; il n'a pas besoin d'être endossé. Si les chèques en question étaient payables à des personnes fictives et pouvaient donc être considérés comme des chèques payables au porteur, la banque deviendrait un «détenteur régulier», conformément à l'art. 73 de la Loi, même s'il y avait falsification ou absence d'endossement, et disposerait donc d'un moyen de défense opposable à une action pour détournement. Le principe sous-jacent à la règle de la personne fictive semble être le suivant: si une personne a tiré un chèque payable à ordre, sans vouloir que le preneur reçoive paiement, elle perd, en raison de sa conduite, le droit aux mesures de protection dont bénéficie une lettre de change payable à ordre.

Bon nombre des chèques en cause étaient payables à des personnes «réelles», quoique ce fussent des personnes à qui les compagnies ne devaient pas d'argent. Parce que A, l'auteur des chèques, ne voulait pas que ces preneurs reçoivent les montants en question, la Cour d'appel a conclu que le tireur des chèques voulait qu'ils soient payables au porteur. La Cour d'appel a commis une erreur en se concentrant sur l'intention de A. C'est l'intention du tireur qui est importante pour les fins du par. 20(5) et non celle du signataire du chèque. A n'est pas le tireur parce qu'on ne peut dire qu'elle est l'âme dirigeante des compagnies appelantes; elle était tout simplement autorisée à signer dans certaines circonstances. En l'espèce, l'intention pertinente est celle des compagnies appelantes, exprimée par leur âme dirigeante.

Lorsqu'un tireur est amené frauduleusement par une autre personne à émettre un chèque au profit d'une personne existante envers qui il n'existe aucune obligation, le chèque doit être considéré comme payable au preneur et non à une personne fictive. En l'espèce, les chèques payables à des personnes existantes ayant des liens avec les appelantes n'étaient pas payables à des personnes fictives, et la banque intimée ne pouvait pas les considérer comme payables au porteur. Même si de nombreux chèques étaient payables non pas à des personnes existantes ayant des liens avec les compagnies, mais plutôt à «J. Lam» et à «J. R. Lam», M a raisonnablement cru à tort que le preneur était une personne ayant des liens avec ses compagnies. Ces chèques ne pouvaient donc pas être considérés par la banque intimée comme payables au porteur. Bien que les chèques aient sûrement été «livrés» par A à la banque intimée, au sens de l'art. 2 de la Loi, ils devaient, pour être négociés, porter l'endossement du preneur.

Aux termes du par. 165(3) de la Loi, lorsqu'une banque encaisse un chèque en vue de le déposer au

credits that person with the amount of the cheque acquires all the rights and powers of a holder in due course of the cheque. The "person" in this section means a person who is entitled to the cheque. Consequently, s. 165(3) does not apply to the facts of this case. A was not the payee or a legitimate endorsee of the cheques in question, and accordingly she was not a "person" within the meaning of s. 165(3). Absent valid endorsements, the cheques were not validly negotiated to the bank. As a result, the respondent bank took the cheques subject to the equities of the situation. A was not entitled to the cheques, but the respondent bank credited her with the amount of those cheques. This constitutes conversion, for which the bank is strictly liable.

Per La Forest and McLachlin JJ. (dissenting on the appeal): The underlying conflict that arises when trying to decide the scope and application of s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act* is that of the allocation of loss as between the accepting bank and the drawer of a fraudulent cheque. This conflict becomes ripe when it is an employee of the drawer, or a third person, who perpetrates the fraud and the loss must be borne by one of two innocent parties. As between the employer/drawer and the accepting bank, the employer/drawer should bear the risk of any loss and is in the best position to minimize that risk. As demonstrated by the facts of this case, it is easy enough for the perpetrator to forge the endorsement of the named payee and there is no way for the bank to verify the authenticity of the signature. On the other hand, the employer/drawer is in a much better position to put a stop to fraud of this type and is at least in an equal position to bear any loss. As a matter of course, any risk of loss on the part of a large corporation is generally covered by fidelity insurance. It is also possible for large-scale fraud to be discovered through audits or other protective measures. Allocating the loss to the accepting bank removes all incentive from a corporation to pursue business practices that will minimize such losses. Furthermore, such an allocation does not fit in well with the general scheme of bills of exchange, since the essence of a bill of exchange is its negotiability and the finality of payment inherent to such a negotiation.

Of the 155 fraudulent cheques, 41 were made out to existing employees of the appellants. With respect to the three cheques out of the 41 which A fraudulently produced and then induced M to sign, the respondent bank's defence under s. 20(5) must fail in light of this

compte d'une personne et qu'elle porte au crédit de celle-ci le montant du chèque, elle acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque. La «personne» visée à ce paragraphe est une personne ayant droit au chèque. En conséquence, le par. 165(3) ne s'applique pas aux faits de la présente affaire. A n'était ni le preneur ni un endossataire légitime des chèques en question et n'était donc pas une «personne» au sens du par. 165(3). Sans endossement valide, les chèques n'ont pas été validement négociés à la banque. Par conséquent, la banque intimée a accepté les chèques sous réserve des droits susceptibles d'exister en *equity*. A n'avait pas droit aux chèques, mais la banque intimée lui en a crédité le montant. Cela constitue un détournement dont la banque a la responsabilité stricte.

Les juges La Forest et McLachlin (dissidents quant au pourvoi principal): Le conflit sous-jacent à toute tentative de déterminer la portée et l'application du par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change* réside dans la répartition de la perte entre la banque qui a accepté un chèque frauduleux, et le tireur de ce chèque. Ce conflit atteint son paroxysme quand c'est un employé du tireur, ou un tiers, qui commet la fraude et que la perte doit être assumée par l'une de deux parties innocentes. En ce qui concerne l'employeur-tireur et la banque-accepteur, c'est l'employeur-tireur qui doit assumer le risque de perte et qui est le mieux placé pour réduire au minimum ce risque. Comme le montrent les faits de la présente affaire, le fraudeur peut assez aisément falsifier l'endossement du preneur nommé et la banque n'a aucun moyen de vérifier l'authenticité de la signature. En revanche, l'employeur-tireur est beaucoup mieux placé pour mettre fin à ce genre de fraude et est au moins aussi bien placé pour assumer toute perte subie. Il va sans dire que tout risque de perte auquel est exposée une grande entreprise est généralement couvert par une assurance contre les détournements. Il est également possible de déceler la fraude sur grande échelle par des vérifications et d'autres mesures de protection. Faire assumer la perte par la banque-accepteur enlève à une société toute incitation à poursuivre des pratiques commerciales propres à réduire au minimum ces pertes. De plus, faire assumer la perte par la banque-accepteur ne cadre pas bien avec l'économie du régime des lettres de change, puisque l'essence d'une lettre de change est sa négociabilité et l'irrévocabilité du paiement inhérent à la négociation de cette lettre.

Parmi les 155 chèques frauduleux, 41 étaient payables à des employés existants des appelantes. En ce qui concerne les trois chèques, sur les 41, que A a rédigés frauduleusement, pour ensuite inciter M à les signer, le moyen de défense que la banque intimée a invoqué en

Court's decision in *Concrete Column Clamps*. However, the remaining 38 cheques prepared and signed by A, and payable by way of pretence to employees of the appellants, are payable to fictitious persons within the meaning of s. 20(5) of the Act and consequently must be treated as payable to bearer. The respondent bank is a holder in due course of these cheques and cannot be liable to the appellants for conversion. The application of the law of agency leads to the inevitable conclusion that where the fraudulent employee is a signing officer of the drawer, then his or her intent must be taken as being the intent of the drawer. While A clearly acted beyond the ambit of what the appellants had in mind when she prepared and signed cheques made out to payees who were not their creditors, it is equally clear that to the eyes of a third party she would have had the apparent authority to sign the cheques as she was an acknowledged signing officer of both companies. The intent of A is thus also the intent of the appellants, the drawer of the cheques. Assuming it is possible to do so, this is not an appropriate case for apportionment.

The test for a non-existent person under s. 20(5) is an objective one and involves a determination of whether the payee is a matter of invention and not a real person. The 114 cheques payable to D. Lam, J. Lam or J. R. Lam were payable to non-existent persons within the meaning of s. 20(5) and are therefore to be treated as payable to bearer. The respondent bank is accordingly a holder in due course of these cheques and has a complete defence against the action of the appellants. Section 165(3) should be given the interpretation adopted by Iacobucci J. both to avoid disharmony with the general scheme for cheques set out in the Act and to prevent injustice, and is thus not available as a defence to the respondent bank on the facts of this case. Since the respondent did not cross-appeal with respect to the application of s. 20(5), the judgment of the Court of Appeal should stand as is.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Distinguished: *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488; **disapproved:** *Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 736; **referred to:** *Number 10 Management Ltd. v. Royal Bank of*

vertu du par. 20(5) doit échouer, compte tenu de l'arrêt *Concrete Column Clamps* de notre Cour. Cependant, les 38 autres chèques rédigés et signés par A, et apparemment payables à des employés des appelantes, sont payables à des personnes fictives au sens du par. 20(5) de la Loi et doivent donc être tenus pour payables au porteur. La banque intimée est le détenteur régulier de ces chèques et ne saurait être responsable de détournement envers les appelantes. L'application du droit des mandats amène inévitablement à conclure que, lorsque l'employé malhonnête est un signataire autorisé du tireur, son intention doit alors être considérée comme étant celle du tireur. Bien qu'il soit clair que A est allée au-delà de ce que les appelantes avaient à l'esprit quand elle a rédigé et signé les chèques payables à des preneurs qui n'étaient pas leurs créanciers, il est également clair qu'aux yeux d'une tierce partie elle était apparemment autorisée à signer les chèques, car elle était une signataire reconnue des deux compagnies. L'intention de A est donc aussi l'intention des appelantes qui sont le tireur des chèques. À supposer que cela soit possible, la présente affaire ne se prête pas à une répartition de la perte.

Le critère applicable à la personne qui n'existe pas au sens du par. 20(5) est un critère objectif et consiste notamment à se demander si le preneur d'un chèque est une invention et n'est pas une personne réelle. Les 114 chèques payables à D. Lam, J. Lam ou J. R. Lam étaient payables à des personnes qui n'existaient pas au sens du par. 20(5) et doivent être considérés comme payables au porteur. Par conséquent, la banque intimée est le détenteur régulier de ces chèques et jouit d'un moyen de défense complet contre l'action des appelantes. Le paragraphe 165(3) devrait être interprété comme le fait le juge Iacobucci, à la fois pour éviter qu'il soit incompatible avec l'économie du régime des chèques établi dans la Loi et pour empêcher qu'une injustice ne soit commise, et d'après les faits du présent pourvoi, il ne saurait donc être invoqué comme moyen de défense par la banque intimée. Étant donné que l'intimée n'a pas formé de pourvoi incident relativement à l'application du par. 20(5), l'arrêt de la Cour d'appel doit demeurer inchangé.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Distinction d'avec l'arrêt: *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488; **arrêt critiqué:** *Toronto-Dominion Bank c. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 736; **arrêts mentionnés:** *Number 10 Management*

Canada (1976), 69 D.L.R. (3d) 99; *Marfani & Co. v. Midland Bank, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 573; *Jervis B. Webb Co. v. Bank of Nova Scotia* (1965), 49 D.L.R. (2d) 692; *Ontario Woodsworth Memorial Foundation v. Grozbord*, [1969] S.C.R. 622; *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Banque Canadienne Nationale*, [1934] S.C.R. 596; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456; *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107; *Gough Electric Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1986), 34 B.L.R. 17; *Royal Bank of Canada v. Wild* (1974), 51 D.L.R. (3d) 188.

By La Forest J. (dissenting on the appeal)

Bank of England v. Vagliano Brothers, [1891] A.C. 107; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456; *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488; *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *Harley v. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135; *London Life Insurance Co. v. Molsons Bank* (1904), 8 O.L.R. 238; *Metropolitan Life Insurance Co. v. Quebec Bank* (1916), 50 C.S. 214; *Canadian Laboratory Supplies Ltd. v. Engelhard Industries of Canada Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 787; *Clutton v. George Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90; *Grey v. Pearson* (1857), 6 H.L.C. 60; *Caledonian Railway Co. v. North British Railway Co.* (1881), 6 App. Cas. 114.

Statutes and Regulations Cited

Bills of Exchange Act, R.S.C., 1985, c. B-4, ss. 2 "bearer", "delivery", "endorsement", "holder", 20(2), (3), (4), (5), 38, 39(1)(a), (2), 48(1), (3), 49(1), 55(1), 59, 73, 165(3).
Bills of Exchange Act, 1882 (U.K.), 45 & 46 Vict., c. 61, s. 60.
Bills of Exchange Act, 1890, S.C. 1890, c. 33, s. 21.

Authors Cited

Canada. Law Reform Commission. *The Cheque: Some Modernization*. Ottawa: The Commission, 1979.
 Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada*, 8th ed. By Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book, 1986.
Dictionary of Canadian Law, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, "drawer".

Ltd. c. Royal Bank of Canada (1976), 69 D.L.R. (3d) 99; *Marfani & Co. c. Midland Bank, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 573; *Jervis B. Webb Co. c. Bank of Nova Scotia* (1965), 49 D.L.R. (2d) 692; *Ontario Woodsworth Memorial Foundation c. Grozbord*, [1969] R.C.S. 622; *Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. c. Banque Canadienne Nationale*, [1934] R.C.S. 596; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456; *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107; *Gough Electric Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1986), 34 B.L.R. 17; *Royal Bank of Canada c. Wild* (1974), 51 D.L.R. (3d) 188.

Citée par le juge La Forest (dissident quant au pourvoi principal)

Bank of England c. Vagliano Brothers, [1891] A.C. 107; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456; *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488; *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *Harley c. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135; *London Life Insurance Co. c. Molsons Bank* (1904), 8 O.L.R. 238; *Metropolitan Life Insurance Co. c. Quebec Bank* (1916), 50 C.S. 214; *Canadian Laboratory Supplies Ltd. c. Engelhard Industries of Canada Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 787; *Clutton c. George Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90; *Grey c. Pearson* (1857), 6 H.L.C. 60; *Caledonian Railway Co. c. North British Railway Co.* (1881), 6 App. Cas. 114.

Lois et règlements cités

Acte des lettres de change, 1890, S.C. 1890, ch. 33, art. 21.
Bills of Exchange Act, 1882 (R.-U.), 45 & 46 Vict., ch. 61, art. 60.
Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), ch. B-4, art. 2 «détenteur», «endossement ou endos», «livraison», «porteur», 20(2), (3), (4), (5), 38, 39(1)a), (2), 48(1), (3), 49(1), 55(1), 59, 73, 165(3).

Doctrine citée

Canada. Commission de réforme du droit. *Le chèque: un peu plus moderne*. Ottawa: La Commission, 1979.
 Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada*, 8th ed. By Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book, 1986.
Dictionary of Canadian Law, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, «drawer».

- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Falconbridge, John Delatre. *Banking and Bills of Exchange*, 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 1956.
- Geva, Benjamin. "The Fictitious Payee and Payroll Padding: Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd." (1977-78), 2 *C.B.L.J.* 418.
- Martin, Sheilah L. "Section 165(3) of the Bills of Exchange Act" (1985-86), 11 *C.B.L.J.* 23.
- Ogilvie, M. H. *Canadian Banking Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
- Ogilvie, M. H. "Should the Collecting Banker Be the Drawer's Insurer?: *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*" (1994), 9 *B.F.L.R.* 227.
- Rafferty, Nicholas. "Forged Cheques: A Consideration of the Rights and Obligations of Banks and Their Customers" (1979-80), 4 *C.B.L.J.* 208.
- Scott, Stephen A. "The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History" (1973), 19 *McGill L.J.* 78.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201, 120 D.L.R. (4th) 250, [1995] 2 W.W.R. 435, 52 B.C.A.C. 161, 86 W.A.C. 161, 19 B.L.R. (2d) 166, varying a judgment of the British Columbia Supreme Court (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197, [1993] 7 W.W.R. 368, allowing the appellants' action in damages. Appeal allowed, La Forest and McLachlin JJ. dissenting, and cross-appeal dismissed.

Bruce B. Clark, for the appellants.

Keith E. W. Mitchell and *H. Rhys Davies*, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — In the main, this appeal raises issues concerning the tort of conversion with respect to cheques, the meaning of fictitious or non-existing persons in s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C., 1985, c. B-4 (the "Act"),

- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Falconbridge, John Delatre. *Banking and Bills of Exchange*, 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 1956.
- Geva, Benjamin. «The Fictitious Payee and Payroll Padding: Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.» (1977-78), 2 *C.B.L.J.* 418.
- Martin, Sheilah L. «Section 165(3) of the Bills of Exchange Act» (1985-86), 11 *C.B.L.J.* 23.
- Ogilvie, M. H. *Canadian Banking Law*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
- Ogilvie, M. H. «Should the Collecting Banker Be the Drawer's Insurer?: *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*» (1994), 9 *B.F.L.R.* 227.
- Rafferty, Nicholas. «Forged Cheques: A Consideration of the Rights and Obligations of Banks and Their Customers» (1979-80), 4 *C.B.L.J.* 208.
- Scott, Stephen A. «The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History» (1973), 19 *R.D. McGill* 78.

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201, 120 D.L.R. (4th) 250, [1995] 2 W.W.R. 435, 52 B.C.A.C. 161, 86 W.A.C. 161, 19 B.L.R. (2d) 166, qui a modifié une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197, [1993] 7 W.W.R. 368, qui avait accueilli l'action en dommages-intérêts des appelantes. Pourvoi principal accueilli, les juges La Forest et McLachlin sont dissidents, et pourvoi incident rejeté.

Bruce B. Clark, pour les appelantes.

Keith E. W. Mitchell et *H. Rhys Davies*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Dans l'ensemble, le présent pourvoi soulève des questions concernant le délit de détournement relatif à des chèques, l'interprétation de l'expression «personne fictive ou qui n'existe pas» au par. 20(5) de la *Loi sur les lettres*

and the defence of a holder in due course under s. 165(3) of the Act.

de change, L.R.C. (1985), ch. B-4 (la «Loi»), et le moyen de défense du détenteur régulier au sens du par. 165(3) de la Loi.

I. Background

I. Le contexte

2 The appellants Boma Manufacturing Ltd. and Panabo Sales Ltd. are associated companies in the business of manufacturing and marketing small souvenir items. The only shareholders and officers of the companies are Boris Mange and Ursula Mange.

Les appelantes Boma Manufacturing Ltd. et Panabo Sales Ltd. sont des compagnies associées dans le commerce de la fabrication et de la commercialisation des petits souvenirs. Les seuls actionnaires et dirigeants de ces compagnies sont Boris Mange et Ursula Mange.

3 The appellants' bookkeeper Donna Alm committed fraud against the companies by way of issuing a long series of fraudulent cheques. These cheques were honoured by her bank, the respondent Canadian Imperial Bank of Commerce ("CIBC") over the course of five years. The appellants brought an action in negligence, and in the alternative, conversion, against their bank, the Royal Bank of Canada, and against the respondent.

L'aide-comptable des appelantes, Donna Alm, a fraudé les compagnies en émettant toute une série de chèques frauduleux. Ces chèques ont été honorés par sa banque, la Banque Canadienne Impériale de Commerce intimée («CIBC») pendant une période de cinq ans. Les appelantes ont intenté une action pour négligence et, subsidiairement, une action pour détournement contre leur banque, la Banque Royale du Canada, et contre l'intimée.

4 Donna Alm had been working for the appellants since 1967. Her responsibilities included preparing the payroll, handling accounts receivable and payable, preparing cheques and reconciling bank statements. She was never an officer, director or shareholder of the companies. She was, however, a duly authorized signing officer on the bank accounts maintained by the companies, along with Boris and Ursula Mange. Cheques drawn on these accounts required only one authorized signature. It was understood that Alm was to sign cheques only when the others were unavailable to do so, and only with respect to legitimate obligations of the companies.

Donna Alm était au service des appelantes depuis 1967. Ses tâches consistaient notamment à préparer les feuilles de paye, à s'occuper des comptes débiteurs et des comptes créditeurs, à préparer les chèques et à rapprocher les relevés bancaires. Elle n'a jamais été dirigeante, administratrice ou actionnaire des compagnies. Cependant, à l'instar de Boris et d'Ursula Mange, elle était une signataire autorisée relativement aux comptes bancaires des compagnies. Les chèques tirés sur ces comptes n'exigeaient qu'une signature autorisée. Il était entendu que Alm ne signerait des chèques que dans le cas où les autres personnes ne pourraient pas le faire, et ce, uniquement à l'égard des obligations légitimes des compagnies.

5 Donna Alm's sole supervisor was Boris Mange. He would occasionally look at the cheque register and monthly bank statements. However, no routine, internal or independent audits were ever undertaken prior to discovery of the fraud.

Le seul superviseur de Donna Alm était Boris Mange. Ce dernier vérifiait, à l'occasion, le registre des chèques et les relevés bancaires mensuels. Cependant, avant la découverte de la fraude, aucune vérification systématique, interne ou indépendante n'avait été effectuée.

Between 1982 and 1987, Donna Alm operated three bank accounts at a CIBC branch in North Vancouver, as follows:

- (a) a chequing account in the name of Donna Alm's first husband, John R. Alm;
- (b) a joint chequing account in the name of Donna and John R. Alm; after February 10, 1987, this account became a joint account for Donna Alm and her second husband Lou Hilford;
- (c) a chequing account in the name of Donna Alm; this account also became joint with Lou Hilford after February 10, 1987.

Between December 8, 1982 and May 6, 1987, Alm used the appellants' pre-printed cheque forms to create some 155 cheques totalling \$91,289.54, payable to a number of persons connected with the appellants, including Boris Mange, Ursula Mange, several employees, and one of the subcontractors, Van Sang Lam. The cheques payable to Lam were, with one exception, made to "J. Lam" or "J. R. Lam", the initials and the last name mimicking the name of Donna Alm's first husband. Alm signed 146 of the cheques on behalf of the appellants, and fraudulently obtained Boris Mange's signature on the other nine. Alm deposited all the cheques into one of her accounts at the CIBC.

The appellants had entered into a verification agreement with the Royal Bank in connection with their accounts, which excepted "any payments made on forged or unauthorized endorsements". The fraudulently negotiated cancelled cheques were sent to the appellants, and most of them were removed and destroyed by Alm. Her conduct was not discovered until May 11, 1987, through a new assistant bookkeeper. Alm was immediately dismissed.

In April 1988, written notice with respect to some \$74,000 worth of cheques was given to the Royal Bank and to the CIBC. A complete listing of the fraudulent cheques was provided to the Royal

Entre 1982 et 1987, Donna Alm avait trois comptes bancaires à la succursale de la CIBC de North Vancouver:

- a) un compte de chèques au nom de son premier mari, John R. Alm;
- b) un compte de chèques conjoint aux noms de Donna et John R. Alm; après le 10 février 1987, ce compte est devenu un compte conjoint pour elle et son deuxième mari Lou Hilford;
- c) un compte de chèques à son nom personnel; après le 10 février 1987, ce compte est également devenu un compte conjoint avec Lou Hilford.

Entre le 8 décembre 1982 et le 6 mai 1987, Alm s'est servie des formulaires de chèque préimprimés des appelantes pour rédiger quelque 155 chèques dont le montant total s'élevait à 91 289,54 \$ et qui étaient payables à un certain nombre de personnes ayant des liens avec les appelantes, y compris Boris Mange, Ursula Mange, plusieurs employés et un sous-traitant, Van Sang Lam. Les chèques payables à Lam étaient faits, sauf un, à l'ordre de «J. Lam» ou «J. R. Lam», les initiales et le nom de famille imitant le nom du premier mari de Donna Alm. Alm a signé 146 des chèques pour le compte des appelantes et a frauduleusement obtenu la signature de Boris Mange pour les neuf autres chèques. Alm a déposé tous les chèques dans l'un de ses comptes à la CIBC.

Les appelantes avaient conclu un accord de vérification avec la Banque Royale relativement à leurs comptes, qui excluait [TRADUCTION] «tout paiement effectué sur la foi d'un endossement falsifié ou non autorisé». Les chèques frauduleusement négociés et oblitérés ont été retournés aux appelantes et la plupart ont été retirés de la circulation et détruits par Alm. Sa conduite n'a été découverte que le 11 mai 1987 par un nouvel aide-comptable adjoint. Alm a été congédiée immédiatement.

En avril 1988, un avis écrit concernant des chèques représentant un montant de quelque 74 000 \$ a été donné à la Banque Royale et à la CIBC. À la suite d'une enquête policière, une liste

Bank and the CIBC in May of 1989, following a police investigation.

complète de tous les chèques frauduleux a été remise à la Banque Royale et à la CIBC en mai 1989.

¹⁰ The CIBC's policy with respect to a customer wishing to deposit a third party cheque to her account was to require that the cheque be endorsed by the payee. If there was no endorsement by the payee, the teller was to return the cheque to the customer. However, 107 of the cheques payable to "J. Lam" or "J. R. Lam" were accepted by the CIBC for deposit in one or the other of the three accounts without endorsement. The tellers apparently assumed that the payee was "J. Alm" or "J. R. Alm", Donna Alm's first husband, and so accepted the cheques without endorsement, contrary to policy. Donna Alm was a longstanding customer of the CIBC branch in question, and was considered to be reliable. The tellers also assumed, given the large number of transactions involving the appellants' cheques signed by Donna Alm, that Donna Alm owned the appellant companies. Some of the Lam cheques, and all of the cheques payable to other third parties, bore the forged endorsement of the payee, the forgeries having been perpetrated by Donna Alm.

Dans le cas où un client souhaitait déposer à son compte le chèque d'une tierce partie, la CIBC avait comme politique d'exiger l'endossement du chèque par le preneur. Si le chèque n'était pas endossé par le preneur, le caissier ou la caissière devait le retourner au client. Cependant, la CIBC a accepté, sans endossement, 107 des chèques payables à «J. Lam» ou à «J. R. Lam» pour dépôt dans l'un ou l'autre des trois comptes. Les caissiers ou caissières ont apparemment supposé que le preneur était «J. Alm» ou «J. R. Alm», le premier mari de Donna Alm, et ont accepté les chèques sans endossement, contrairement à la politique de la banque. Donna Alm était une cliente de longue date de la succursale en cause de la CIBC et était considérée comme une personne fiable. En raison du grand nombre d'opérations comportant les chèques des appelantes signés par Donna Alm, les caissiers ou caissières ont aussi supposé que Donna Alm était propriétaire des compagnies appelantes. Certains des chèques à l'ordre de Lam et tous les chèques payables à d'autres tierces parties portaient l'endossement falsifié du preneur, l'auteur des faux étant Donna Alm.

¹¹ The appellants were successful at trial, and the Royal Bank was ordered to pay \$5,390.12, and the CIBC was ordered to pay \$91,289.54: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197, [1993] 7 W.W.R. 368. CIBC appealed the decision before a five-member panel. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal, reducing the judgment so as to reflect only the amount of the nine cheques bearing Boris Mange's signature: (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201, 120 D.L.R. (4th) 250, [1995] 2 W.W.R. 435, 52 B.C.A.C. 161, 86 W.A.C. 161, 19 B.L.R. (2d) 166. A minority of two would have also held the CIBC liable for the amount of the 103 cheques signed by Donna Alm that were not endorsed.

Les appelantes ont eu gain de cause au procès, le tribunal ordonnant à la Banque Royale et à la CIBC de payer, respectivement, les sommes de 5 390, 12 \$ et de 91 289,54 \$: (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197, [1993] 7 W.W.R. 368. La CIBC en a appelé de cette décision devant une formation de cinq juges. La Cour d'appel à la majorité a accueilli l'appel, réduisant le montant du jugement de façon à ne refléter que les neuf chèques portant la signature de Boris Mange: (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201, 120 D.L.R. (4th) 250, [1995] 2 W.W.R. 435, 52 B.C.A.C. 161, 86 W.A.C. 161, 19 B.L.R. (2d) 166. Deux juges minoritaires auraient aussi statué que la CIBC était responsable du montant des quelque 103 chèques signés par Donna Alm, qui n'avaient pas été endossés.

II. Relevant Statutory Provisions

Bills of Exchange Act, R.S.C., 1985, c. B-4

2. In this Act,

“bearer” means the person in possession of a bill or note that is payable to bearer;

“delivery” means transfer of possession, actual or constructive, from one person to another;

“endorsement” means an endorsement completed by delivery;

“holder” means the payee or endorsee of a bill or note who is in possession of it, or the bearer thereof;

20. . . .

(2) A negotiable bill may be payable either to order or to bearer.

(3) A bill is payable to bearer that is expressed to be so payable, or on which the only or last endorsement is an endorsement in blank.

(4) Where a bill is not payable to bearer, the payee must be named or otherwise indicated therein with reasonable certainty.

(5) Where the payee is a fictitious or non-existing person, the bill may be treated as payable to bearer.

39. (1) As between immediate parties and as regards a remote party, other than a holder in due course, the delivery of a bill

(a) in order to be effectual must be made either by or under the authority of the party drawing, accepting or endorsing, as the case may be. . . .

(2) Where the bill is in the hands of a holder in due course, a valid delivery of the bill by all parties prior to him, so as to make them liable to him, is conclusively presumed.

48. (1) Subject to this Act, where a signature on a bill is forged, or placed thereon without the authority of the person whose signature it purports to be, the forged or unauthorized signature is wholly inoperative, and no right to retain the bill or to give a discharge therefor or

II. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les lettres de change, L.R.C. (1985), ch. B-4

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«détenteur» Soit le preneur ou l'endossataire d'une lettre ou d'un billet qui en a la possession, soit le porteur de ces effets.

«endossement» ou «endos» Endossement complété par livraison.

«livraison» Transfert de possession réelle ou présumée d'une personne à une autre.

«porteur» La personne en possession d'une lettre ou d'un billet payable au porteur.

20. . . .

(2) Une lettre négociable peut être payable à ordre ou au porteur.

(3) La lettre est payable au porteur lorsqu'elle comporte une clause à cet effet ou lorsque l'unique ou le dernier endossement est un endossement en blanc.

(4) La lettre qui n'est pas payable au porteur porte le nom du preneur ou une désignation suffisamment précise de celui-ci.

(5) La lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas peut être considérée comme payable au porteur.

39. (1) Entre les parties immédiates et en ce qui concerne toute autre partie qui n'est pas détenteur régulier:

a) la livraison doit, pour produire son effet, être faite par le tireur, l'accepteur ou l'endosseur, selon le cas, ou avec leur autorisation. . . .

(2) Le fait que la lettre soit entre les mains d'un détenteur régulier est la présomption irréfutable qu'une livraison valable de l'effet a été effectuée par toutes les parties antérieures de façon à les obliger envers lui.

48. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, toute signature contrefaite, ou apposée sans l'autorisation du présumé signataire, n'a aucun effet et ne confère pas le droit de garder la lettre, d'en donner libération ni d'obliger une partie à celle-ci à en effectuer

to enforce payment thereof against any party thereto can be acquired through or under that signature, unless the party against whom it is sought to retain or enforce payment of the bill is precluded from setting up the forgery or want of authority.

49. (1) Where a bill bearing a forged or an unauthorized endorsement is paid in good faith and in the ordinary course of business by or on behalf of the drawee or acceptor, the person by whom or on whose behalf the payment is made has the right to recover the amount paid from the person to whom it was paid or from any endorser who has endorsed the bill subsequent to the forged or unauthorized endorsement if notice of the endorsement being a forged or an unauthorized endorsement is given to each such subsequent endorser within the time and in the manner mentioned in this section.

55. (1) A holder in due course is a holder who has taken a bill, complete and regular on the face of it, under the following conditions, namely,

(a) that he became the holder of it before it was overdue and without notice that it had been previously dishonoured, if such was the fact; and

(b) that he took the bill in good faith and for value, and that at the time the bill was negotiated to him he had no notice of any defect in the title of the person who negotiated it.

59. (1) A bill is negotiated when it is transferred from one person to another in such a manner as to constitute the transferee the holder of the bill.

(2) A bill payable to bearer is negotiated by delivery.

(3) A bill payable to order is negotiated by the endorsement of the holder.

73. The rights and powers of the holder of a bill are as follows:

(a) he may sue on the bill in his own name;

(b) where he is a holder in due course, he holds the bill free from any defect of title of prior parties, as well as from mere personal defences available to prior parties among themselves, and may enforce payment against all parties liable on the bill;

(c) where his title is defective, if he negotiates the bill to a holder in due course, that holder obtains a good and complete title to the bill; and

le paiement, sauf dans les cas où la partie visée n'est pas admise à établir le faux ou l'absence d'autorisation.

49. (1) Le tiré ou l'accepteur qui paye, ou au nom de qui est payée, de bonne foi et selon l'usage commercial normal, une lettre portant un endossement irrégulier — faux ou non autorisé — a le droit de recouvrer la somme ainsi payée de la personne à qui elle l'a été ou de l'auteur d'un endossement postérieur à l'endossement irrégulier, si chaque endosseur subséquent est avisé de l'irrégularité en cause dans le délai et de la manière prévus au présent article.

55. (1) Est un détenteur régulier celui qui a pris une lettre, manifestement complète et régulière, dans les conditions suivantes:

a) il en est devenu détenteur avant son échéance et sans avoir été avisé d'un refus d'acceptation ou de paiement;

b) il a pris la lettre de bonne foi et à titre onéreux et, à la date de la négociation, n'avait été avisé d'aucun vice affectant le titre du cédant.

59. (1) Il y a négociation quand le transfert de la lettre constitue le cessionnaire en détenteur de la lettre.

(2) La lettre payable au porteur se négocie par livraison.

(3) La lettre payable à ordre se négocie par endossement du détenteur.

73. Les droits et pouvoirs du détenteur d'une lettre sont les suivants:

a) il peut intenter en son propre nom une action fondée sur la lettre;

b) le détenteur régulier détient la lettre libérée de tout vice de titre des parties qui le précèdent ainsi que des défenses personnelles que pouvaient faire valoir les parties antérieures entre elles; il peut exiger le paiement de toutes les parties obligées par la lettre;

c) le détenteur dont le titre est défectueux qui négocie la lettre à un détenteur régulier confère à celui-ci un titre valable et parfait sur la lettre;

(d) where his title is defective, if he obtains payment of the bill, the person who pays him in due course gets a valid discharge for the bill.

165. . . .

(3) Where a cheque is delivered to a bank for deposit to the credit of a person and the bank credits him with the amount of the cheque, the bank acquires all the rights and powers of a holder in due course of the cheque.

III. Judgments Appealed From

A. *British Columbia Supreme Court* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197

Macdonald J. first examined ss. 48(1), 48(3) and 49 of the *Bills of Exchange Act*. He noted that all the cheques involved in this case had been properly issued, as they had all been signed either by Alm or by Mange, both of whom were authorized signing officers.

After considering the claim against the Royal Bank (not in issue in the instant appeal), Macdonald J. turned to the claims against the CIBC. The appellants claimed in negligence, conversion, and under the provisions of the Act itself. The negligence claim was dismissed, Macdonald J. finding that the CIBC owed no duty of care to the appellants. He also stated that the negligent failure of the appellants to detect Alm's fraudulent conduct far outweighed any negligent conduct on the respondent's part.

Macdonald J. found the respondent to be *prima facie* liable for conversion. Accordingly, he considered whether any of the following defences raised by the respondent could defeat the conversion claim: (a) the "worthless paper" defence; (b) the s. 165(3) defence; (c) the "fictitious payee" defence; and (d) the "inadequate notice" defence.

With respect to the worthless paper defence, the trial judge noted that where the signature of the

d) la personne qui paie en temps voulu la lettre au détenteur dont le titre est défectueux est valablement libérée.

165. . . .

(3) Lorsqu'un chèque est livré à une banque en vue de son dépôt au compte d'une personne et que la banque porte au crédit de celle-ci le montant du chèque, la banque acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque.

III. Les juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 197

Le juge Macdonald a commencé par examiner les par. 48(1) et 48(3) ainsi que l'art. 49 de la *Loi sur les lettres de change*. Il a fait remarquer que tous les chèques en cause avaient été régulièrement émis puisqu'ils avaient tous été signés par Alm ou Mange, tous deux signataires autorisés.

Après avoir examiné la réclamation contre la Banque Royale (qui n'est pas en cause en l'espèce), le juge Macdonald a examiné celles contre la CIBC. Les appelantes ont fondé leur réclamation sur la négligence, le détournement et les dispositions de la Loi elle-même. La réclamation fondée sur la négligence a été rejetée, le juge Macdonald concluant que la CIBC n'avait aucune obligation de diligence envers les appelantes. Il a aussi affirmé que l'omission négligente des appelantes de déceler la conduite frauduleuse de Alm l'emportait de beaucoup sur toute conduite négligente de la part de l'intimée.

Le juge Macdonald a conclu que l'intimée était coupable à première vue de détournement. Il a donc examiné si l'un des moyens de défense suivants, opposés par l'intimée, pouvait faire échouer la réclamation fondée sur le détournement: a) le moyen de défense fondé sur l'«effet sans valeur», b) le moyen de défense fondé sur le par. 165(3), c) le moyen de défense fondé sur le «preneur fictif», et d) le moyen de défense fondé sur l'«avis insuffisant».

En ce qui concerne le moyen de défense fondé sur l'effet sans valeur, le juge de première instance

13

14

15

16

maker of the cheque is forged, the cheques are "worthless", and incapable of conversion. However, in this case, Donna Alm and Boris Mange were authorized signing officers. Accordingly, the cheques in question were not worthless paper.

17 With respect to the second defence, s. 165(3), Macdonald J. concluded as follows (at p. 207):

Where the endorsement is forged, or where the collecting bank neglects to require an endorsement by the payee and its own customer, that result would completely negate the effect of s. 48 of the Act. I accept the response of the [appellants] that "delivery" in s. 165(3) in these circumstances requires the authority of the drawer under s. 39(1)(a) of the Act, and that Donna Alm had no such authority. I reject the submission of C.I.B.C. that her authority to sign cheques on behalf of the [appellants] carried with it the authority to deliver the same. In my view, any such authority to deliver is limited to cheques properly drawn payable to creditors of the [appellants].

With regard to those cheques with forged endorsements, there can be no argument that Donna Alm had any authority from the named payees.

I reject the defence to conversion based on s. 165(3).

18 As a third defence, the CIBC submitted that the cheques in question had been made out to "fictitious payees", within the meaning of s. 20(5) of the Act. Accordingly, the respondent would be able to treat the cheques as payable to bearer, rather than payable to order, and negotiation of the cheques would not require endorsement, but only delivery. Macdonald J. found a complete answer to this issue in *Number 10 Management Ltd. v. Royal Bank of Canada* (1976), 69 D.L.R. (3d) 99, at p. 102, wherein the Manitoba Court of Appeal found that a collecting bank guarantees the endorsement of all properly issued bills of exchange, and that where the bank pays out money on a forged endorsement, the bank will be liable. Macdonald J. found this approach to be consistent with the scheme of the Act. He stated that as the drawer of a cheque owes no duty to its own bank to verify monthly statements, in the absence of a

a affirmé qu'un chèque est «sans valeur» et non susceptible de détournement lorsque la signature de son auteur est contrefaite. En l'espèce, cependant, Donna Alm et Boris Mange étaient des signataires autorisés. En conséquence, les chèques en question n'étaient pas des effets sans valeur.

En ce qui concerne le second moyen de défense, fondé sur le par. 165(3), le juge Macdonald arrive à la conclusion suivante (à la p. 207):

[TRADUCTION] L'endossement falsifié ou l'omission de la banque d'encaissement d'exiger un endossement du preneur et de son propre client rendraient complètement sans effet l'art. 48 de la Loi. J'accepte la réponse des [appelantes] que, dans ces circonstances, la «livraison» visée au par. 165(3) exige l'autorisation du tireur en vertu de l'al. 39(1)a) de la Loi et que Donna Alm n'avait pas cette autorisation. Je rejette l'argument de la C.I.B.C. que son autorisation de signer des chèques pour le compte des [appelantes] comportait celle de les livrer. À mon avis, cette autorisation de livrer ne vise que les chèques régulièrement payables à des créanciers des [appelantes].

En ce qui concerne les chèques avec endossements falsifiés, on ne saurait soutenir que Donna Alm avait l'autorisation des preneurs nommés.

Je rejette le moyen de défense fondé sur le par. 165(3), qui a été opposé au détournement.

Comme troisième moyen de défense, la CIBC a soutenu que les chèques en question avaient été émis au nom de «preneurs fictifs» au sens du par. 20(5) de la Loi. En conséquence, l'intimée pourrait considérer que les chèques sont payables au porteur plutôt que payables à ordre, et leur négociation ne nécessiterait pas l'endossement, mais seulement la livraison. Le juge Macdonald a trouvé une réponse exhaustive à cette question dans l'arrêt *Number 10 Management Ltd. c. Royal Bank of Canada* (1976), 69 D.L.R. (3d) 99, à la p. 102, dans lequel la Cour d'appel du Manitoba a conclu qu'une banque d'encaissement garantit l'endossement de toutes les lettres de change régulièrement émises et que sa responsabilité sera engagée si elle verse de l'argent sur la foi d'un endossement falsifié. Le juge Macdonald a conclu que ce point de vue était compatible avec l'économie de la Loi. Il a affirmé que, puisque le tireur d'un chèque n'a

verification agreement, then it certainly cannot owe any such duty to a collecting bank. He also noted that under s. 48(1) of the Act, a forged endorsement is wholly inoperative and gives no right either to retain the bill or enforce payment thereof. Macdonald J. agreed with the appellants that the fictitious payee defence is largely irrelevant to an action against a collecting bank for conversion, because in his view (at p. 208):

... a bearer cheque can be converted by a person not authorized to deliver it. Where the C.I.B.C. can be regarded as an agent for its dishonest customer to collect, as would appear to be the case under its practice set out in the Agreed Statement of Facts, it is responsible to the drawer for her conversion.

He concluded that, even if the cheques in question were payable to "fictitious persons" within the meaning of s. 20(5), and the CIBC was entitled to treat them as bearer cheques, the cheques were not "delivered" or "negotiated" and the CIBC did not acquire title to them. Accordingly, the CIBC had no right to obtain payment for the cheques from the appellants' bank accounts.

With respect to the last defence raised, Macdonald J. was of the view that notice had been provided within a reasonable time in this case.

The trial judge ultimately concluded that it was on the third ground advanced by the appellants that the claim should succeed, that is, under s. 49(1) of the Act. Under this section, where a cheque bearing a forged endorsement is paid, there is a right of recovery against any subsequent endorser. In his view, this section makes the CIBC "the guarantor of the validity of the payee's endorsement on the cheques in issue here" (p. 208), as stated in *Number 10 Management*. As for the cheques that were not endorsed, the trial judge stated that they had not been delivered within the meaning of s. 59(2). He also noted that the situation between the plain-

envers sa propre banque aucune obligation de vérifier ses relevés mensuels, en l'absence d'un accord de vérification, il ne peut sûrement pas avoir une telle obligation envers une banque d'encaissement. Il a également souligné qu'en vertu du par. 48(1) de la Loi un endossement falsifié n'a aucun effet et ne confère pas le droit de garder la lettre ou d'obliger une partie à celle-ci à en effectuer le paiement. Le juge Macdonald était d'accord avec les appelantes pour dire que le moyen de défense fondé sur le preneur fictif est en grande partie non pertinent à l'égard d'une action pour détournement intentée contre une banque d'encaissement parce que, selon lui (à la p. 208):

[TRADUCTION] ... un chèque au porteur peut être détourné par une personne non autorisée à en faire la livraison. Dans le cas où la C.I.B.C. peut être considérée comme un mandataire de sa cliente malhonnête, comme cela paraîtrait être le cas selon sa pratique exposée dans l'exposé conjoint des faits, elle est responsable envers le tireur du détournement commis par sa cliente.

Il a conclu que, même si les chèques étaient payables à des «personnes fictives» au sens du par. 20(5) et même si la CIBC avait le droit de les considérer comme des chèques au porteur, la CIBC n'en avait pas acquis le titre et qu'ils n'avaient été ni «livrés» ni «négociés». En conséquence, la CIBC n'avait pas le droit d'obtenir paiement de ces chèques sur les comptes bancaires des appelantes.

Quand au dernier moyen de défense invoqué, le juge Macdonald estimait que l'avis avait été donné à l'intérieur d'un délai raisonnable en l'espèce.

Le juge de première instance a finalement conclu que c'était en fonction du troisième moyen soulevé par les appelantes, celui fondé sur le par. 49(1) de la Loi, que la réclamation devait réussir. Aux termes de cette disposition, lorsqu'un chèque portant un endossement falsifié est payé, il existe un droit de recouvrement auprès de tout endosseur subséquent. À son avis, cette disposition rend la CIBC [TRADUCTION] «garante de la validité de l'endossement que les preneurs ont apposé sur les chèques ici en cause» (p. 208), tel que déclaré dans l'arrêt *Number 10 Management*. Quand aux chèques non endossés, le juge de première instance

tiff and a collecting bank should be different from the situation between the plaintiff and its own bank (at pp. 208-9):

The drawee bank is entitled to rely upon a person whom the drawer has authorized to conduct banking business on its behalf. There is no such connection between the drawer and the collecting bank, which is dependent upon its own customer for protection.

The system requires the collecting bank to verify the endorsement ahead of its own, and it must rely on its own customer in that regard by ensuring that sufficient funds remain in the customer's account until the cheque has cleared or count on that customer to cover any cheque not honoured by the drawee bank.

For these reasons, the CIBC's negligence in failing to obtain an endorsement on the "Lam" cheques was a bar to the CIBC's reliance upon any estoppel arising from the negligence of the appellants.

21 The trial judge ordered judgment against the Royal Bank for \$5,390.12, and judgment against the CIBC for the whole of the \$91,289.54 claimed.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201

1. Southin J.A. (for the majority)

22 Southin J.A. emphasized the following four facts, which in her view were critical to the resolution of the appeal: (1) the cheques involved were the drawers' cheques, rather than forgeries thereof; (2) Alm, the signatory of the 146 cheques, intended both to validate the cheques for the bank upon which they were drawn and to receive the proceeds; (3) Mange, the signatory of the nine cheques, intended to validate them for the Royal Bank, but did not intend that anyone other than the named payee should receive the proceeds; and (4), of the 155 cheques, 107 were collected by the CIBC, although they were payable to a third party and had not been endorsed.

a affirmé qu'ils n'avaient pas été livrés au sens du par. 59(2). Il a également souligné que la situation entre le demandeur et une banque d'encaissement devait être différente de celle qui existe entre le demandeur et sa propre banque (aux pp. 208 et 209):

[TRADUCTION] La banque tirée a le droit de se fier à une personne que le tireur a autorisée à faire des opérations bancaires en son nom. Il n'existe aucun lien de la sorte entre le tireur et la banque d'encaissement, dont la protection dépend de son propre client.

Le système exige que la banque d'encaissement vérifie l'endossement qui précède le sien, et elle doit, à cet égard, se fier à son propre client en s'assurant que celui-ci a, dans son compte, suffisamment de fonds jusqu'à ce que le chèque soit compensé, ou encore compter sur ce client pour couvrir tout chèque refusé par la banque tirée.

Pour ces motifs, la négligence dont la CIBC a fait preuve, en n'obtenant pas un endossement sur les chèques tirés au nom de «Lam», l'empêchait de se fier sur une fin de non-recevoir résultant de la négligence des appelantes.

Le juge de première instance a ordonné à la Banque Royale de payer la somme de 5 390,12 \$, et à la CIBC de payer la totalité des 91 289,54 \$ réclamés.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1994), 99 B.C.L.R. (2d) 201

1. Le juge Southin (au nom de la majorité)

Le juge Southin a fait ressortir les quatre faits suivants qui, à son avis, étaient essentiels au règlement de l'appel: (1) les chèques en cause étaient les chèques des tireurs et non des faux, (2) Alm, la signataire des 146 chèques, avait l'intention de valider les chèques pour la banque sur laquelle ils avaient été tirés et d'en toucher le montant, (3) Mange, le signataire des neuf chèques, avait l'intention de les valider pour la Banque Royale, mais ne voulait pas qu'une personne autre que le preneur nommé en touche le montant, et (4) des 155 chèques, 107 avaient été encaissés par la CIBC, même s'ils étaient payables à une tierce partie et n'avaient pas été endossés.

Southin J.A. concluded that the crux of the action in conversion was that the recipient of the proceeds, Donna Alm, was not the person intended to receive the funds. In this regard, it was important to determine whether it was the company's or the signatory's intention that was of relevance. Southin J.A. concluded that Alm, an authorized signing agent, had the power to bind her principal, and accordingly, it was Alm's intention that should prevail. Consequently, Southin J.A. was of the view that the action in relation to the 146 cheques that Alm had signed could not succeed, as there had been no misdirection of these cheques; Alm intended all along that they be directed to herself. The action in conversion could only succeed with respect to the nine cheques that Mange had signed, as they had truly been diverted from their intended recipient.

With respect to the application of s. 20(5) to the nine cheques signed by Mange, Southin J.A. noted that whether someone is "fictitious or non-existing" within the meaning of s. 20(5) of the Act must "depend on the intention of the drawer of the cheque, not the intention of the person who fills in the cheque" (p. 217). The intention of the drawer in this case, that is, the appellants, was that the payees receive payment. Accordingly, the payees were not fictitious persons, and the cheques could not be treated as payable to bearer.

Southin J.A. rejected the s. 165(3) defence raised by the CIBC. She stated that she was not "persuaded that Parliament intended, by s. 165(3), to give a bank an independent title to a cheque payable to A and intended by the drawer to be paid to A which was deposited to the account of B without any endorsement by A or with an endorsement by A which is forged" (p. 218). Accordingly, Southin J.A. held that the appellants were entitled to recover from the CIBC on the nine cheques signed by Mange. The award given at trial was reduced to the amount of the nine cheques.

Le juge Southin a conclu que le fait que Donna Alm, la personne qui a touché le montant des chèques, n'était pas celle à qui les fonds étaient destinés était au cœur de l'action pour détournement. À cet égard, il était important de déterminer si c'était l'intention de la compagnie ou celle de la signataire qui était pertinente. Le juge Southin a conclu que Alm, signataire autorisée, avait le pouvoir de lier son mandant et, par conséquent, que c'était l'intention de Alm qui devait prévaloir. Le juge Southin était donc d'avis que l'action relative aux 146 chèques que Alm avait signés ne pouvait réussir puisqu'il n'y avait pas eu de mauvaise utilisation de ces chèques, Alm ayant toujours voulu en bénéficier. L'action pour détournement ne pouvait réussir que relativement aux neuf chèques que Mange avait signés puisqu'ils avaient été véritablement détournés du bénéficiaire auquel ils étaient destinés.

En ce qui concerne l'application du par. 20(5) aux neuf chèques signés par Mange, le juge Southin a précisé que la réponse à la question de savoir si une personne est «une personne fictive ou qui n'existe pas» au sens du par. 20(5) de la Loi doit [TRADUCTION] «dépendre de l'intention du tireur du chèque et non de celle de la personne qui le rédige» (p. 217). L'intention du tireur en l'espèce, les appelantes, était que les preneurs reçoivent paiement. En conséquence, les preneurs n'étaient pas des personnes fictives et les chèques ne pouvaient pas être considérés comme payables au porteur.

Le juge Southin a rejeté le moyen de défense de la CIBC, fondé sur le par. 165(3). Elle a affirmé qu'elle n'était pas [TRADUCTION] «convaincue que le Parlement voulait, lorsqu'il a adopté le par. 165(3), conférer à la banque un titre indépendant sur un chèque payable à A, que le tireur voulait payer à A, qui a été déposé dans le compte de B sans endossement de A ou avec endossement falsifié de A» (p. 218). En conséquence, le juge Southin a conclu que les appelantes avaient le droit de recouvrer auprès de la CIBC le montant des neuf chèques signés par Mange. Le montant accordé au procès a été ramené à celui des neuf chèques.

23

24

25

2. Hutcheon J.A. (dissenting in part)

Hutcheon J.A. agreed with Southin J.A.'s disposition, "save as to 103 of the 107 cheques on which there was no signature purporting to be an endorsement of the payee" (p. 220). In his view, the cheques accepted by the CIBC without any endorsement were patently irregular on their face. He stated that in order for the provisions of s. 20(5) to be of application, the person claiming to enforce payment of the cheque must be its lawful holder. A holder, pursuant to s. 2 of the Act, is "the payee or endorsee of a bill or note . . . or the bearer thereof", and a bearer is a "person in possession of a bill or note that is payable to bearer". He concluded as follows (at p. 222):

The Bank was neither the payee nor the endorsee of the cheques in question. Nor was it the person in possession of a cheque that was payable to bearer. All that s. 20(5) provides is that the cheque "may be treated as payable to bearer". On a strict construction of s. 20(5) that is different from a provision that the cheque is payable to bearer. No policy reason exists for extending s. 20(5) beyond its express letter to protect a collecting bank that received and paid the unendorsed cheques contrary to its own internal rules.

For these reasons, s. 20(5) cannot be invoked by the Bank to set up the defence to the claim of conversion that the Bank was justified in ignoring the existence of a named payee on the face of the cheques. With respect I do not think that it is any answer to say that if the Bank had not been internally careless Alm would simply have endorsed the cheques. I do not know what she would have done if she had been challenged.

I would therefore allow the appeal by varying the amount of the judgment to the amount of the nine cheques dealt with by Madam Justice Southin and of the 103 cheques dealt with in these reasons.

2. Le juge Hutcheon (dissident en partie)

Le juge Hutcheon a souscrit au dispositif du juge Southin [TRADUCTION] «sauf en ce qui concerne 103 des 107 chèques sur lesquels n'avait été apposée aucune signature censée être un endossement du preneur» (p. 220). À son avis, les chèques acceptés par la CIBC sans aucun endossement étaient manifestement irréguliers à première vue. Il a affirmé que la personne réclamant l'exécution du paiement du chèque doit en être le détenteur légitime pour que s'applique le par. 20(5). Suivant l'art. 2 de la Loi, le détenteur est «[s]oit le preneur ou l'endossataire d'une lettre ou d'un billet [. . .], soit le porteur de ces effets», et le porteur est «[l]a personne en possession d'une lettre ou d'un billet payable au porteur». Le juge Hutcheon conclut ceci (à la p. 222):

[TRADUCTION] La banque n'était ni le preneur ni l'endossataire des chèques en question. Elle n'était pas non plus la personne en possession d'un chèque payable au porteur. Le paragraphe 20(5) prévoit seulement que le chèque «peut être considér[é] comme payable au porteur». Suivant une interprétation stricte du par. 20(5), cela est différent d'une disposition voulant que le chèque soit payable au porteur. Il n'existe, en principe, aucune raison d'élargir la portée du par. 20(5) au-delà de ses termes explicites de façon à protéger une banque d'encaissement qui a reçu et payé des chèques non endossés contrairement à ses propres règles internes.

Pour ces motifs, la banque ne saurait invoquer le par. 20(5) pour opposer à l'action pour détournement le moyen de défense selon lequel elle était justifiée d'ignorer l'existence d'un preneur dont le nom figurait sur les chèques. En toute déférence, je ne crois pas que l'on puisse répondre que Alm aurait tout simplement endossé les chèques si la banque n'avait pas été négligente dans l'application de sa procédure interne. Je ne sais pas ce que Alm aurait fait si l'on avait contesté ses actes.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir l'appel et de modifier le montant du jugement pour l'établir à celui des neuf chèques examinés par Madame le juge Southin ainsi qu'à celui des 103 chèques dont il est question dans les présents motifs.

IV. IssuesA. *On Appeal*

1. Were the cheques in question made payable to fictitious or non-existing persons?
2. Were the cheques in question "delivered" to the CIBC?
3. Was the CIBC, as a "collecting" bank, *prima facie* liable to the appellants in conversion so that the cheques in question had to be properly negotiated to the CIBC in order for the CIBC to obtain title to those cheques and thereby escape liability?
4. Is the defence of contributory negligence available to the respondent?

B. *On Cross-Appeal*

1. What is the proper interpretation of s. 165(3), and in particular:
 - (a) Must the cheque be deposited to the credit of its payee for the subsection to apply?
 - (b) Must the cheque be endorsed before the bank can credit the person with the amount of the cheque?
 - (c) Must the cheque be delivered with the authority of the drawer or endorser, or does simply handing it to the bank teller for deposit suffice?

V. Analysis

I have found it helpful to consider this appeal in terms of three broad issues, as follows: the doctrine of conversion with respect to cheques; s. 20(5) as a defence to an action in conversion; and s. 165(3) as a defence to an action in conversion.

A. *Conversion in relation to cheques*

It is a commonly accepted proposition that a bill of exchange is a chattel that can be negotiated from party to party. An individual obtains title to a bill through negotiation. Once an individual has

IV. Les questions en litigeA. *Le pourvoi*

1. Les chèques en question étaient-ils payables à des personnes fictives ou qui n'existaient pas? 27
2. Les chèques en question ont-ils été «livrés» à la CIBC?
3. La CIBC était-elle, en tant que banque «d'encaissement», responsable à première vue de détournement envers les appelantes, de sorte que les chèques en question devaient être régulièrement négociés à la CIBC pour que celle-ci obtienne le titre sur ces chèques et se dégage ainsi de toute responsabilité?
4. L'intimée peut-elle invoquer la négligence contributive comme moyen de défense?

B. *Le pourvoi incident*

1. Comment faut-il interpréter le par. 165(3)? Et notamment: 28
 - a) Le chèque doit-il être porté au crédit de son preneur pour que s'applique ce paragraphe?
 - b) Le chèque doit-il être endossé pour que la banque puisse en porter le montant au crédit de la personne en question?
 - c) Le chèque doit-il être livré avec l'autorisation du tireur ou de l'endosseur, ou suffit-il simplement qu'il soit remis au caissier ou à la caissière pour dépôt?

V. Analyse

J'ai jugé utile d'examiner le présent pourvoi en fonction de trois grandes questions: la règle du détournement relatif à des chèques, le par. 20(5) comme moyen de défense à une action pour détournement, et le par. 165(3) comme moyen de défense à une action pour détournement. 29

A. *Le détournement relatif à des chèques*

Il est généralement accepté qu'une lettre de change est un bien qui peut être négocié d'une partie à une autre. Une personne obtient le titre sur une lettre par négociation. Une fois qu'elle a 30

obtained title, that individual has the right to present the bill to the drawee for payment, as well as a right of recovery against the drawer if the bill is dishonoured by the drawee.

obtenu ce titre, la personne a le droit de présenter la lettre au tiré pour paiement, ainsi que celui de recouvrer cette somme auprès du tireur si la lettre est refusée par le tiré.

31 The tort of conversion involves a wrongful interference with the goods of another, such as taking, using or destroying these goods in a manner inconsistent with the owner's right of possession. The tort is one of strict liability, and accordingly, it is no defence that the wrongful act was committed in all innocence. Diplock L.J. asserted this principle in *Marfani & Co. v. Midland Bank, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 573, at pp. 577-78:

Le délit de détournement comporte une ingérence illégitime dans les objets appartenant à autrui, comme le fait de prendre, utiliser ou détruire ces objets d'une façon incompatible avec le droit de possession de leur propriétaire. Ce délit est de responsabilité stricte et l'on ne peut donc opposer, comme moyen de défense, que l'acte illégitime a été accompli en toute innocence. Le lord juge Diplock a invoqué ce principe dans l'arrêt *Marfani & Co. c. Midland Bank, Ltd.*, [1968] 2 All E.R. 573, aux pp. 577 et 578:

...the moral concept of fault in the sense of either knowledge by the doer of an act that is likely to cause injury, loss or damage to another, or lack of reasonable care to avoid causing injury, loss or damage to another, plays no part.

[TRADUCTION] ... que ce soit dans le sens de la connaissance par l'auteur d'un acte que cet acte est susceptible de causer un préjudice, une perte ou un dommage à autrui, ou dans le sens de l'omission de faire preuve de diligence raisonnable pour éviter de causer un préjudice, une perte ou un dommage à autrui, le concept moral de la faute ne joue aucun rôle.

If the customer is not entitled to the cheque which he delivers to his banker for collection, the banker, however, innocent and careful he might have been, would at common law be liable to the true owner of the cheque for the amount of which he receives payment, either as damages for conversion or under the cognate cause of action, based historically on *assumpsit*, for money had and received.

Si le client n'a pas droit au chèque qu'il livre à son banquier pour encaissement, ce banquier, peu importe l'innocence ou la prudence dont il peut avoir fait preuve, serait en common law responsable envers le véritable propriétaire du chèque du montant dont il reçoit paiement, que ce soit sous forme de dommages-intérêts pour détournement ou, en vertu de la cause d'action apparentée, historiquement fondée sur l'*assumpsit*, de l'enrichissement sans cause.

32 The fact that liability for the tort of conversion is strict suggests that the respondent's submission that the appellants were contributorily negligent must fail. The matter was raised before the Court of Appeal, and was dismissed without reasons. While this argument would be available in an action for negligence, the notion of strict liability involved in an action for conversion is *prima facie* antithetical to the concept of contributory negligence.

Le fait que le délit de détournement soit une infraction de responsabilité stricte laisse entendre que l'argument de l'intimée, voulant que les appelantes aient fait preuve de négligence contributive, doit échouer. Cette question a été soulevée devant la Cour d'appel et a été rejetée sans motif à l'appui. Même si cet argument pourrait être avancé dans une action pour négligence, la notion de responsabilité stricte dont il est question dans une action pour détournement est, à première vue, contraire au concept de négligence contributive.

33 It is true that the comments of Professor Ogilvie in *Canadian Banking Law* (1991), at pp. 593-94,

Il est vrai que les commentaires de la professeure Ogilvie, dans *Canadian Banking Law*

provide some support for the respondent's position:

Contributory negligence would require courts to apportion liability in accordance with negligence as between the true owner and the bank in cases of conversion. The availability of contributory negligence as a defence in an action for conversion was originally doubtful because the defence was at first only thought to be available in actions for negligence. But in a 1950 decision from New Zealand, the defence was permitted where conversion was found [*Helson v. McKensies (Cuba Street) Ltd.*, [1950] N.Z.L.R. 878 (C.A.)], and this approach was adopted in *Lumsden & Co. v. London Trustee Savings Bank* [[1971] 1 Lloyd's Rep. 114 (Ch. D.)]. See also: *Southrada v. Bank of New South Wales*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 444 (P.C.)] by Donaldson J. who held that damages may be received where the plaintiff was also negligent.

... This decision has been doubted in Australia on the ground that the defence of contributory negligence is only available under the Act in situations where it could have been pleaded as a defence at common law, or in negligence cases only. In England, any doubts about the availability of contributory negligence as a defence were removed by section 47 of the Banking Act, 1979, which is one of the few sections of that Act still in force. In Canada, however, the situation is unknown. Most provinces have similar contributory negligence legislation to that in England and Australia, but there would appear to be no case law to date considering such a defence in an action against a collecting bank in conversion.

It is arguable that the defence of contributory negligence should be available. In most situations in which conversion occurs in relation to cheques, there are varying degrees of innocence and carelessness on both sides. It is more equitable to apportion liability in accordance with the actual facts as found by a court, than to expect banks to be the insurers of the "true owner" of a cheque whose carelessness has contributed to the conversion. As total insurers, banks would simply pass the costs on to all its customers, who played no role in the conversion whatsoever.

(1991), aux pp. 593 et 594, appuient dans une certaine mesure le point de vue de l'intimée:

[TRADUCTION] Dans les affaires de détournement, la négligence contributive exigerait que les tribunaux répartissent la responsabilité suivant la négligence entre le véritable propriétaire et la banque. La possibilité d'opposer la négligence contributive comme moyen de défense dans une action pour détournement était douteuse à l'origine parce que l'on croyait alors que ce moyen ne pouvait être invoqué que dans des actions pour négligence. Cependant, dans une décision rendue en 1950, en Nouvelle-Zélande, le moyen de défense a été autorisé lorsqu'on a conclu à l'existence d'un détournement [*Helson c. McKensies (Cuba Street) Ltd.*, [1950] N.Z.L.R. 878 (C.A.)], et ce point de vue a été adopté dans *Lumsden & Co. c. London Trustee Savings Bank* [[1971] 1 Lloyd's Rep. 114 (Ch. D.)]. Voir aussi: *Southrada c. Bank of New South Wales*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 444 (C.P.)] par le juge Donaldson qui a statué que des dommages-intérêts peuvent être touchés lorsque le demandeur a aussi fait preuve de négligence.

... Cette décision a été mise en doute en Australie pour le motif que la Loi n'autorise le recours au moyen de défense fondé sur la négligence contributive que dans les cas où il aurait pu être invoqué en vertu de la common law, ou encore dans les cas de négligence seulement. En Angleterre, l'article 47 de la Banking Act, 1979, qui est l'un des rares articles de cette loi qui soient encore en vigueur, a dissipé tout doute relativement à la possibilité d'invoquer la négligence contributive comme moyen de défense. Cependant, au Canada, la situation est inconnue. La plupart des provinces ont des lois semblables à l'Angleterre et à l'Australie en matière de négligence contributive, mais jusqu'à ce jour, il ne semblerait pas y avoir eu de jurisprudence dans laquelle on a examiné ce moyen de défense dans le cadre d'une action pour détournement intentée contre une banque d'encaissement.

On peut soutenir qu'il devrait être possible d'invoquer le moyen de défense fondé sur la négligence contributive. Dans la plupart des cas où il y a détournement relatif à des chèques, il existe divers degrés d'innocence et d'imprudence de part et d'autre. Il est plus équitable de répartir la responsabilité conformément aux conclusions de fait d'un tribunal que de s'attendre à ce que les banques soient les assureurs du «véritable propriétaire» d'un chèque, dont l'imprudence a contribué au détournement. En tant qu'assureurs de la totalité des pertes, les banques feraient simplement assumer les coûts par l'ensemble de leurs clients qui n'ont joué aucun rôle dans le détournement.

See also Professor Ogilvie's case comment, "Should the Collecting Banker Be the Drawer's Insurer?: *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*" (1994), 9 *B.F.L.R.* 227, in which she expresses her view that this case should not be decided in reference to the Act, but rather on the common law tort of negligence, and that the courts should impose a duty of account verification on bank customers.

Voir aussi le commentaire d'arrêt de la professeure Ogilvie, intitulé: «Should the Collecting Banker Be the Drawer's Insurer?: *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*» (1994), 9 *B.F.L.R.* 227, dans lequel elle exprime l'opinion que le présent pourvoi devrait être tranché non pas en fonction de la Loi, mais plutôt en fonction du délit de négligence en common law, et que les tribunaux devraient imposer aux clients d'une banque un devoir de vérification de comptes.

34 The respondent argues that it would have been easier for the appellants to detect the fraud than for the respondent: even if the unendorsed third party cheques had been questioned by the respondent, it is submitted that Alm would have forged the endorsements and continued with her scheme. In the respondent's view, the appellants should have at least adopted the "elementary precaution" of having someone else check the bank statements, or requiring a second signature on cheques, or having the books audited.

L'intimée prétend qu'il aurait été plus facile pour les appelantes que pour l'intimée de déceler la fraude: on fait valoir que, même si les chèques non endossés d'une tierce partie avaient été contestés par l'intimée, Alm aurait contrefait les endossements et poursuivi son manège. De l'avis de l'intimée, les appelantes auraient tout au moins dû prendre la «précaution élémentaire» de faire examiner les relevés bancaires par quelqu'un d'autre, d'exiger une deuxième signature sur les chèques ou de faire vérifier les registres.

35 As I stated above, however, it seems as a matter of principle that contributory negligence would not be available in the context of a strict liability tort. If the contributory negligence approach is to be introduced into this area of the law, I would leave that innovation to Parliament because such a change would be more appropriate for the legislative branch to make. As I see it, the strict liability feature of conversion is well engrained in the jurisprudence concerning bills of exchange.

Cependant, comme je l'ai déjà mentionné, il semble en principe que la négligence contributive ne pourrait pas être invoquée dans le contexte d'un délit de responsabilité stricte. S'il faut introduire la notion de négligence contributive dans ce domaine du droit, je laisserais au Parlement le soin de procéder à une telle innovation parce qu'il serait plus approprié que ce soit le législateur qui le fasse. Selon moi, l'aspect «responsabilité stricte» du détournement est bien ancré dans la jurisprudence relative aux lettres de change.

36 The seminal discussion of conversion of cheques is found in Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), vol. 2, at p. 1386:

On trouve dans Crawford et Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (8^e éd. 1986), vol. 2, à la p. 1386, l'analyse fondamentale du détournement de chèques:

Conversion is the remedy of the lawful possessor of chattels to have their value paid to him by a wrongful dispossessor. It is normally applied to goods and there might appear to be some difficulty in holding that a bank that has paid part of what it owes to a customer to some other person not entitled to receive it is guilty of a conversion of the customer's chattel. But any such apparent difficulty has been surmounted by treating the conversion as being of the instrument itself, that is, of the piece of paper in respect of which the payment is

[TRADUCTION] L'action pour détournement est le recours que le possesseur légitime de biens peut exercer pour s'en faire payer la valeur par la personne qui l'en a dépossédé illégitimement. Elle s'applique normalement à des objets, et il pourrait paraître quelque peu difficile de conclure qu'une banque, qui a payé une partie de ce qu'elle doit à un client à une autre personne qui n'y a pas droit, est coupable de détournement du bien du client. Cependant, on a surmonté cette difficulté apparente en assimilant le détournement à l'effet lui-même,

made. Similarly a bank that collects a sum of money under an instrument for a person not entitled to it is treated as having converted the instrument. It has been repeatedly held that a bank converts an instrument by dealing with it under the direction of one not authorized, either by collecting it or, *semble* (although this has not yet actually been decided) by paying it and in either case, making the proceeds available to someone other than the person rightfully entitled to possession.

The drawer, the payee or the endorsee can bring an action for conversion of a cheque. To make the claim for damages for conversion, the plaintiff must prove that he or she was either in actual possession or entitled to immediate possession of the chattel. As Rafferty states in "Forged Cheques: A Consideration of the Rights and Obligations of Banks and Their Customers" (1979-1980), 4 *C.B.L.J.* 208, at p. 228, "[t]he conversion action, however, will lie only if the drawer is still the true owner of the cheque. It must not have been issued to the payee" (*Jervis B. Webb Co. v. Bank of Nova Scotia* (1965), 49 D.L.R. (2d) 692 (Ont. H.C.)), and see for example *Ontario Woodsworth Memorial Foundation v. Grozbord*, [1969] S.C.R. 622). The defendant's liability extends to the face value of the converted instrument, and is not limited to the value of the instrument as paper and ink (*Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. v. Banque Canadienne Nationale*, [1934] S.C.R. 596).

In this case, it is common ground that the payees of the cheques in question had no right of possession to the cheques, as they were not created in respect of legitimate debts owed to them by the appellants. It is also agreed that Alm had no right to immediate possession of the cheques. However, it remains to be determined whether the respondent may have had a right of possession over and against the appellants; this issue will be canvassed below, in the context of fictitious or non-existing persons under s. 20(5) of the Act.

c'est-à-dire au document sur la foi duquel est effectué le paiement. De même, on considère qu'une banque détourne un effet si, sur la foi de cet effet, elle perçoit une somme d'argent pour le compte d'une personne qui n'y a pas droit. On a conclu, à maintes reprises, qu'une banque détourne un effet si elle le négocie sur l'ordre d'une personne non autorisée, en l'encaissant ou, semble-t-il (quoique cela n'ait pas été encore tranché) en le payant et, dans un cas comme dans l'autre, en remettant le montant à une personne autre que celle qui y a légitimement droit.

Le tireur, le preneur ou l'endossataire peuvent intenter une action pour détournement d'un chèque. Pour établir la réclamation en dommages-intérêts pour détournement, le demandeur doit prouver qu'il était en possession réelle du bien, ou encore qu'il avait droit à sa possession immédiate. Comme l'affirme Rafferty dans «Forged Cheques: A Consideration of the Rights and Obligations of Banks and Their Customers» (1979-80), 4 *C.B.L.J.* 208, à la p. 228, [TRADUCTION] «[c]ependant, l'action pour détournement ne peut être intentée que si le tireur est encore le véritable propriétaire du chèque. Il ne doit pas avoir été émis au preneur» (*Jervis B. Webb Co. c. Bank of Nova Scotia* (1965), 49 D.L.R. (2d) 692 (H.C. Ont.)), et voir, par exemple, *Ontario Woodsworth Memorial Foundation c. Grozbord*, [1969] R.C.S. 622). La responsabilité du défendeur s'étend à la valeur nominale de l'effet détourné et n'est pas limitée à la valeur du papier et de l'encre qui le constituent (*Norwich Union Fire Insurance Society Ltd. c. Banque Canadienne Nationale*, [1934] R.C.S. 596).

En l'espèce, il est reconnu que les preneurs n'avaient pas droit à la possession des chèques en cause, car ces chèques n'avaient pas été rédigés pour payer des dettes légitimes des appelantes envers ces preneurs. Il est également reconnu que Alm n'avait pas droit à la possession immédiate des chèques. Cependant, il reste à déterminer si l'intimée peut avoir eu un droit de possession qui l'emportait sur celui des appelantes et qui leur était opposable; cette question sera examinée plus loin dans le contexte des personnes fictives ou qui n'existent pas au sens du par. 20(5) de la Loi.

39

The respondent agrees that in this case, it is *prima facie* liable to the drawer for conversion. The trial judge, in finding the respondent liable for conversion, correctly affirmed, in my view, that where a collecting bank pays out on a forged endorsement, the collecting bank will be liable for conversion. The Court of Appeal, by contrast, found that the action in conversion must fail with respect to the 146 cheques signed by Alm, for the reason that Alm had authority to sign the cheques as well as to deliver them. Further, the Court of Appeal found significance in the fact that Alm fully intended to receive the proceeds herself. Accordingly, in the majority's view, the payment was not diverted from its intended recipient.

40

In my view, the Court of Appeal's approach, with respect, misses the point. It is the intention of the drawer, not the signatory of the cheque, that is relevant, as will be discussed in greater detail below. Alm is not the drawer because she cannot be said to be the directing mind of the corporate appellants; she simply had signing authority within limited circumstances. The relevant intention in this case is that of the drawer, the appellant companies. In the absence of Alm's fraud, they would have been liable, not Alm, if the cheques had been validly issued and were subsequently dishonoured by the drawee.

41

The money on deposit in the appellants' Royal Bank accounts was owed to the lawful holder of those accounts, the appellants. Through the CIBC's actions, money owed to the appellants was paid to Alm, who was not entitled to the money. She was not a payee, and none of the cheques was endorsed by any of the named payees. The forged endorsements were "wholly inoperative" pursuant to s. 48 of the Act. The CIBC presented fraudulent cheques for payment to the Royal Bank, and collected the proceeds therefrom. The CIBC then accounted for the proceeds to Ms. Alm, one not "rightfully entitled" to the funds. Thus, the CIBC is *prima facie* liable in conversion to the appel-

L'intimée reconnaît qu'elle est, en l'espèce, responsable à première vue de détournement envers le tireur. En concluant que l'intimée était responsable du détournement, le juge de première instance a, selon moi, confirmé à juste titre que la banque d'encaissement est responsable de détournement si elle fait un paiement sur la foi d'un endossement falsifié. Par contre, la Cour d'appel a conclu que l'action pour détournement doit échouer relativement aux 146 chèques signés par Alm puisque celle-ci était autorisée à signer les chèques et à les livrer. De plus, la Cour d'appel a jugé important le fait que Alm ait parfaitement eu l'intention de toucher personnellement le montant des chèques. En conséquence, de l'avis de la majorité, le paiement n'avait pas été détourné du bénéficiaire auquel il était destiné.

J'estime, en toute déférence, que le point de vue de la Cour d'appel passe à côté de la question. C'est l'intention du tireur et non celle du signataire du chèque qui est pertinente, comme nous le verrons plus en détail ultérieurement. Alm n'est pas le tireur parce que l'on ne peut dire qu'elle est l'âme dirigeante des compagnies appelantes; elle était tout simplement autorisée à signer dans certaines circonstances. En l'espèce, l'intention pertinente est celle du tireur, les compagnies appelantes. Dans le cas où il n'y aurait pas eu fraude de la part de Alm, ce sont les compagnies qui auraient été responsables, et non Alm, si les chèques avaient été émis valablement et subséquentement refusés par le tiré.

Les sommes en dépôt dans les comptes des appelantes à la Banque Royale étaient des sommes dues au détenteur légitime de ces comptes, à savoir les appelantes. Par les actes de la CIBC, des sommes dues aux appelantes ont été payées à Alm qui n'y avait pas droit. Elle n'était pas un preneur et aucun des chèques n'avait été endossé par l'un ou l'autre des preneurs nommés. Les endossements falsifiés n'avaient «aucun effet», conformément à l'art. 48 de la Loi. La CIBC a présenté pour paiement à la Banque Royale des chèques frauduleux et les a encaissés. La CIBC en a ensuite porté le montant au crédit de Alm, une personne qui n'avait pas «légitimement droit» à ces fonds. La

lants. However, it remains to be seen whether the CIBC can avail itself of a defence.

B. Unauthorized signatures and the fictitious payee defence

As noted above, Alm created some 155 cheques payable to a number of persons connected with the appellants. One hundred and seven of the cheques were payable to "J. Lam" or "J. R. Lam", and were accepted for deposit without endorsement. The remaining Lam cheques, and all of the cheques payable to other third parties, bore the forged endorsement of the payee, the forgeries having been perpetrated by Donna Alm.

I note in passing that in this case, we are not within the realm of *Number 10 Management, supra*, where the Manitoba Court of Appeal held that a cheque with a forged signature is not a bill of exchange. In this case, the cheques were signed by authorized signatories, albeit for non-existent obligations, and were bills of exchange.

As Professor Benjamin Geva notes in his commentary, "The Fictitious Payee and Payroll Padding: Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd." (1977-78), 2 *C.B.L.J.* 418, the general rule with respect to a forged or an unauthorized signature on a bill is contained in s. 48(1) (formerly s. 49(1)) of the Act. Such a signature is "wholly inoperative, and no right to retain the bill or to give a discharge therefor or to enforce payment thereof against any party thereto can be acquired through or under that signature". As Geva states at pp. 418-19, "the effect of this section is to force a bank that has paid a cheque and debited the account of the drawee, based on a forged or unauthorized endorsement, to re-credit the account and to bear the loss".

An exception to this rule is set out in s. 20(5) of the Act, the fictitious payee provision. The section

CIBC est donc responsable à première vue de détournement envers les appelantes. Cependant, il reste à voir si la CIBC dispose d'un moyen de défense.

B. Les signatures non autorisées et le moyen de défense fondé sur le preneur fictif

Comme je l'ai déjà fait remarquer, Alm a rédigé quelque 155 chèques payables à un certain nombre de personnes ayant des liens avec les appelantes. Cent sept de ces chèques étaient payables à «J. Lam» ou à «J. R. Lam», et ont été acceptés pour dépôt sans endossement. Les autres chèques au nom de Lam et tous les chèques payables à d'autres tierces parties portaient l'endossement falsifié du preneur, l'auteur des faux étant Donna Alm.

En passant, je tiens à préciser que la situation, en l'espèce, ne relève pas de l'arrêt *Number 10 Management*, précité, dans lequel la Cour d'appel du Manitoba a conclu qu'un chèque portant une signature contrefaite n'est pas une lettre de change. En l'espèce, les chèques ont été signés par des signataires autorisés, quoique pour des obligations inexistantes, et constituaient des lettres de change.

Comme le professeur Benjamin Geva l'affirme dans son commentaire intitulé «The Fictitious Payee and Payroll Padding: Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.» (1977-78), 2 *C.B.L.J.* 418, la règle générale applicable à une signature contrefaite ou non autorisée figurant sur une lettre de change est exposée au par. 48(1) (auparavant 49(1)) de la Loi. Une telle signature «n'a aucun effet et ne confère pas le droit de garder la lettre, d'en donner libération ni d'obliger une partie à celle-ci à en effectuer le paiement». Comme l'affirme Geva, aux pp. 418 et 419, [TRANSDUCTION] «cette disposition a pour effet de contraindre une banque qui a payé un chèque et débité de cette somme le compte du tiré, sur la foi d'un endossement falsifié ou non autorisé, à créditer de nouveau le compte de cette somme et à assumer la perte».

Une exception à cette règle est prévue au par. 20(5) de la Loi, qui traite des preneurs fictifs. Aux

42

43

44

45

provides that, where the payee is a fictitious or non-existing person, the bill may be treated as payable to bearer. The significance of a cheque that is payable to bearer, rather than to order, is that it can be negotiated by simple "delivery" to the bank; endorsement is not required. The presence or absence of a legitimate or forged endorsement is irrelevant to a bearer cheque. A bank becomes the lawful holder of a bearer cheque simply through delivery. By contrast, in order for a bank to become the lawful holder of a cheque that is payable to order, not only must the cheque be delivered to effect negotiation, but the cheque must also be endorsed. If the cheques in question were payable to fictitious persons, and could accordingly be treated as bearer cheques, the bank would become a "holder in due course" pursuant to s. 73 of the Act despite the forged endorsements and the missing endorsements; to repeat, negotiation of a bearer cheque is achieved simply by delivery. In this way, an exception to the usual rule of *nemo dat quod non habet* is created. Through the fictitious payee defence, the loss, as Geva states at p. 419, "is thrown upon the drawer". (See also Rafferty, *supra*, at pp. 210-11.)

46

Falconbridge, in *Banking and Bills of Exchange* (6th ed. 1956), put forward the following four propositions with respect to fictitious payees (at pp. 468-69):

Whether a named payee is non-existing is a simple question of fact, not depending on anyone's intention. The question whether the payee is fictitious depends upon the intention of the creator of the instrument, that is, the drawer of a bill or cheque or the maker of a note.

In the case of a bill drawn by Adam Bede upon John Alden payable to Martin Chuzzlewit, the payee may or may not be fictitious or non-existing according to the circumstances:

(1) If Martin Chuzzlewit is not the name of any real person known to Bede, but is merely that of a creature of the imagination, the payee is non-existing, and is probably also fictitious.

termes de ce paragraphe, la lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas peut être considérée comme payable au porteur. Le fait qu'un chèque soit payable au porteur plutôt qu'à ordre signifie qu'il peut être négocié par simple «livraison» à la banque; il n'a pas besoin d'être endossé. Dans le cas d'un chèque au porteur, la présence ou l'absence d'endossement légitime ou falsifié est sans importance. Une banque devient détentrice légitime d'un chèque au porteur par simple livraison. Par contre, pour qu'une banque devienne détentrice légitime d'un chèque payable à ordre, le chèque doit non seulement être livré, mais encore il doit être endossé, pour qu'il y ait négociation. Si les chèques en question étaient payables à des personnes fictives et pouvaient donc être considérés comme des chèques payables au porteur, la banque deviendrait un «détenteur régulier», conformément à l'art. 73 de la Loi, même s'il y avait falsification ou absence d'endossement; je répète que la négociation d'un chèque au porteur se fait par simple livraison. On crée ainsi une exception à la règle habituelle *nemo dat quod non habet*. Par le moyen de défense fondé sur le preneur fictif, la perte, comme l'affirme Geva, à la p. 419, [TRADUCTION] «est reportée sur le tireur». (Voir aussi Rafferty, *loc. cit.*, aux pp. 210 et 211.)

Dans *Banking and Bills of Exchange* (6^e éd. 1956), Falconbridge formule les quatre propositions qui suivent relativement aux preneurs fictifs (aux pp. 468 et 469):

[TRADUCTION] La question de savoir si un preneur nommé est une personne qui n'existe pas est une simple question de fait qui ne dépend de l'intention de personne. Celle de savoir si le preneur est une personne fictive dépend de l'intention de l'auteur de l'effet, à savoir le tireur d'une lettre de change ou d'un chèque, ou encore l'auteur d'un billet.

Dans le cas d'une lettre de change dont le tireur est Adam Bede, le tiré John Alden et le preneur Martin Chuzzlewit, ce dernier est fictif ou inexistant ou ne l'est pas selon les circonstances:

(1) Si Martin Chuzzlewit n'est pas le nom d'une personne existante que Bede connaît, mais seulement le fruit de l'imagination de ce dernier, le preneur est inexistant et, vraisemblablement aussi, fictif.

(2) If Bede for some purpose of his own inserts as payee the name of Martin Chuzzlewit, a real person who was known to him but whom he knows to be dead, the payee is non-existing, but is not fictitious.

(3) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person known to Bede, but Bede names him as payee by way of pretence, not intending that he should receive payment, the payee is fictitious, but is not non-existing.

(4) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person, intended by Bede to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, notwithstanding that Bede has been induced to draw the bill by the fraud of some other person who has falsely represented to Bede that there is a transaction in respect of which Chuzzlewit is entitled to the sum mentioned in the bill.

The policy underlying the fictitious person rule seems to be that if a drawer has drawn a cheque payable to order, not intending that the payee receive payment, the drawer loses, by his or her conduct, the right to the protections afforded to a bill payable to order.

The fictitious payee rule was considered by this Court in *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456, and in *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488. In *Concrete Column Clamps*, a payroll clerk perpetrated a fraud by including among the cheques presented to the authorized signing officer of the company a number of cheques payable to persons who were not owed any wages, some being former employees and the others having names which may or may not have been those of existing persons. The fraudulent employee took the cheques and received the amounts on forged endorsements. With regard to the named payees who were not former employees, it was held both by the trial judge and the Court of Appeal that they were “non-existing”, and so fell within the s. 21(5) (now s. 20(5)). No issue in this respect was raised on appeal to the Supreme Court. With respect to the cheques made payable to former employees, both the trial judge and the Court of Appeal applied the fourth proposition put forward by Falconbridge, namely, that:

(2) Si Bede, pour ses fins propres, inscrit comme preneur le nom de Martin Chuzzlewit, une personne ayant déjà existé, qu’il connaissait et sait être décédée, le preneur est inexistant mais il n’est pas fictif.

(3) Si Martin Chuzzlewit est le nom d’une personne existante que Bede connaît, mais qu’il inscrit comme preneur dans un but frauduleux n’ayant pas l’intention d’avantager monétairement ce preneur, le preneur est une personne fictive mais non inexistante.

(4) Si Martin Chuzzlewit est le nom d’une personne existante à qui Bede destine le paiement, le preneur n’est ni fictif, ni inexistant, quoique Bede ait été amené à rédiger la lettre de change par des manœuvres frauduleuses d’une autre personne qui a fait croire à Bede qu’il y a une transaction au regard de laquelle Chuzzlewit a droit au montant spécifié dans la lettre de change.

Le principe sous-jacent à la règle de la personne fictive semble être le suivant: si une personne a tiré un chèque payable à ordre, sans vouloir que le preneur reçoive paiement, elle perd, en raison de sa conduite, le droit aux mesures de protection dont bénéficie une lettre de change payable à ordre.

La règle du preneur fictif a été examinée dans les arrêts *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456, et *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488. Dans l’arrêt *Concrete Column Clamps*, un préposé à la paie avait commis une fraude en glissant parmi les chèques présentés au signataire autorisé de la compagnie un certain nombre de chèques payables à des personnes à qui aucun salaire n’était dû, certaines d’entre elles étant d’anciens employés, d’autres étant fictives ou inconnues. L’employé malhonnête s’emparait des chèques et en touchait le montant sur la foi d’endossements falsifiés. En ce qui concerne les preneurs nommés qui n’étaient pas d’anciens employés, le juge de première instance et la Cour d’appel ont tous deux conclu que c’étaient des personnes «qui n’existaient pas» et qui étaient donc visées par le par. 21(5) (maintenant le par. 20(5)). Lors du pourvoi devant notre Cour, aucune question à ce sujet n’a été soulevée. Quant aux chèques payables à d’anciens employés, le juge de première instance et la Cour d’appel ont tous deux appliqué la quatrième proposition formulée par Falconbridge, à savoir:

If Martin Chuzzlewit is the name of a real person, intended by Bede to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, notwithstanding that Bede has been induced to draw the bill by the fraud of some other person who has falsely represented to Bede that there is a transaction in respect of which Chuzzlewit is entitled to the sum mentioned in the bill.

48

The majority of the Court in *Concrete Column Clamps, supra*, agreed that the fourth proposition was of application, and noted that a considerable line of Canadian and English authority had adopted the same approach in similar circumstances. The appellant in that case had suggested that where the person authorized to sign the cheques did so mechanically, without knowing any of the payees personally, it was not possible to apply the same rule as when a cheque is signed relying on an explicit false declaration. However, Pigeon J. for the majority commented as follows (at p. 484):

On the contrary, in an age when cheques are processed by computer, it is even more necessary to avoid facilitating fraudulent operations.

By making banks responsible for cheques cashed on a false endorsement, our *Bills of Exchange Act* certainly has the effect of making it more difficult to cash a cheque fraudulently. It is common knowledge that as a result, public agencies and private enterprises rely heavily on the responsibility of those who pay the cheques they issue, to counteract all kinds of fraud and at the same time to protect those for whom the payments are intended. The argument of counsel for the appellant, based on references to legislation in other countries relieving banks of this responsibility, is unconvincing. It is not for this Court to judge the results of such legislation, no attempt was even made to show that they were favourable. If appellant believes they were, it is to Parliament that it should apply to have the *Bills of Exchange Act* amended. I can see no justification for changing the interpretation of this Act, because a different rule has been established by legislation elsewhere.

It is to be noted that in the United Kingdom the drawee bank which pays cheques in good faith but on forged endorsements is protected by s. 60 of its

Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante à qui Bede destine le paiement, le preneur n'est ni fictif, ni inexistant, quoique Bede ait été amené à rédiger la lettre de change par des manœuvres frauduleuses d'une autre personne qui a fait croire à Bede qu'il y a une transaction au regard de laquelle Chuzzlewit a droit au montant spécifié dans la lettre de change.

Dans l'arrêt *Concrete Column Clamps*, précité, notre Cour à la majorité a reconnu que c'était la quatrième proposition qui s'appliquait, et elle a fait remarquer que ce point de vue avait, dans des circonstances similaires, été adopté dans un grand nombre de décisions canadiennes et britanniques. Dans cette affaire, l'appelante soutenait que dans le cas où la personne autorisée à signer les chèques les avait signés machinalement, sans connaître personnellement aucun des preneurs, il n'était pas possible d'appliquer la même règle que lorsqu'un chèque était signé sur la foi d'une fausse déclaration explicite. Cependant, le juge Pigeon a fait les commentaires suivants, au nom de la Cour à la majorité (à la p. 484):

Au contraire, à l'ère des chèques faits par ordinateur, il me semble encore plus désirable de ne pas faciliter l'entreprise des fraudeurs.

En rendant les banques responsables des chèques encaissés sur un endossement faux, notre *Loi sur les lettres de change* tend indubitablement à rendre l'encaissement frauduleux plus difficile. Il est notoire qu'en conséquence les administrations publiques comme les entreprises privées comptent beaucoup sur la responsabilité de ceux qui paient les chèques qu'elles émettent, pour contrecarrer toutes sortes de fraudes en même temps que pour protéger ceux auxquels les paiements sont destinés. Je ne puis accepter l'argument que l'avocat de l'appelante nous a présenté en citant d'autres législations qui affranchissent les banques de cette responsabilité. Il ne nous appartient pas d'en apprécier les résultats, mais on n'a même pas tenté de nous démontrer qu'ils étaient favorables. Si l'appelante le croit, c'est au Parlement qu'elle doit s'adresser pour demander la modification de notre *Loi sur les lettres de change*. Rien ne saurait nous justifier d'en changer l'interprétation parce qu'une règle différente a été législativement décrétée ailleurs.

Il faut signaler qu'au Royaume-Uni la banque tirée qui paie les chèques de bonne foi, mais sur la foi d'endossements falsifiés, est protégée par l'art. 60

Bills of Exchange Act, 1882, (U.K.), 45 & 46 Vict., c. 61, which has no parallel in Canada.

Laskin C.J. took a view different from that of the majority. In his opinion, the intention of the dishonest clerk should be attributed to the drawer/employer. In this way, he concluded that the named former employees were fictitious persons. The Chief Justice considered principles of agency law and vicarious liability (at pp. 480-81):

There is a fine line, too fine in my opinion, between the case where the authorized signer of a cheque perpetrates a payroll fraud and the case where the fraud is perpetrated by a payroll clerk upon whose integrity the authorized signer generally must rely in making out the payroll cheques. The *Restatement of Agency Second* (1958) accepts this distinction, holding that a drawee bank which acts in good faith is protected in the first situation and liable to suffer the loss in the second situation: see s. 173, *Comment b*; s. 280, *Comment b*. The Reporter's notes to s. 280 point out, *inter alia*, that "imputing knowledge to the principal is a fictitious way of stating that the principal is liable for the conduct of the agent, and the fiction should be used only where it would be equitable to do so" (at p. 482 of *Restatement of Agency Second*, Appendix).

The distinction taken in the *Restatement of Agency Second* appears to be based on a line of cases different from the line that led to the development of the present law on vicarious liability in tort. That line is concerned with the question of how far notice to or knowledge of an agent of facts relating to a transaction which he is carrying out for the principal will be imputed to the latter. The general rule of imputation on such a case (and I state the matter broadly without the distinctions thrown up by the cases: see Powell, *Agency* (2nd ed. 1961) at pp. 236 ff.) has been held to be subject to an exception where the agent for his own purposes engages in a fraud against the principal: see, for example, Bowstead, *Agency* (13th ed. 1968), at pp. 356-57; *Corporation Agencies Ltd. v. Home Bank of Canada* [[1925] S.C.R. 706], at p. 718. I do not think that this line of cases, concerned as they are with what a third party communicates to an agent and *vice versa*, or with what an agent knows or should know when acting for a principal, are applicable here. It seems to me that the tort cases offer a better analogy by posing the question as to when an employee's or an agent's interest adverse to the

du *Bills of Exchange Act, 1882* (R.-U.), 45 & 46 Vict., ch. 61, qui n'a pas d'équivalent au Canada.

Le juge en chef Laskin a adopté un point de vue différent de celui de la majorité. À son avis, l'intention du commis malhonnête devrait être attribuée à l'employeur-tireur. C'est ainsi qu'il a conclu que les anciens employés nommés étaient des personnes fictives. Le Juge en chef a examiné les principes du droit des mandats et de responsabilité du fait d'autrui ou responsabilité patronale (aux pp. 480 et 481):

Il existe une distinction subtile, trop subtile à mon avis, entre le cas où une fraude du présent type est commise par le préposé autorisé à signer les chèques et le cas où la fraude est perpétrée par le commis chargé de préparer les feuilles de paie sur qui le signataire autorisé doit généralement se fier lorsqu'il émet les chèques de paie. Le *Restatement of Agency Second* (1958) accepte cette distinction et estime que la banque tirée qui agit de bonne foi est protégée dans le premier cas et responsable de la perte dans le second cas: voir art. 173, *Comment b*; art. 280, *Comment b*. Sous l'art. 280, le rédacteur souligne, entre autres, que [TRADUCTION] «attribuer au mandant la connaissance que l'agent a des faits est une façon détournée de dire que le mandant est responsable du comportement du mandataire, et ce détour ne doit être admis que lorsqu'il est équitable» (à la p. 482 du *Restatement of Agency Second*, Annexe).

La distinction établie au *Restatement of Agency Second* semble fondée sur une jurisprudence différente de celle qui a mené au développement du droit actuel sur la responsabilité patronale en matière délictuelle. Elle recherche jusqu'à quel point la connaissance propre au mandataire des faits relatifs à une transaction qu'il exécute pour le mandant, va être attribuée à ce dernier. La règle générale d'attribution dans un tel cas (et je l'expose carrément sans tenir compte des distinctions apportées par la jurisprudence: voir Powell, *Agency* (2^e éd. 1961) aux pp. 236 et s.) admet une exception, le cas où pour ses fins propres, le mandataire fraude son mandat: voir, par exemple Bowstead, *Agency* (13^e éd. 1968), aux pp. 356-57; *Corporation Agencies Ltd. v. Home Bank of Canada* [[1925] R.C.S. 706], à la p. 718. J'estime inapplicable en l'espèce cette jurisprudence où l'on considère essentiellement ce qu'un tiers a communiqué au mandataire et vice versa, ou ce qu'un mandataire connaît ou devrait connaître lorsqu'il agit pour le mandant. Il me semble que les affaires délictuelles offrent une meilleure analogie en ce qu'on s'y demande quand exactement l'activité d'un employé ou mandataire dans

employer or principal takes him outside of the scope of his employment.

Laskin C.J. concluded that it would be more equitable for the drawer/employer to bear the loss, given that the drawee bank had not been negligent in any way. In his view, there was no basis for a distinction between cheques payable to imaginary persons or persons who were not former employees and those who were formerly employees. For a view in support of this position, see Geva's commentary, *supra*.

⁵⁰ In *Fok Cheong, supra*, the president of the appellant company drew a cheque upon the company's account payable to one Looing Weir, one of the company's creditors. The president fraudulently endorsed Weir's name, and received the proceeds. It was found that the cheque was never intended by the drawer to be paid to the payee. The appellant contended that as the payee was a real person to whom the appellant company was indeed indebted, the payee could not be characterized as a fictitious or non-existing person. However, Ritchie J., writing for the Court, concluded as follows (at p. 490):

It is obvious that the question of whether or not the payee is to be treated as a fictitious person lies at the very heart of this appeal and in my opinion this is to be determined in accordance with the reasoning expressed by Lord Herschell in *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 at p. 153 where he said:

For the reasons with which I have troubled your Lordships at some length, I have arrived at the conclusion that, whenever the name inserted as that of the payee is so inserted by way of pretence merely, without any intention that payment shall only be made in conformity therewith, the payee is a fictitious person within the meaning of the statute, whether the name be that of an existing person, or of one who has no existence, and that the bill may, in each case, be treated by a lawful holder as payable to bearer.

In my opinion this passage accurately expresses the effect of the accepted authorities and I agree with the Court of Appeal that the finding of fraudulent intent on the part of Chan in drawing the instrument in question makes the payee of this cheque a fictitious person within

un intérêt contraire à celui de son employeur ou mandant a pour effet de le faire sortir de l'exercice de ses fonctions.

Le juge en chef Laskin a conclu qu'il serait plus équitable que l'employeur-tireur assume la perte puisque la banque tirée n'avait absolument pas été négligente. À son avis, rien ne justifiait d'établir une distinction entre les chèques payables à des personnes fictives ou à des personnes qui n'étaient pas d'anciens employés, et ceux payables à des personnes qui étaient d'anciens employés. À l'appui de cette position, voir le commentaire de Geva, *loc. cit.*

Dans l'arrêt *Fok Cheong*, précité, le président de la compagnie appelante avait tiré, sur le compte de la compagnie, un chèque payable à Looing Weir, l'un des créanciers de celle-ci. Le président avait frauduleusement endossé le chèque au nom de Weir et en avait touché le montant. On a conclu que le tireur n'avait jamais voulu que le chèque soit payé à la preneuse. L'appelante a fait valoir que, puisque la preneuse était une personne réelle dont la compagnie appelante était effectivement la débitrice, on ne saurait la qualifier de personne fictive ou qui n'existe pas. Cependant, le juge Ritchie conclut ceci, au nom de notre Cour (à la p. 490):

Il est évident que la question de savoir si la preneuse doit être considérée comme une personne fictive constitue le cœur même de ce pourvoi et, à mon avis, elle est à trancher suivant le raisonnement de lord Herschell dans l'arrêt *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107, à la p. 153, où il dit:

[TRADUCTION] Pour les motifs que j'ai exposés assez longuement à Vos Seigneuries, je suis arrivé à la conclusion que, premièrement, chaque fois que le nom inscrit comme le nom du preneur n'est qu'un simulacre et qu'il n'y a aucune intention de payer uniquement le preneur nommé, celui-ci est une personne fictive au sens de la loi, peu importe que le nom soit celui d'une personne qui existe ou d'une personne qui n'existe pas, et deuxièmement, que dans l'un et l'autre cas, un détenteur légitime peut considérer la lettre de change comme payable au porteur.

Selon moi, ce passage exprime avec exactitude le sens de la jurisprudence applicable et je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'étant donné la conclusion d'intention frauduleuse de la part de Chan lorsqu'il a tiré l'effet en cause, la preneuse de celui-ci est une personne

the meaning of the authorities, (see also the third illustration cited in *Falconbridge on Banking and Bills of Exchange*, 7th ed., 1969, at p. 486), and the bank was accordingly entitled to treat the cheque as payable to bearer and therefore to treat it as chargeable against the account of the appellant.

The appellants in the instant appeal submitted at the outset that the fictitious payee defence should not be available to collecting banks. The appellants argued that unlike a drawee bank, a collecting bank places no reliance on and has no knowledge of the drawer. The collecting bank relies solely upon the creditworthiness of its own customer. The respondent, however, points out that there is no support for this proposition in the Act, in the case law, or in the academic texts. The respondent notes that when the intention of the Act is that it should apply only to a particular class, this intention is made express, citing for example s. 39 of the Act, dealing with delivery of a bill.

I agree with the respondent that there is no precedent for holding that s. 20(5) is not available to a collecting bank. In any event, the appellants agreed in reply that rather than taking the position that the fictitious person defence does not apply to collecting banks, the better argument was that there is a distinction between cases where the cheque is slipped in front of a signing officer, and a situation where the dishonest person is the signing officer.

In the instant appeal, the appellants submit that the facts fall within the fourth proposition set forth by Falconbridge, *supra*, as adopted by this Court in *Concrete Column Clamps*, *supra*. By contrast, the respondent submits that the circumstances of this case fall within the third proposition. The key issue is whether the drawer intended the payees to receive payment, which itself raises the question of who the drawer is. Can Donna Alm's intention be imputed to the appellants?

Many of the cheques in question were payable to "real" persons, albeit persons to whom no

fictive au sens de la jurisprudence (voir aussi le troisième exemple cité dans l'ouvrage de Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, 7^e éd., 1969, à la p. 486), et que la banque était donc en droit de considérer le chèque comme payable au porteur et, en conséquence, de débiter le compte de l'appelante du montant y figurant.

Dans le présent pourvoi, les appelantes ont soutenu, au départ, qu'une banque d'encaissement ne devrait pas pouvoir invoquer le moyen de défense fondé sur le preneur fictif. Elles ont fait valoir que, contrairement à une banque tirée, une banque d'encaissement ne se fie aucunement au tireur et ne le connaît pas. La banque d'encaissement ne se fonde que sur la solvabilité de son propre client. L'intimée fait cependant remarquer que cette proposition ne trouve aucun appui dans la Loi, dans la jurisprudence ou dans la doctrine. Elle précise que lorsque la Loi a pour but de s'appliquer à une catégorie particulière seulement, ce but est exprimé clairement, citant comme exemple l'art. 39 de la Loi qui porte sur la livraison d'une lettre de change.

Je suis d'accord avec l'intimée pour dire que rien dans la jurisprudence ne permet de conclure qu'une banque d'encaissement ne peut invoquer le par. 20(5). Quoi qu'il en soit, les appelantes ont reconnu, dans leur réplique, qu'au lieu de soutenir que la défense du preneur fictif ne s'applique pas aux banques d'encaissement, il vaut mieux affirmer qu'il existe une différence entre les cas où un chèque est glissé sous la plume d'un signataire et celui où la personne malhonnête est le signataire.

En l'espèce, les appelantes soutiennent que les faits correspondent à la quatrième proposition formulée par Falconbridge, *op. cit.*, que notre Cour a adoptée dans l'arrêt *Concrete Column Clamps*, précité. Par contre, l'intimée soutient que les circonstances de l'affaire relèvent plutôt de la troisième proposition. Il s'agit principalement de savoir si le tireur voulait que les preneurs reçoivent paiement, ce qui en soi soulève la question de savoir qui est le tireur. L'intention de Donna Alm peut-elle être imputée aux appelantes?

Bon nombre des chèques en cause étaient payables à des personnes «réelles», quoique ce fus-

51

52

53

54

money was owed by the companies. Donna Alm, the writer of the cheques, did not intend for these payees to receive the proceeds of the cheques. This led the Court of Appeal to conclude that the drawer of the cheques intended them to be payable to bearer, based on the third proposition set out above, which was first stated in *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 (H.L.), at p. 153, as follows, and adopted by this Court in *Fok Cheong*, *supra*, at p. 490:

For the reasons with which I have troubled your Lordships at some length, I have arrived at the conclusion that, whenever the name inserted as that of the payee is so inserted by way of pretence merely, without any intention that payment shall only be made in conformity therewith, the payee is a fictitious person within the meaning of the statute, whether the name be that of an existing person, or of one who has no existence, and that the bill may, in each case, be treated by a lawful holder as payable to bearer.

55

With respect, it seems to me that the Court of Appeal erred in focusing on Alm's intention. It is the intention of the drawer that is significant for the purpose of s. 20(5), not the intention of the signatory of the cheque. While a "drawer" is often defined to mean "[t]he person who signs or makes a bill of exchange" (cf. *The Dictionary of Canadian Law* (2nd ed. 1995)), in my view, it is important in the circumstances of this case to distinguish between the signatory and the drawer. The drawer, in this case, is the entity out of whose bank account the cheques were drawn, that is, the appellant companies. Alm was not the drawer, but was simply the signatory. Thus, it is the intention of the appellant companies, as the drawer, that must be determined. In my view, it is wrong to conclude that Alm, as an authorized signing officer of the appellants, could somehow be taken as expressing the intention of the appellant drawer.

56

Accordingly, the instant appeal is to be distinguished from the situation in *Fok Cheong*, *supra*. In that case, the drawer of the cheques was a company, and the signatory of the cheques was the

sent des personnes à qui les compagnies ne devaient pas d'argent. Donna Alm, l'auteur des chèques, ne voulait pas que ces preneurs reçoivent les montants en question. C'est ce qui a amené la Cour d'appel à conclure que le tireur des chèques voulait qu'ils soient payables au porteur, selon la troisième proposition énoncée ci-dessus, qui a été formulée pour la première fois dans l'arrêt *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 (H.L.), à la p. 153, et qui a été adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Fok Cheong*, précité, à la p. 490:

[TRADUCTION] Pour les motifs que j'ai exposés assez longuement à Vos Seigneuries, je suis arrivé à la conclusion que, premièrement, chaque fois que le nom inscrit comme le nom du preneur n'est qu'un simulacre et qu'il n'y a aucune intention de payer uniquement le preneur nommé, celui-ci est une personne fictive au sens de la loi, peu importe que le nom soit celui d'une personne qui existe ou d'une personne qui n'existe pas, et deuxièmement, que dans l'un et l'autre cas, un détenteur légitime peut considérer la lettre de change comme payable au porteur.

En toute déférence, il me semble que la Cour d'appel a commis une erreur en se concentrant sur l'intention de Alm. C'est l'intention du tireur qui est importante pour les fins du par. 20(5) et non celle du signataire du chèque. Bien qu'un «tireur» soit souvent défini comme [TRADUCTION] «[l]a personne qui signe ou émet une lettre de change» (voir *The Dictionary of Canadian Law* (2^e éd. 1995)), il est, à mon avis, important dans les circonstances de la présente affaire d'établir une distinction entre le signataire et le tireur. En l'espèce, le tireur est l'entité sur le compte bancaire de laquelle les chèques ont été tirés, c'est-à-dire les compagnies appelantes. Alm n'était pas le tireur, mais simplement la signataire. En conséquence, c'est l'intention des compagnies appelantes, en tant que tireur, qui doit être déterminée. À mon avis, il est erroné de conclure qu'il était possible en quelque sorte de considérer que Alm, en tant que signataire autorisée des appelantes, exprimait l'intention du tireur appellant.

En conséquence, il faut établir une distinction entre le présent pourvoi et la situation dans l'affaire *Fok Cheong*, précitée. Dans cette affaire, le tireur des chèques était une compagnie et le signa-

president of that company. The actions of the signatory, who was the president and the guiding mind of the company, could be taken to express the intention of the drawer company itself. This is not the case before us now. There is no basis for holding that the intentions of the signatory Donna Alm could be imputed to the appellant companies. The only directors, officers and shareholders of the appellants were Boris Mange and Ursula Mange. Alm was authorized to sign cheques for the appellants only for the purpose of discharging lawful obligations of the appellants, and only when the Manges were not available.

The validity of the cheques is not challenged; therefore, it must be presumed that the drawer intended the payees to receive the proceeds of the cheques. Clearly, the appellants had no intention of transferring over \$90,000 to Alm, rather than the payees, for no reason and via the circuitous route of third party cheques.

The respondent submits that the decision of this Court in *Concrete Column Clamps, supra*, should be overruled, and the approach taken by Laskin C.J. in dissent adopted. As I noted above, Laskin C.J. would have imputed the fraudulent intention of the employee to the employer/drawer. However, in my view, it is neither necessary nor desirable to import notions of agency and vicarious liability into the analysis. As I understand the applicable provisions of the Act, they do not invite the courts to consider whether the drawer, as principal, is vicariously liable for the acts of the agent. To my mind, it is quite evident that it is the intention of the drawer, in the sense of the entity from whose account the cheques will be drawn, that is of relevance. In some cases, it may be that the signatory is effectively also the drawer. But in this case, however, this is not so.

Pursuant to *Concrete Column Clamps, supra*, and the fourth proposition put forward by Falconbridge, *supra*, where a drawer is fraudulently induced by another person into issuing a cheque for the benefit of a real person to whom no obligation is owed, the cheque is to be considered payable to the payee, and not to a fictitious person. Such cheques will, accordingly, still be considered

taire était président de la compagnie. On pouvait considérer que les gestes du signataire, président et âme dirigeante de la compagnie, exprimaient l'intention de la compagnie tireuse. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Rien ne permet de conclure que l'intention de la signataire Donna Alm pouvait être imputée aux compagnies appelantes. Les seuls administrateurs, dirigeants et actionnaires des appelantes étaient Boris Mange et Ursula Mange. Alm n'était autorisée à signer les chèques au nom des appelantes que pour acquitter des obligations légitimes des appelantes, et seulement lorsque les Manges ne pouvaient pas le faire eux-mêmes.

La validité des chèques n'est pas contestée; en conséquence, il faut présumer que le tireur voulait que les preneurs touchent le montant des chèques. De toute évidence, les appelantes n'avaient pas l'intention de transférer plus de 90 000 \$ à Alm plutôt qu'aux preneurs, et ce, sans aucun motif et par le biais de chèques au nom de tierces parties.

L'intimée soutient qu'il faudrait renverser l'arrêt de notre Cour *Concrete Column Clamps*, précité, et adopter le point de vue formulé par le juge en chef Laskin, dissident. Comme je l'ai déjà fait remarquer, le juge en chef Laskin aurait imputé l'intention frauduleuse de l'employé à l'employeur-tireur. Cependant, j'estime qu'il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'introduire dans l'analyse des notions de mandat et de responsabilité du fait d'autrui. Si je comprends bien, les dispositions applicables de la Loi n'invitent pas les tribunaux à examiner si le tireur, en tant que mandant, est responsable des actes du mandataire. À mon avis, il est fort évident que c'est l'intention du tireur, au sens de l'entité sur le compte de laquelle les chèques sont tirés, qui est pertinente. Dans certains cas, il se peut qu'en réalité le signataire soit aussi le tireur. Cependant, ce n'est pas le cas en l'espèce.

Selon l'arrêt *Concrete Column Clamps*, précité, et la quatrième proposition formulée par Falconbridge, *op. cit.*, lorsqu'un tireur est amené frauduleusement par une autre personne à émettre un chèque au profit d'une personne existante envers qui il n'existe aucune obligation, le chèque doit être considéré comme payable au preneur et non à une personne fictive. En conséquence, ces chèques

57

58

59

payable to order rather than to bearer. In this case, as in *Concrete Column Clamps, supra*, the drawer was fraudulently induced by an employee into issuing cheques for the benefit of real persons to whom no obligation was owed. In this case, then, the cheques payable to actual persons associated with the appellants were not payable to fictitious persons, and could not be treated by the CIBC as payable to bearer.

seront quand même considérés comme étant payables à ordre plutôt qu'au porteur. Dans la présente affaire, comme dans l'arrêt *Concrete Column Clamps*, précité, le tireur a été frauduleusement amené par un employé à émettre des chèques au profit de personnes existantes envers qui il n'existait aucune obligation. En l'espèce, les chèques payables à des personnes existantes ayant des liens avec les appelantes n'étaient donc pas payables à des personnes fictives, et la CIBC ne pouvait pas les considérer comme payables au porteur.

60 Many of the cheques, however, were made payable not to actual persons associated with the companies, but to "J. Lam" and "J. R. Lam". The appellants had no dealings with any persons of such names. According to the criteria set out in *Falconbridge, supra*, such a person would be categorized as "non-existing", and hence, fictitious. But in my view, it seems that Boris Mange was reasonably mistaken in thinking that "J. Lam" or "J. R. Lam" was an individual associated with his companies. Mange knew that one of the subcontractors retained by the companies was a "Mr. Lam". He did not specifically recall Lam's first name, which, incidentally, was Van Sang. However, when Mange approved the cheques to "J. Lam" and "J. R. Lam", he honestly believed that the cheques were being made out for an existing obligation to a real person known to the companies. The trial judge's comments in this regard were tantamount to a finding of fact, and were not disturbed on appeal; as these are concurrent findings of fact, this Court should not intervene.

Cependant, de nombreux chèques étaient payables non pas à des personnes existantes ayant des liens avec les compagnies, mais plutôt à «J. Lam» et à «J. R. Lam». Les appelantes ne faisaient affaire avec personne de ce nom. Selon les critères énoncés dans *Falconbridge, op. cit.*, une telle personne serait qualifiée d'«inexistante» et, en conséquence, de personne fictive. Cependant, il me semble que Boris Mange a raisonnablement cru à tort que «J. Lam» ou «J. R. Lam» était une personne ayant des liens avec ses compagnies. Mange savait que les compagnies avaient retenu les services d'un sous-traitant du nom de «M. Lam». Il ne se rappelait pas précisément du prénom de Lam qui, incidemment, était Van Sang. Cependant, lorsque Mange a approuvé les chèques tirés au nom de «J. Lam» et de «J. R. Lam», il croyait sincèrement qu'ils avaient été tirés relativement à une obligation réelle envers une personne existante connue des compagnies. Les commentaires du juge de première instance à ce sujet équivalaient à une conclusion de fait et n'ont pas été modifiés en appel; comme ce sont des conclusions de fait concordantes, notre Cour ne devrait pas intervenir.

61 Accordingly, the cheques made out to "J. Lam" and "J. R. Lam" also fall within the fourth category, and could not be treated by the CIBC as payable to bearer. Rather, the cheques were payable to order, and in order to be negotiable to the bank, delivery alone was not sufficient. Valid, non-forged endorsements were required.

En conséquence, les chèques tirés au nom de «J. Lam» et de «J. R. Lam» tombent également dans la quatrième catégorie, et ne pouvaient pas être considérés par la CIBC comme payables au porteur. Ces chèques étaient payables à ordre et leur livraison n'était pas à elle seule suffisante pour qu'ils soient négociables à la banque. Des endossements valides et non falsifiés étaient requis.

62 The appellants also submitted that, even if the cheques in question could be considered to be pay-

Les appelantes soutiennent également que, même si les chèques en cause pouvaient être consi-

able to bearer (which, as I have stated, they cannot be), the cheques should not be considered to have been "delivered" within the meaning of the Act. Accordingly, they could not have been negotiated. Upon closer scrutiny, this submission relied upon a rather tortured reading of the Act, which I should like to address.

Section 2 of the Act states that "delivery" means transfer of possession, actual or constructive, from one person to another. Delivery, within the meaning of this section, was certainly effected in this case with respect to all the cheques in question, as Donna Alm transferred possession of them to the CIBC.

The appellants, however, submit that a cheque is not delivered by the mere handing of the cheque to a bank teller, but that the transfer of possession is merely part of a legal process, relying on *Gough Electric Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1986), 34 B.L.R. 17 (B.C.C.A.). According to the court in *Gough*, the delivery must be made by the authority of the drawer or the acceptor or the endorsee, as the case may be, referring to the language set out in s. 39 of the Act.

I agree with the respondent's submission that it is incorrect to read s. 39 as if it defined "delivery" for all sections of the Act. The language of s. 39 necessarily refers back to the provisions of s. 38. Parliament has defined the term "delivery" in the interpretation section of the statute, a definition that is presumably to apply throughout the statute. In defining the term "delivery" differently in the later section, the clear inference is that this special definition is not intended to apply throughout the statute, but only in the circumstances contemplated by s. 38 because s. 39 cannot be read in isolation from s. 38. Where the delivery is taking place for the purposes of s. 38, there must be more than the transfer of possession, actual or constructive, from one person to another; it must also be made either by or under the authority of the party drawing, accepting or endorsing, as the case may be. Section 39 deals with the completion of a contract on a bill, not the delivery of every bill of exchange for

dérés comme payables au porteur (ce qui est impossible comme je l'ai affirmé), ils ne devraient pas être considérés comme «livrés» au sens de la Loi. En conséquence, ils ne pouvaient pas avoir été négociés. Lorsqu'on l'examine de plus près, on se rend compte que cet argument repose sur une interprétation plutôt fautive de la Loi, et c'est le point que j'aimerais maintenant examiner.

L'article 2 de la Loi prévoit que la «livraison» est un transfert de possession réelle ou présumée d'une personne à une autre. En l'espèce, tous les chèques en question ont sûrement été livrés au sens de cette disposition puisque Donna Alm en a transféré la possession à la CIBC.

Toutefois, se fondant sur l'arrêt *Gough Electric Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1986), 34 B.L.R. 17 (C.A.C.-B.), les appelantes soutiennent qu'un chèque n'est pas livré par sa simple remise à un caissier de la banque, mais que le transfert de possession fait simplement partie d'un processus juridique. Dans l'arrêt *Gough*, la cour, renvoyant aux termes utilisés à l'art. 39 de la Loi, a affirmé que la livraison doit être effectuée avec l'autorisation du tireur, de l'accepteur ou de l'endossataire, selon le cas.

Je suis d'accord avec l'intimée pour dire qu'il est incorrect d'interpréter l'art. 39 comme s'il définissait le terme «livraison» pour toutes les dispositions de la Loi. Le texte de l'art. 39 renvoie nécessairement à l'art. 38. Le législateur a défini le terme «livraison» dans la partie de la Loi réservée aux définitions, et il faut présumer que cette définition s'applique à l'ensemble de la Loi. On ne peut que déduire que, lorsqu'il a défini le terme «livraison» différemment dans la dernière disposition, le législateur a voulu que cette définition spéciale s'applique non pas à l'ensemble de la Loi, mais seulement aux circonstances envisagées à l'art. 38 du fait que l'art. 39 ne peut être interprété indépendamment de l'art. 38. Lorsqu'il y a livraison pour les fins de l'art. 38, il doit y avoir plus qu'un transfert de possession réelle ou présumée d'une personne à une autre; la livraison doit aussi être faite par le tireur, l'accepteur ou l'endosseur, selon le cas, ou avec leur autorisation. L'article 39

63

64

65

simple deposit or negotiation. As further support for this interpretation, I note that the first incarnation of the Act incorporated the present ss. 38 and 39 in one section (see S.C. 1890, c. 33, s. 21).

66 If s. 39 applied beyond the situations encompassed in s. 38, s. 2 would be rendered meaningless, as delivery would never mean the simple transfer of possession. Such a result would be an absurdity. It is true that the Manitoba Court of Appeal has held that "delivery" must always be more than mere transfer of possession, in *Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 736. I expressly disagree with this approach, however, as it renders s. 2 meaningless, and also essentially renders s. 20(5) nugatory. It must be remembered that a cheque payable to bearer, including a cheque payable to a fictitious person, is negotiated by simple delivery (s. 59(2)). To adopt the s. 39 definition of delivery for all purposes would mean that something more than simple delivery would be required, contrary to the very intent of s. 20(5) and s. 59(2). This result defies the maxim *ut res magis valeat quam pereat*, "it is better for a thing to go well than to come to nothing", that is, legislation should be interpreted to give it effect, rather than to render it a nullity.

67 For these reasons, it is my conclusion that the cheques in question certainly were "delivered" by Alm to the CIBC within the meaning of s. 2 of the Act. However, the cheques were not bearer cheques, but were payable to order. Accordingly, for negotiation to be effected, endorsement by the payee was required in order for the CIBC to acquire valid title to the cheques.

68 It remains to be seen, however, whether s. 165(3) of the Act is of application in this situation so as to give the CIBC the rights of a holder in due course, including immunity against a claim in conversion.

traite de l'irrévocabilité de la conclusion d'un contrat sur une lettre de change, et non de la livraison de toute lettre de change pour simple dépôt ou négociation. Pour appuyer davantage cette interprétation, je souligne que, dans la première version de la Loi, les art. 38 et 39 actuels ne formaient qu'une seule et même disposition (voir S.C. 1890, ch. 33, art. 21).

Si l'article 39 s'appliquait à d'autres situations que celles visées à l'art. 38, l'art. 2 serait dénué de tout sens puisque la livraison ne signifierait jamais le simple transfert de possession. Un tel résultat serait absurde. Il est vrai que, dans l'arrêt *Toronto-Dominion Bank c. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 98 D.L.R. (4th) 736, la Cour d'appel du Manitoba a statué que la «livraison» doit toujours être plus qu'un simple transfert de possession. Cependant, je suis explicitement en désaccord avec ce point de vue étant donné qu'il fait perdre tout son sens à l'art. 2 et qu'il rend essentiellement inopérant le par. 20(5). Il faut se rappeler qu'un chèque payable au porteur, y compris un chèque payable à une personne fictive, se négocie par simple livraison (par. 59(2)). Adopter à toutes fins la définition de «livraison» à l'art. 39 signifierait que quelque chose de plus qu'une simple livraison serait requis, contrairement à l'intention exprimée aux par. 20(5) et 59(2). Ce résultat va à l'encontre de la maxime *ut res magis valeat quam pereat*, «il vaut mieux qu'une chose soit valide plutôt qu'elle périsse», c'est-à-dire qu'une loi devrait être interprétée de manière à la rendre opérante plutôt que de la rendre nulle.

Pour ces motifs, je conclus que Alm a sûrement livré les chèques en question à la CIBC, au sens de l'art. 2 de la Loi. Cependant, les chèques étaient non pas payables au porteur, mais payables à ordre. En conséquence, pour être négociés, ils devaient porter l'endossement du preneur pour que la CIBC acquière un titre valide.

Il reste cependant à examiner si le par. 165(3) de la Loi s'applique en l'espèce de façon à conférer à la CIBC les droits d'un détenteur régulier, y compris l'immunité contre les réclamations fondées sur le détournement.

C. *Section 165(3)*

It should be noted at the outset that the CIBC in this case cannot be an actual holder in due course under the Act, because it is not a valid "holder" of the cheques in question. A bill must be negotiated to an individual in order for him or her to be a holder. As set out above, the cheques in this case were not validly negotiated, since they were payable to order, and bore no endorsement, or bore forged endorsements which amounted to a nullity under s. 48 of the Act.

However, it is argued that the CIBC acquired the rights of a holder in due course pursuant to s. 165(3), which provides that:

Where a cheque is delivered to a bank for deposit to the credit of a person and the bank credits him with the amount of the cheque, the bank acquires all the rights and powers of a holder in due course of the cheque.

At this point, it should be noted that this section has attracted considerable commentary; see, for example, Professor Sheila Martin's article "Section 165(3) of the Bills of Exchange Act" (1985), 11 *C.B.L.J.* 23, and Professor Stephen A. Scott's article "The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History" (1973), 19 *McGill L.J.* 78.

Section 165(3) was introduced in 1966; Professor Martin summarizes the subsequent reaction to the new provision as highly critical by giving too wide a protection to banks (at p. 23). She describes the significant advantage that the section affords to a depositing bank as follows, at p. 47:

While some innovations have been made, in the case of a good faith requirement and the deposit proviso, most cases have technically applied s. 165(3) to give the bank the wide protection it promotes. When one realizes that s. 165(3) is now being used as a defence to common law actions and that the bank remains free to pursue the drawer or endorsers at its option and regardless of its relationship with the endorser, it is easy to understand

C. *Le paragraphe 165(3)*

Il y a lieu de souligner, au départ, que la CIBC ne peut être un véritable détenteur régulier au sens de la Loi parce qu'elle n'est pas un «détenteur» valide des chèques en question. Une lettre de change doit être négociée en faveur d'une personne pour qu'elle en devienne détentrice. Comme je l'ai déjà exposé, les chèques en l'espèce n'ont pas été valablement négociés puisqu'ils étaient payables à ordre et ne portaient aucun endossement ou portaient un endossement falsifié constituant nullité en vertu de l'art. 48 de la Loi.

Cependant, on soutient que la CIBC a acquis les droits d'un détenteur régulier conformément au par. 165(3), qui prévoit ceci:

Lorsqu'un chèque est livré à une banque en vue de son dépôt au compte d'une personne et que la banque porte au crédit de celle-ci le montant du chèque, la banque acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque.

Il y a lieu ici de souligner que cette disposition a fait couler beaucoup d'encre; voir, par exemple, l'article de la professeure Sheila Martin, intitulé «Section 165(3) of the Bills of Exchange Act» (1985), 11 *C.B.L.J.* 23, et celui du professeur Stephen A. Scott, intitulé «The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History» (1973), 19 *R.D. McGill* 78.

Le paragraphe 165(3) a été introduit en 1966; la professeure Martin affirme succinctement que la nouvelle disposition a été fort critiquée parce qu'elle accorde une protection trop grande aux banques (à la p. 23). Voici comment elle décrit le grand avantage que cette disposition confère à une banque dépositante (à la p. 47):

[TRADUCTION] Bien que certaines innovations aient été réalisées, dans le cas d'une exigence de bonne foi et de la clause de dépôt, on a, la plupart du temps, appliqué littéralement le par. 165(3) de façon à conférer aux banques la protection générale qu'il favorise. Lorsque l'on se rend compte que le par. 165(3) est maintenant opposé comme moyen de défense à des actions fondées sur la common law et que la banque continue de pouvoir

69

70

71

72

the fear that the section has done much to strengthen the legal position of a depositing bank.

Professor Martin explores in her article whether the breadth of s. 165(3) can be narrowed by strictly construing its threshold requirements but concludes that it would be difficult to narrow the scope of the subsection.

73 Professor Scott goes so far as to state that s. 165(3) “must be summarily repealed”, as “[i]ts continued presence on the Canadian statute book is completely unjustified” (p. 97). In his view, it would not be necessary to replace the section with a new provision, but he suggests specific changes (at p. 97).

74 The respondent submits that, within the plain meaning of s. 165(3), it has acquired the rights of a holder in due course, since the cheques in question were indeed “delivered to a bank for deposit to the credit of a person”, and since the CIBC credited the person “with the amount of the cheque”. At first blush, this interpretation seems to be attractive. However, the consequence of this approach would be far-reaching and overly broad.

75 If the respondent’s interpretation were adopted, a bank would never need to require an endorsement, and the distinction between cheques payable to order and payable to bearer would be insignificant. A bank would always be immune from the consequences of having accepted unendorsed cheques into third party accounts. This result cannot be supported.

76 In my view, the “person” in s. 165(3) must mean a person who is entitled to the cheque. This means that only the payee or the legitimate endorsee of the payee would qualify as a “person” for the purposes of s. 165(3). The purpose of s. 165(3), in my view, is to deal with, among others, situations like the one that arose in *Royal Bank of Canada v. Wild* (1974), 51 D.L.R. (3d) 188 (Ont. C.A.), that is, where a payee deposits a cheque to his or her own account without endorsement, and to deal with restrictive endorsements. In that case, a cheque

poursuivre, comme elle l’entend, le tireur ou les endosseurs, et ce, quel que soit son lien avec l’endosseur, on comprend facilement pourquoi l’on craint que la disposition ait contribué énormément à renforcer la situation en droit des banques déposantes.

La professeure Martin examine, dans son article, si l’on peut restreindre la portée du par. 165(3) en donnant une interprétation stricte à ses exigences préliminaires; cependant, elle conclut qu’il serait difficile d’en restreindre la portée.

Le professeur Scott va même jusqu’à dire que le par. 165(3) [TRADUCTION] «doit être abrogé sommairement» étant donné que «[s]on maintien dans les recueils de lois canadiennes est totalement injustifié» (p. 97). À son avis, il ne serait pas nécessaire de remplacer cette disposition, mais il propose certaines modifications (à la p. 97).

L’intimée soutient que, suivant le sens ordinaire du par. 165(3), elle a acquis les droits d’un détenteur régulier puisque les chèques en question ont vraiment été «livré[s] à une banque en vue de son dépôt au compte d’une personne», et que la CIBC a porté au crédit de cette personne «le montant du chèque». À prime abord, cette interprétation semble intéressante. Cependant, elle aurait des conséquences profondes et d’une portée excessive.

Si l’on adoptait l’interprétation préconisée par l’intimée, une banque n’aurait jamais besoin d’exiger un endossement et la distinction entre les chèques payables à ordre et ceux payables au porteur serait sans importance. Une banque serait toujours à l’abri des conséquences de l’acceptation de chèques non endossés pour dépôt dans le compte d’une tierce partie. Ce résultat est insoutenable.

À mon avis, la «personne» visée au par. 165(3) doit être une personne ayant droit au chèque. Cela signifie que seul le preneur ou l’endossataire légitime du preneur pourrait être qualifié de «personne» pour les fins du par. 165(3). J’estime que le par. 165(3) vise notamment des situations comme celle qui existait dans l’arrêt *Royal Bank of Canada c. Wild* (1974), 51 D.L.R. (3d) 188 (C.A. Ont.), c’est-à-dire celle où un preneur dépose un chèque dans son compte sans endossement, et qu’il vise aussi l’endossement restrictif. Dans l’arrêt

drawn by Wild and payable to Interlocking Building Systems Limited was delivered to the bank by the payee, to be deposited to the credit of his account. The words "for deposit only to the credit of Interlocking Building Systems Limited, dealer's account" were typed on the back of the cheque. There was no actual signature by way of endorsement on the cheque. The cheque was credited to the payee's account. When the cheque was presented by the collecting bank to the drawee, it was dishonoured, and charged back to the account of the payee. However, the funds in the payee's account were insufficient, there being an overdraft of \$1,550. Several months later, the collecting bank demanded payment from the drawer of the cheque, Wild. The defendant conceded that the collecting bank had acquired the rights of a holder in due course by virtue of s. 165(3) of the Act.

In *Wild*, the bank, but for s. 165(3), could not have taken title to the cheque, since a cheque that is payable to order must be endorsed to be negotiated (s. 59(3)). The bank could not then be a holder in due course, and would be exposed to any equities between the payee and the drawer of the cheque. Section 165(3) remedies this situation. As long as a payee or endorsee is entitled to the proceeds of the cheque, the cheque can be deposited without endorsement without harming the position of the bank.

Section 165(3) represents a policy decision with respect to the allocation of risk. When a collecting bank is presented with a cheque for deposit to the credit of the payee, the bank is entitled, essentially, to assume that it was truly the intention of the drawer that the payee receive the proceeds of the cheque. It is more difficult for a fraudulent employee to manage to have cheques wrongfully made out in their own name; the likelihood with respect to cheques presented by the payee is that they are genuine. Accordingly, a policy decision has been made to overlook the lack of endorsement with respect to these cheques, to prevent the bank from being exposed to personal defences and defects in title should the cheque be dishonoured. The collecting bank is permitted to overlook endorsement with respect to these cheques,

Wild, un chèque tiré par Wild et payable à Interlocking Building Systems Limited avait été livré à la banque par le preneur pour être déposé dans son compte. À l'endos du chèque était dactylographiée la phrase suivante: [TRADUCTION] «pour dépôt seulement au crédit d'Interlocking Building Systems Limited, compte du marchand». Le chèque n'avait pas été endossé. Il a été déposé au compte du preneur. Lorsque la banque d'encaissement a présenté ce chèque au tiré, il a été refusé et débité du compte du preneur. Cependant, le compte du preneur ne contenait pas suffisamment de fonds, présentant un découvert de 1 550 \$. Plusieurs mois plus tard, la banque d'encaissement a exigé le paiement du tireur du chèque, Wild. Le défendeur a reconnu que la banque d'encaissement avait acquis les droits d'un détenteur régulier en application du par. 165(3) de la Loi.

Dans l'arrêt *Wild*, n'eût été le par. 165(3), la banque n'aurait pu obtenir le titre sur le chèque puisqu'un chèque payable à ordre se négocie par endossement (par. 59(3)). La banque ne pouvait alors être un détenteur régulier, et était sujette à tout droit susceptible d'exister en *equity* entre le preneur et le tireur du chèque. Le paragraphe 165(3) remédie à cette situation. Dans la mesure où un preneur ou un endossataire a droit au montant du chèque, le chèque peut être déposé sans endossement sans nuire à la situation de la banque.

Le paragraphe 165(3) représente une décision de principe relative à la répartition du risque. Lorsqu'une banque d'encaissement se voit présenter un chèque pour dépôt au crédit du preneur, elle a essentiellement le droit de supposer que le tireur voulait réellement que le preneur reçoive le montant du chèque. Il est plus difficile pour un employé fraudeur de faire illicitement tirer des chèques à son nom; il est probable que les chèques présentés par le preneur seront authentiques. En conséquence, on a pris la décision de principe d'ignorer l'absence d'endossement sur ces chèques de façon à empêcher que la banque se voie opposer des moyens de défense personnels et qu'elle se trouve en possession de titres défectueux, au cas où ces chèques seraient refusés. La banque d'encaissement est autorisée à ignorer l'absence d'en-

77

78

because it is very likely that they are indeed genuine.

79 However, the likelihood of fraud is dramatically higher when a person presents a third party cheque, particularly when it bears no endorsement. A collecting bank is not permitted to assume that the transaction is genuine in the face of circumstances that are so clearly prone to fraud. This is why the collecting bank is required, in the case of third party cheques, to ensure that they have been endorsed. It should be remembered that it was the respondent's own internal policy that third party cheques were not to be accepted without endorsement.

80 To some, the allocation of risk in the bills of exchange system may seem arbitrary, but in my view a necessary and coherent rationale sustains this allocation. With respect to forged endorsements, for example, no party in particular is in any better position to detect the fraud than any other. It is a risk that all parties must bear, including collecting banks. It is a price that must be paid if one wishes to enjoy the significant benefits of the bills of exchange scheme, not the least of which is, from the bank's perspective, the facilitation of huge numbers of financial dealings conducted rapidly, and without overwhelming transaction costs. While the banks are accorded the important advantage of holder in due course status in many situations, it would not be appropriate, as the respondent would have it, to exempt any party, including collecting banks, from all exposure to the risk and consequence of fraud.

81 In my view, s. 165(3) does not apply to the facts of this case. Alm was not the payee or a legitimate endorsee of the cheques in question. Accordingly, she was not a "person" within the meaning of s. 165(3). Absent valid endorsements, the cheques were not validly negotiated to the bank. As a result, CIBC took the cheques subject to the equities of the situation. Alm was not entitled to the cheques, but CIBC credited her with the amount of those cheques. This constitutes conversion, for which CIBC is strictly liable.

dossement sur ces chèques étant donné qu'il est fort probable qu'ils sont vraiment authentiques.

Cependant, le risque de fraude est sensiblement plus grand lorsqu'une personne présente un chèque d'une tierce partie, et plus particulièrement s'il n'est pas endossé. Une banque d'encaissement ne peut pas présumer que l'opération est authentique dans des circonstances qui se prêtent aussi clairement à la fraude. C'est pourquoi la banque d'encaissement doit veiller à ce que les chèques de tierces parties soient endossés. Il faudrait se rappeler que l'intimée avait comme politique interne de ne pas accepter les chèques de tierces parties non endossés.

Pour certains, la répartition du risque à l'intérieur du régime des lettres de change peut sembler arbitraire; cependant, j'estime que cette répartition a une raison d'être logique et nécessaire. Par exemple, en ce qui concerne les endossements falsifiés, une partie n'est jamais mieux placée qu'une autre pour déceler la fraude. C'est un risque qui doit être assumé par toutes les parties, y compris les banques d'encaissement. C'est le prix à payer si l'on désire bénéficier des avantages considérables qu'offre le régime des lettres de change, dont n'est pas le moindre celui, du point de vue des banques, de faciliter l'exécution rapide d'une multitude d'opérations financières, sans frais exorbitants. Même si, dans bien des cas, les banques ont l'avantage important de posséder le statut de détenteur régulier, il ne conviendrait pas de mettre toute partie, y compris les banques d'encaissement, à l'abri du risque et des conséquences de la fraude, comme le préconise l'intimée.

À mon avis, le par. 165(3) ne s'applique pas aux faits de la présente affaire. Alm n'était ni le preneur ni un endossataire légitime des chèques en question. En conséquence, elle n'était pas une «personne» au sens du par. 165(3). Sans endossement valide, les chèques n'ont pas été valablement négociés à la banque. En conséquence, la CIBC a accepté les chèques sous réserve des droits susceptibles d'exister en *equity*. Alm n'avait pas droit aux chèques, mais la CIBC lui en a crédité le montant. Cela constitue un détournement dont la CIBC a la responsabilité stricte.

VI. Conclusions and Disposition

A bill of exchange is a chattel that can be negotiated from party to party. Title to a bill, such as a cheque, is obtained through negotiation. Once an individual has obtained title, that individual has the right to present the bill to the drawee for payment, as well as a right of recovery against the drawer if the bill is dishonoured by the drawee.

A bank converts an instrument, including a cheque, by dealing with it under the direction of one not authorized, by collecting it and making the proceeds available to someone other than the person rightfully entitled to possession. It should be noted that the tort of conversion is one of strict liability.

The respondent has agreed that it is *prima facie* liable to the drawer for conversion, and focuses instead on possible defences. I have concluded that the Court of Appeal was in error in holding that the action for conversion must fail with respect to the 146 cheques signed by Alm, having focused incorrectly on the intention of Alm, rather than the intention of the drawer. The respondent is indeed *prima facie* liable for conversion with respect to all of the cheques in question.

It is my further conclusion that s. 20(5) offers no defence to the respondent in the circumstances of this case. None of the cheques in question was payable to a fictitious person, in my view. Again, it is the intention of the drawer, in the sense of the one from whose account the cheques are drawn, that is of relevance, rather than the intention of the signatory. The drawer and the signatory may be one and the same in some instances, but this is not the situation in the instant appeal. As none of the cheques was payable to a fictitious person, the cheques could not be treated as payable to bearer by the CIBC. Accordingly, in order to be negotiated, the cheques had to be validly endorsed as well as delivered.

VI. Conclusions et dispositif

Une lettre de change est un bien qui peut être négocié d'une partie à une autre. Le titre sur une lettre de change, comme un chèque, s'obtient par négociation. La personne qui obtient ce titre a le droit de présenter la lettre de change au tiré pour paiement ainsi que celui de recouvrer cette somme auprès du tireur si la lettre est refusée par le tiré.

Une banque détourne un effet, y compris un chèque, en le traitant sur l'ordre d'une personne non autorisée, en l'encaissant et en en remettant le montant à une personne autre que celle qui y a légitimement droit. Il y a lieu de souligner que le délit de détournement est un délit de responsabilité stricte.

L'intimée a reconnu qu'elle était responsable à première vue de détournement envers le tireur, et a plutôt mis l'accent sur des moyens de défense possibles. J'ai conclu que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que l'action pour détournement devait échouer relativement aux 146 chèques signés par Alm, du fait qu'elle s'était concentrée à tort sur l'intention de Alm plutôt que sur celle du tireur. L'intimée est, en fait, responsable à première vue de détournement à l'égard de tous les chèques en cause.

Je conclus également que le par. 20(5) n'offre à l'intimée aucun moyen de défense dans les circonstances de l'espèce. À mon avis, aucun des chèques en question n'était payable à une personne fictive. Je répète que c'est l'intention du tireur, au sens de celui sur le compte duquel les chèques sont tirés, qui est pertinente et non celle du signataire. Il se peut, dans certains cas, que le tireur et le signataire soient une seule et même personne, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. Puisque aucun des chèques n'était payable à une personne fictive, la CIBC ne pouvait les considérer comme payables au porteur. En conséquence, pour être négociés, les chèques devaient être validement endossés et livrés.

82

83

84

85

86 I have also concluded that the CIBC did not acquire the rights of a holder in due course pursuant to s. 165(3), for the reason that the person to whose account the cheques were deposited was not a legitimate payee or endorsee, but a third party. Absent valid endorsements, Alm could not validly negotiate the cheques to the bank. As a result, the CIBC took the cheques subject to the equities of the situation, and is liable for conversion with respect to those cheques.

87 Accordingly, I would allow the appeal with costs throughout, dismiss the cross-appeal with costs, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the trial judgment against the CIBC for the full amount of the cheques in question, that is \$91,289.54 plus interest.

The reasons of *La Forest* and *McLachlin JJ.* were delivered by

88 LA FOREST J. (dissenting on the appeal) — I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice Iacobucci, but, with respect, I am unable to agree with the result he has arrived at and with much of his reasoning. While we are at one in concluding that, absent any applicable defences, the respondent bank is liable to the appellants for conversion, our paths diverge as regards the application of one of those defences. As I see it, s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C., 1985, c. B-4 (the “Act”), provides a defence to the respondent for all but \$1,655.17 of the total amount claimed by the appellants. However, for somewhat different reasons, I agree with the interpretation of s. 165(3) arrived at by my colleague and that it is not available to the respondent on the facts of this case.

89 My colleague has summarized the facts and the judicial history of the case. I find it unnecessary to repeat the latter, but I do feel it is necessary to

J’ai aussi conclu que la CIBC n’avait pas acquis les droits d’un détenteur régulier conformément au par. 165(3), parce que la personne au compte de laquelle les chèques ont été déposés était non pas un preneur ou un endossataire légitime, mais une tierce partie. Sans endossement valide, Alm ne pouvait pas négocier valablement les chèques à la banque. En conséquence, la CIBC a accepté les chèques sous réserve des droits susceptibles d’exister en *equity* et elle est responsable de détournement à l’égard de ces chèques.

En conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi principal avec dépens dans toutes les cours, de rejeter le pourvoi incident avec dépens, d’infirmier l’arrêt de la Cour d’appel et de rétablir le jugement du juge de première instance ordonnant à la CIBC de payer le plein montant des chèques en cause, soit la somme de 91 289,54 \$ plus les intérêts.

Version française des motifs des juges *La Forest* et *McLachlin* rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident quant au pourvoi principal) — J’ai pris connaissance des motifs de mon collègue le juge Iacobucci mais, en toute déférence, je ne puis souscrire au résultat auquel il est arrivé ni à une grande partie de son raisonnement. Bien que nous soyons d’accord pour conclure que, en l’absence de moyens de défense applicables, la banque intimée est responsable de détournement envers les appelantes, nos points de vue divergent sur l’application de l’un de ces moyens de défense. À mon sens, le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. (1985), ch. B-4 (la «Loi»), fournit à l’intimée un moyen de défense relativement au total réclamé par les appelantes, sauf en ce qui concerne la somme de 1 655,17 \$. Toutefois, pour des raisons quelque peu différentes, je souscris à la façon dont mon collègue interprète le par. 165(3) et je suis d’accord avec lui pour dire que, d’après les faits du présent pourvoi, il ne peut être invoqué par l’intimée.

Mon collègue a résumé les faits et l’historique judiciaire de l’affaire. J’estime inutile de reprendre cet historique, mais je considère nécessaire de

briefly review the facts. The appellants, Boma Manufacturing Ltd. and Panabo Sales Ltd., are two small, family-owned, manufacturing companies whose only shareholders and officers are Boris Mange and his wife Ursula Mange. From 1967 to 1987 the appellants employed a bookkeeper, Donna Alm, who, along with Boris and Ursula Mange, was an authorized signing officer for both companies with respect to the appellants' accounts at the Royal Bank of Canada. Cheques drawn on these accounts required the signature of only one authorized signing officer. Over a five-year period, from 1982 to 1987, Ms. Alm defrauded the appellants of \$91,289.54 by issuing and depositing to her own accounts with the respondent a total of 155 cheques drawn on the account of the appellants and fraudulently made out to third parties. Of the 155 cheques, 146 were signed personally by Ms. Alm in her capacity as signing officer; the remaining nine were prepared by Ms. Alm but signed by the president of the appellants, Boris Mange. The cheques were presented for deposit by Ms. Alm at her regular branch of the respondent CIBC. Ms. Alm had forged endorsements on some of the cheques but not on others. In any event, all of the cheques were accepted by the bank and Ms. Alm was credited with the face amount in each case.

In addition to grouping the 155 cheques depending on who signed them, it is also possible to group the cheques depending on the nature of the payee. Forty-one of the cheques were made out to existing employees of the appellants, including 34 which were variously made out to Boris Mange, Ursula Mange, and their son Michael Mange. Of the 41 cheques made out to existing employees of the appellants, 38 were signed by Ms. Alm herself and three by Boris Mange. The remaining 114 cheques were variously made out to "J. Lam", "J. R. Lam", or "D. Lam". The appellants had previously engaged a subcontractor by the name of Van Sang Lam but had never employed or had dealings with anyone by the name of J. Lam, J. R. Lam, or D. Lam. Of these 114 cheques, six were signed by Boris Mange and the remaining 108 by Ms. Alm.

revoir brièvement les faits. Les appelantes, Boma Manufacturing Ltd. et Panabo Sales Ltd., sont deux petites entreprises familiales de fabrication dont les seuls actionnaires et dirigeants sont Boris Mange et son épouse Ursula Mange. De 1967 à 1987, les appelantes ont employé comme aide-comptable Donna Alm qui, à l'instar de Boris et d'Ursula Mange, était une signataire autorisée des deux sociétés relativement aux comptes des appelantes à la Banque Royale du Canada. Les chèques tirés sur ces comptes n'exigeaient qu'une signature autorisée. Au cours d'une période de cinq ans, de 1982 à 1987, M^{me} Alm a escroqué aux appelantes la somme de 91 289,54 \$, en émettant et en déposant, dans ses propres comptes chez l'intimée, 155 chèques au total, tirés sur les comptes des appelantes et émis frauduleusement au nom de tierces parties. Parmi ces 155 chèques, 146 avaient été signés personnellement par M^{me} Alm en sa qualité de signataire autorisée; les neuf autres chèques avaient été rédigés par M^{me} Alm, mais signés par le président des appelantes, Boris Mange. Les chèques ont été présentés pour dépôt par M^{me} Alm à sa succursale habituelle de l'intimée la CIBC. Madame Alm avait contrefait l'endossement sur certains des chèques seulement. De toute façon, tous les chèques ont été acceptés par la banque et la somme inscrite sur chacun a été portée au crédit de M^{me} Alm.

En plus de grouper les 155 chèques selon l'identité de leur signataire, il est aussi possible de les grouper selon l'identité du preneur. Quarante et un chèques étaient payables à des employés existants des appelantes, dont 34 à Boris Mange, à Ursula Mange ou encore à leur fils Michael Mange. Parmi les 41 chèques payables à des employés existants des appelantes, 38 avaient été signés par M^{me} Alm elle-même, et trois par Boris Mange. Les 114 autres chèques étaient payables à « J. Lam », à « J. R. Lam » ou encore à « D. Lam ». Les appelantes avaient antérieurement retenu les services d'un sous-traitant appelé Van Sang Lam, mais n'avaient jamais employé quelqu'un qui s'appelait J. Lam, J. R. Lam ou D. Lam, ni fait affaire avec une personne de ce nom. Parmi ces 114 chèques, six avaient été signés par Boris Mange, et les 108 autres par M^{me} Alm.

Fictitious and Non-Existing Payees

As noted by my colleague, s. 20(5) of the Act provides a defence to the respondent bank against an action for conversion in that a bill that is payable to a fictitious or non-existing person may be treated as payable to bearer. In so far as this section applies to any of the cheques which are the subject of the present appeal, the respondent stands in the position of a holder in due course of such cheques and cannot be sued for conversion by the drawer. On the facts of this case two different issues must be addressed under this section. First, are the 41 cheques which Ms. Alm made out to existing employees payable to fictitious persons? Second, are the 114 cheques with "J. Lam", "J. R. Lam", or "D. Lam" as the payee cheques made out to non-existent payees within the meaning of s. 20(5)? In addressing these questions it is necessary to remember that the cheque system is but one part of the bills of exchange system and that the underlying principles of the Act, including those of negotiability, certainty, and finality respecting commercial paper and commercial paper transactions, must be respected.

In addressing the first of these questions my colleague relies on the rules enunciated by Dean Falconbridge in the sixth edition of his textbook, *Banking and Bills of Exchange* (1956), at pp. 468-69, which read:

Whether a named payee is non-existing is a simple question of fact, not depending on anyone's intention. The question whether the payee is fictitious depends upon the intention of the creator of the instrument, that is, the drawer of a bill or cheque or the maker of a note.

In the case of a bill drawn by Adam Bede upon John Alden payable to Martin Chuzzlewit, the payee may or may not be fictitious or non-existing according to the circumstances:

(1) If Martin Chuzzlewit is not the name of any real person known to Bede, but is merely that of a creature of the imagination, the payee is non-existing, and is probably also fictitious.

Preneurs fictifs ou qui n'existent pas

Comme l'a souligné mon collègue, le par. 20(5) de la Loi fournit à la banque intimée un moyen de défense contre toute action pour détournement en ce sens qu'une lettre de change payable à une personne fictive ou qui n'existe pas peut être considérée comme payable au porteur. Dans la mesure où cette disposition s'applique à l'un ou l'autre des chèques qui font l'objet du présent pourvoi, l'intimée est le détenteur régulier de ces chèques et ne peut pas être poursuivie pour détournement par le tireur. D'après les faits de la présente affaire, cette disposition soulève deux questions distinctes. Premièrement, les 41 chèques que M^{me} Alm a tirés au nom d'employés existants sont-ils payables à des personnes fictives? Deuxièmement, les 114 chèques dont le preneur est «J. Lam», «J. R. Lam» ou «D. Lam» sont-ils payables à des preneurs qui n'existent pas au sens du par. 20(5)? Pour répondre à ces questions, il faut se rappeler que le régime des chèques n'est qu'un élément du régime des lettres de change et qu'il faut respecter les principes sous-jacents de la Loi, dont ceux de la négociabilité, de la certitude et de l'irrévocabilité des effets de commerce et des transactions en matière d'effets de commerce.

En abordant la première question, mon collègue s'appuie sur les règles énoncées par le doyen Falconbridge dans la sixième édition de son traité intitulé *Banking and Bills of Exchange* (1956), aux pp. 468 et 469:

[TRADUCTION] La question de savoir si un preneur nommé est une personne qui n'existe pas est une simple question de fait qui ne dépend de l'intention de personne. Celle de savoir si le preneur est une personne fictive dépend de l'intention de l'auteur de l'effet, à savoir le tireur d'une lettre de change ou d'un chèque, ou encore l'auteur d'un billet.

Dans le cas d'une lettre de change dont le tireur est Adam Bede, le tiré John Alden et le preneur Martin Chuzzlewit, ce dernier est fictif ou inexistant ou ne l'est pas selon les circonstances:

(1) Si Martin Chuzzlewit n'est pas le nom d'une personne existante que Bede connaît, mais seulement le fruit de l'imagination de ce dernier, le preneur est inexistant et, vraisemblablement aussi, fictif.

(2) If Bede for some purpose of his own inserts as payee the name of Martin Chuzzlewit, a real person who was known to him but whom he knows to be dead, the payee is non-existing, but is not fictitious.

(3) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person known to Bede, but Bede names him as payee by way of pretence, not intending that he should receive payment, the payee is fictitious, but is not non-existing.

(4) If Martin Chuzzlewit is the name of a real person, intended by Bede to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, notwithstanding that Bede has been induced to draw the bill by the fraud of some other person who has falsely represented to Bede that there is a transaction in respect of which Chuzzlewit is entitled to the sum mentioned in the bill.

In his reasons, my colleague accepts these rules and interprets them as standing for the proposition that where a drawer does not intend a named payee to receive payment, the payee is fictitious and the bill must be read as payable to bearer. Applying this proposition to the facts of the case he states that the intention of the signor, Ms. Alm, cannot be equated to that of the drawer, the appellant companies, as Ms. Alm is not a guiding mind of the corporations. In consequence, the fourth rule applies and the payees are not fictitious within the meaning of s. 20(5).

The proposition embodied by s. 20(5) as it relates to the actions of fraudulent employees has been the subject of considerable judicial attention, starting with the House of Lords' decision in *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107, and continuing up until this Court's decisions in *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456, and *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488. It is fair to say that Dean Falconbridge's fourth rule, which encompasses the situation of the fraudulent employee, merely reflects one line of reasoning within the jurisprudence (see *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795, and *Harley v. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135 (Ont. C.A.)), and does not take into account various decisions that have gone the other way (see *London Life Insurance Co. v. Molsons Bank (1904)*, 8 O.L.R. 238 (C.A.), and *Metropoli-*

(2) Si Bede, pour ses fins propres, inscrit comme preneur le nom de Martin Chuzzlewit, une personne ayant déjà existé, qu'il connaissait et sait être décédée, le preneur est inexistant mais il n'est pas fictif.

(3) Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante que Bede connaît, mais qu'il inscrit comme preneur dans un but frauduleux n'ayant pas l'intention d'avantager monétairement ce preneur, le preneur est une personne fictive mais non inexistante.

(4) Si Martin Chuzzlewit est le nom d'une personne existante à qui Bede destine le paiement, le preneur n'est ni fictif, ni inexistant, quoique Bede ait été amené à rédiger la lettre de change par des manœuvres frauduleuses d'une autre personne qui a fait croire à Bede qu'il y a une transaction au regard de laquelle Chuzzlewit a droit au montant spécifié dans la lettre de change.

Dans ses motifs, mon collègue accepte ces règles et les interprète comme établissant que, lorsque le tireur ne veut pas que le preneur nommé reçoive paiement, le preneur est fictif et la lettre doit être interprétée comme payable au porteur. Appliquant cette proposition aux faits de la présente affaire, il affirme que l'intention de la signataire, M^{me} Alm, ne peut pas être assimilée à celle du tireur, les compagnies appelantes, étant donné qu'elle n'est pas l'âme dirigeante de ces compagnies. En conséquence, la quatrième règle s'applique et les preneurs ne sont pas fictifs au sens du par. 20(5).

La proposition contenue au par. 20(5) en ce qui a trait aux actes d'employés malhonnêtes a abondamment retenu l'attention des tribunaux, à commencer par l'arrêt de la Chambre des lords *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107, jusqu'aux arrêts de notre Cour *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456, et *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488. Il est juste de dire que la quatrième règle du doyen Falconbridge, qui vise le cas de l'employé malhonnête, ne reflète qu'un raisonnement dans la jurisprudence (voir *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795, et *Harley c. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135 (C.A. Ont.)), et ne tient pas compte des diverses décisions qui sont allées dans le sens contraire (voir *London Life Insurance Co. c. Molsons Bank (1904)*, 8 O.L.R. 238 (C.A.), et *Metropolitan Life Insurance Co. c.*

tan Life Insurance Co. v. Quebec Bank (1916), 50 C.S. 214). This fact has been acknowledged in the latest edition of the textbook (Crawford and Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), vol. 2), where the editor, Bradley Crawford, is critical both of the fourth rule and the cases that have produced it (at pp. 1259 and 1261):

The Canadian courts have been led into error by Warrington J. in *Vinden v. Hughes* and Dean Falconbridge's endorsement of that judgment in early editions of this treatise.

It is probably of no use to point out that Falconbridge's fourth proposition never was in accord with the actual result in *Vagliano's* case where, it may be recalled, the acceptor was deceived by his clerk into signing bills he thought represented real transactions with real persons.

94

The problem with any black letter rule of law is that it offers no insight into the competing interests that underlie the conflict it allegedly resolves. Unfortunately, the cases that led to the formulation of Falconbridge's fourth rule, and those that have applied it, have by and large also failed to consider these competing interests as well as the policy considerations inherent in the conflict. In the case of s. 20(5), the underlying conflict that arises when trying to decide its scope and application is that of the allocation of loss as between the accepting bank and the drawer of a fraudulent cheque. This conflict becomes ripe when it is an employee of the drawer, or a third person, that perpetrates the fraud and the loss must be borne by one of two innocent parties: the employer/drawer or the accepting bank.

95

As between the employer/drawer and the accepting bank, the questions are who should bear the risk of any loss and who is in the best position to minimize that risk. The answer to both these questions must, I suggest, be the employer/drawer. In cases such as the one at bar the accepting bank usually receives the fraudulent cheques from the hands of one of its customers who passes himself or herself off as the endorsee or holder of the

Quebec Bank (1916), 50 C.S. 214). Ce fait a été reconnu dans la dernière édition de Crawford et Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (8^e éd. 1986), vol. 2, où le directeur, Bradley Crawford, critique à la fois la quatrième règle et la jurisprudence dont elle émane (aux pp. 1259 et 1261):

[TRADUCTION] Les tribunaux canadiens ont été induits en erreur par le juge Warrington dans *Vinden c. Hughes* et par l'approbation de cet arrêt que le doyen Falconbridge a donnée dans les premières éditions du présent traité.

Il est probablement inutile de souligner que la quatrième proposition de Falconbridge n'a jamais été conforme au résultat réel de l'arrêt *Vagliano*, dans lequel, on s'en souviendra, l'accepteur a été amené par son commis à signer des effets qui, croyait-il, représentaient des transactions réelles avec des personnes réelles.

Le problème que pose toute règle de droit immuable réside dans le fait qu'elle ne donne aucun aperçu des intérêts opposés qui sous-tendent le conflit qu'elle est censée résoudre. Malheureusement, la jurisprudence qui a conduit à la formulation de la quatrième règle de Falconbridge et celle qui l'a appliquée n'ont pas non plus, de façon générale, tenu compte de ces intérêts opposés, ni des considérations de principe inhérentes au conflit. Dans le cas du par. 20(5), le conflit sous-jacent à toute tentative d'en déterminer la portée et l'application réside dans la répartition de la perte entre la banque qui a accepté un chèque frauduleux, et le tireur de ce chèque. Ce conflit atteint son paroxysme quand c'est un employé du tireur, ou un tiers, qui commet la fraude et que la perte doit être assumée par l'une de deux parties innocentes: l'employeur-tireur ou la banque-accepteur.

En ce qui concerne l'employeur-tireur et la banque-accepteur, il faut se demander qui doit assumer le risque de perte et qui est le mieux placé pour réduire au minimum ce risque. À ces deux questions, il faut, selon moi, répondre: l'employeur-tireur. Dans un cas comme celui qui nous occupe, la banque-accepteur reçoit habituellement les chèques frauduleux de l'un de ses clients qui se fait passer pour l'endossataire ou le détenteur du

cheque. Since the named payee is generally a stranger to the bank, the requirement of an endorsement on the cheque will more often than not be ineffective in protecting against fraud. As demonstrated by the facts of this case, it is easy enough for the perpetrator to forge the endorsement of the named payee and there is no way for the bank to verify the authenticity of the signature. On the other hand, the drawer/employer is in a much better position to put a stop to fraud of this type and is at least in an equal position to bear any loss. As a matter of course, any risk of loss on the part of a large corporation is generally covered by fidelity insurance. It is also possible for large scale fraud to be discovered through audits or other protective measures. If the drawer is a small company, as in the case at bar, then it is in an excellent position to detect the fraud at an early stage and in that way minimize the loss. From the facts of the present case it is clear that the only reason Ms. Alm was able to continue her illegal activities for such a long time was because no internal or independent audit was ever conducted by the appellants; nor was there a routine inspection of the cheque register or monthly bank statements. In short, the party in the best position to stop the fraudulent activity was, and generally is, the drawer/employer. In such a situation it makes sense to allocate the risk of loss to the drawer so that the proper steps can be taken to minimize such losses.

The problem with allocating the loss to the accepting bank is that it removes all incentive from a corporation to pursue business practices that will minimize such losses. Furthermore it has the effect of putting the accepting bank in the position of fidelity insurer for the appellants. I can see no justification for such a step. There is no doubt that the chartered banks, and trust companies for that matter, benefit from the existence of the chequing system. However it is also true that the business community in general also depends on the same

chèque. Puisque le preneur nommé est généralement un étranger pour la banque, l'exigence d'endossement du chèque s'avère le plus souvent un moyen inefficace de la protéger contre la fraude. Comme le montrent les faits de la présente affaire, le fraudeur peut assez aisément falsifier l'endossement du preneur nommé et la banque n'a aucun moyen de vérifier l'authenticité de la signature. En revanche, l'employeur-tireur est beaucoup mieux placé pour mettre fin à ce genre de fraude et est au moins aussi bien placé pour assumer toute perte subie. Il va sans dire que tout risque de perte auquel est exposée une grande entreprise est généralement couvert par une assurance contre les détournements. Il est également possible de déceler la fraude sur grande échelle par des vérifications et d'autres mesures de protection. Si le tireur est une petite entreprise, comme c'est le cas en l'espèce, il est alors très bien placé pour déceler rapidement la fraude et pour réduire ainsi au minimum la perte. Il ressort clairement des faits de la présente affaire que si M^{me} Alm a été en mesure de poursuivre ses activités illégales pendant aussi longtemps, c'est uniquement parce que les appelantes n'ont jamais effectué de vérification interne ou indépendante, et qu'il n'y a eu aucune inspection systématique du registre des chèques ou des relevés bancaires mensuels. Bref, la partie la mieux placée pour mettre fin à l'activité frauduleuse était, et est en règle générale, l'employeur-tireur. En pareil cas, il est logique de faire assumer le risque de perte par le tireur de manière à pouvoir prendre les mesures appropriées pour réduire au minimum ces pertes.

Le problème qui se pose en faisant assumer la perte par la banque-accepteur, c'est que cela enlève à une société toute incitation à poursuivre des pratiques commerciales propres à réduire au minimum ces pertes. De plus, la banque-accepteur se voit ainsi obligée de jouer le rôle d'assureur des appelantes contre les détournements. Je ne vois rien qui justifie une telle mesure. Il n'y a pas de doute que les banques à charte, tout comme les sociétés de fiducie, tirent profit de l'existence du régime de chèques. Toutefois, il est également vrai

chequing system to facilitate the function of commerce.

que le milieu des affaires en général compte lui aussi sur le même régime de chèques pour faciliter le commerce.

97 A second problem with allocating the loss to the accepting bank is that it does not fit in well with the general scheme of bills of exchange. The essence of a bill of exchange is its negotiability and the finality of payment inherent to such a negotiation. Imposing liability on the accepting bank rather than upon the party in the position to stop the fraud is inconsistent with these policies. Whether one is talking about the situation where a signing officer has acted fraudulently, or the situation where a payroll clerk induces an innocent signing officer to sign a fraudulent cheque, allocating the loss to the accepting bank would create a situation where the bank would be required to verify the validity of every single cheque it receives involving a corporate drawer. Applying such a scheme to the facts of the present case would have demanded that every time the respondent received a cheque drawn by the appellants it should have called the president of the appellants, Boris Mange, and verified with him that the appellants had truly intended to issue the cheque to the payee. Besides being impractical, such a procedure is simply not in keeping with the purpose or the scheme of the Act.

Le deuxième problème qui se pose en faisant assumer la perte par la banque-accepteur, c'est que cela ne cadre pas bien avec l'économie du régime des lettres de change. L'essence d'une lettre de change est sa négociabilité et l'irrévocabilité du paiement inhérent à la négociation de cette lettre. Imposer la responsabilité à la banque-accepteur plutôt qu'à la partie qui est en mesure de mettre fin à la fraude est incompatible avec ces principes. Peu importe qu'il soit question du cas où un signataire autorisé a agi frauduleusement, ou de celui où un préposé à la paie amène un signataire autorisé innocent à signer un chèque frauduleux, faire assumer la perte par la banque-accepteur engendrerait une situation où cette dernière serait tenue de vérifier la validité de chaque chèque tiré par une personne morale qui lui serait présenté. Si pareil régime avait été appliqué aux faits de la présente affaire, l'intimée aurait été tenue, chaque fois qu'elle aurait reçu un chèque des appelantes, de communiquer avec leur président, Boris Mange, pour s'assurer que les appelantes avaient vraiment eu l'intention d'émettre le chèque au preneur. En plus de ne pas être pratique, cette façon de procéder est simplement contraire à l'objet ou à l'économie de la Loi.

98 Notwithstanding what I see as the convincing policy arguments in favour of imposing the loss on the drawer/employer, I remain bound by this Court's decision in *Concrete Column, supra*. In that case a majority of the Court held that where a payroll clerk had fraudulently filled out company cheques, and then fraudulently induced a signing officer to sign those cheques, they did not fall within the scope of s. 20(5). The intent of the payroll clerk was not the intent of the drawer; when he signed the cheques the latter had actually intended the named payees to receive payment. On its face the majority judgment endorses the fourth of Falconbridge's rules, but as Laskin C.J. noted in

Malgré ce que je considère comme des arguments de principe convaincants qui justifient de faire assumer la perte par l'employeur-tireur, je demeure lié par l'arrêt de notre Cour *Concrete Column*, précité. Dans cet arrêt, notre Cour à la majorité a décidé que, lorsqu'un préposé à la paie a tiré frauduleusement des chèques d'une compagnie, pour ensuite amener frauduleusement un signataire autorisé à les signer, ces chèques ne sont pas visés par le par. 20(5). L'intention du préposé à la paie n'était pas l'intention du tireur; quand il a signé les chèques, ce dernier voulait vraiment que les preneurs nommés reçoivent paiement. À première vue, l'arrêt majoritaire sanctionne la quatrième règle de Falconbridge, mais, comme le fait observer le juge en chef Laskin dissident, cette

dissent, this rule encompasses at least three different fact scenarios. At pp. 477-78, he stated:

In approaching this issue, I would distinguish three situations which have been treated in the case law and in the leading textbook in this country, Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, *supra*, as not warranting differentiation. Thus, in the fourth proposition quoted above from that textbook, the author speaks of the fraud of "some other person", that is, other than the drawer, which induced the drawing of the bill in the illustration there given. That person may, however, be a third person, as he was in the *Agricultural Savings and Loan Association* case, as he was in the *Macbeth* case, as he was in *Bank of Toronto v. Smith* and as he was in the *Barbeau* case; or he may be an employee who has been authorized to issue negotiable instruments, as in the *Bromont* case; or he may be an employee who has no authority to issue negotiable instruments but, on the other hand, is charged with the duty of making up the payroll for presentation to those authorized to issue cheques in the name of the drawer.

I agree with this distinction, though again for policy reasons I do not believe that the second and third scenarios should lead to different conclusions. However the fact situation in *Concrete Column* fell squarely within the third scenario. Similarly, the three cheques out of the 41 which Ms. Alm fraudulently produced and then induced Boris Mange to sign are also examples of the third scenario. Therefore, with respect to these three cheques only, having a combined face value of \$1,655.17, the respondent's defence under this section must fail in light of the majority's decision in *Concrete Column*. However the remaining 38 cheques which Ms. Alm made out to existing employees, and which she herself signed in her capacity as a signing officer, are examples of the second scenario set out by Laskin C.J. in *Concrete Column* and do not fall within the scope of the majority's decision in that case.

With respect I must disagree with my colleague's conclusion that Ms. Alm's fraudulent intent as the signing officer cannot be equated to

règle englobe au moins trois scénarios différents. Aux pages 477 et 478, il dit ceci:

Sur ce point, je dois distinguer trois situations que la jurisprudence et l'ouvrage qui fait autorité en ce pays, Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, précité, ont traité sur le même pied. Dans la quatrième proposition citée précédemment et extraite de Falconbridge, celui-ci parle des manœuvres frauduleuses «d'une autre personne», c'est-à-dire une personne autre que le tireur qui, dans l'exemple donné, a provoqué l'émission de la lettre de change. Cette personne peut être un tiers comme ce fut le cas dans l'affaire *Agricultural Savings and Loan Association*, dans l'affaire *Macbeth*, dans l'affaire *Bank of Toronto v. Smith* ainsi que dans l'affaire *Barbeau*; elle peut être un employé autorisé à émettre des effets de commerce négociables comme dans l'affaire *Bromont* ou, encore, elle peut être un employé qui n'est pas autorisé à émettre des effets de commerce négociables mais qui, d'autre part, est chargé de préparer les feuilles de paie qui seront présentées aux personnes autorisées à émettre les chèques au nom du tireur.

Je souscris à cette distinction, quoique, encore une fois pour des raisons de principe, je ne crois pas que les deuxième et troisième scénarios devraient mener à des conclusions différentes. Toutefois, la situation factuelle dans *Concrete Column* correspondait exactement au troisième scénario. De même, les trois chèques, sur les 41, que M^{me} Alm a rédigés frauduleusement, pour ensuite inciter Boris Mange à les signer, constituent également des exemples du troisième scénario. Par conséquent, en ce qui concerne ces trois chèques seulement, dont la valeur nominale totale s'élève à 1 655,17 \$, le moyen de défense que l'intimée a invoqué en vertu de cette disposition doit échouer, compte tenu de l'arrêt majoritaire rendu dans l'affaire *Concrete Column*. Cependant, les 38 autres chèques payables à des employés existants, que M^{me} Alm a rédigés et qu'elle a elle-même signés en sa qualité de signataire autorisée, sont des exemples du deuxième scénario énoncé par le juge en chef Laskin dans *Concrete Column* et ne sont pas visés par l'arrêt majoritaire rendu dans cette affaire.

En toute déférence, je me dois d'exprimer mon désaccord avec la conclusion de mon collègue que l'intention frauduleuse de M^{me} Alm, à titre de

the intent of the drawer, the appellant companies. As I understand it, the application of the law of agency leads to the inevitable conclusion that where the fraudulent employee is a signing officer of the drawer, then his or her intent must be taken as being the intent of the drawer. This issue was canvassed by Laskin C.J. in *Concrete Column*, where he reviewed the law of agency and of vicarious liability in tort. In particular, he thus addressed those situations where in the course of employment an employee defrauds a third party, at pp. 478-79:

Agency law, especially as it relates to vicarious liability in tort, has long ago departed from strict conceptions of authority (see, for example, *Limpus v. London General Omnibus Co.* [(1862), 1 H. & C. 526, aff'd 9 Jur. N.S. 333]) and has, similarly, departed from notions of benefit or detriment so that an employer may be held vicariously liable to a person injured by his employee's negligence, even though the employee has, while acting within the scope of his employment, carried out his duties in a way expressly prohibited by the employer: see, for example, *Lockhart v. Stinson and C.P.R.* [[1941] S.C.R. 278, aff'd [1942] A.C. 591]; and cf. *Rose v. Plenty* [[1976] 1 All E.R. 97].

Again, even where the employee defrauds a third person, his employer may have to answer for the fraud, as was the case in *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* [[1912] A.C. 716], where a solicitor's clerk, acting in the course of his employment, and held out as authorized to deal with clients of the solicitor, defrauded a client of her property. The principle underlying this and other cases is an old one, based on a broad rule of policy, stated for England nearly three hundred years ago in *Hern v. Nichols* [(1708), 1 Salk. 289, 91 E.R. 256] and restated in fuller terms by the House of Lords in *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, *supra*. There, Lord Shaw of Dunfermline put it as follows (at pp. 739-40):

The case is in one respect the not infrequent one of a situation in which each of two parties has been betrayed or injured by the fraudulent conduct of a third. I look upon it as a familiar doctrine as well as a safe general rule, and one making for security instead of uncertainty and insecurity in mercantile dealings, that the loss occasioned by the fault of a third person in such circumstances ought to fall upon the one of the two parties who clothed that third person as agent

signataire autorisée, ne saurait être assimilée à l'intention du tireur, les compagnies appelantes. Si je comprends bien, l'application du droit des mandats nous amène inévitablement à conclure que, lorsque l'employé malhonnête est un signataire autorisé du tireur, son intention doit alors être considérée comme étant celle du tireur. Le juge en chef Laskin a étudié cette question dans l'arrêt *Concrete Column*, quand il a examiné le droit des mandats et les principes de la responsabilité du fait d'autrui ou responsabilité patronale. Il a notamment examiné les situations où, dans l'exercice de ses fonctions, un employé fraude une tierce partie (aux pp. 478 et 479):

Le droit du mandat s'est depuis longtemps écarté du concept restrictif du pouvoir, surtout en ce qui a trait à la responsabilité patronale en matière délictuelle (voir, par exemple, *Limpus v. London General Omnibus Co.* [(1862), 1 H. & C. 526, conf. 9 Jur. N.S. 333]). On a semblablement écarté les notions d'avantage ou de préjudice, de sorte qu'un employeur peut être tenu responsable envers une personne blessée par la négligence de son employé même si ce dernier, agissant dans le cadre de son emploi, a accompli sa tâche d'une façon expressément interdite par l'employeur: voir, par exemple, *Lockhart c. Stinson et la Compagnie du chemin de fer canadien du Pacifique* [[1941] R.C.S. 278, conf. [1942] A.C. 591]; et cf. *Rose v. Plenty* [1976] 1 All E.R. 97].

De plus, l'employeur peut avoir à répondre de la fraude commise par son employé envers un tiers, comme ce fut le cas dans *Lloyd v. Grace, Smith & Co.* [[1912] A.C. 716], où le commis d'un avocat a escroqué deux immeubles à une cliente alors qu'il agissait dans le cadre de son emploi et se déclarait autorisé à négocier avec les clients de l'avocat. Cette décision-là ainsi que plusieurs autres sont fondées sur un vieux principe général énoncé en Angleterre il y a près de trois siècles dans *Hern v. Nichols* [(1708), 1 Salk. 289, 91 E.R. 256] et que lord Shaw of Dunfermline a reformulé de façon plus complète dans *Lloyd v. Grace, Smith & Co.*, précité (aux pp. 739-740):

[TRADUCTION] Sous un rapport, cette cause nous présente la situation assez fréquente où chacune des deux parties a été trahie ou lésée par les manœuvres frauduleuses d'un tiers. Je considère comme une doctrine connue, comme une bonne règle générale, facteur de sécurité plutôt que d'incertitude et de risque dans les relations commerciales, le principe que la perte causée par la faute du tiers en de telles circonstances doit être supportée par celle des deux parties

with the authority by which he was enabled to commit the fraud

This Court too has recognized the principle, as witness *The Queen v. Levy Bros. Ltd.* [[1961] S.C.R. 189], at p. 192, where Ritchie J. quoted with approval the following passage from *Story on Agency* (7th ed.) para. 452:

. . . he (the principal) is held liable to third persons in a civil suit for the frauds, deceits, concealments, misrepresentations, torts, negligences, and other malfeasances, or misfeasances, and omissions of duty, of his agent, in the course of his employment, although the principal did not authorize, or justify, or participate in, or, indeed, know of such misconduct, or even if he forbade the acts, or disapproved of them.

In the present case there is no question that Ms. Alm acted beyond the ambit of what the appellants had in mind when she prepared and signed cheques made out to payees who were not their creditors. However it is equally clear that to the eyes of a third party she would have had the apparent authority to sign the cheques as she was an acknowledged signing officer of both Boma Manufacturing Ltd. and Panabo Sales Ltd. The general rule of agency is that a principal is bound by the acts of an agent when that agent is acting within the scope of his or her ordinary or apparent authority. The agent does not cease to bind the principal when he or she acts fraudulently in furtherance of his or her own purposes. That this is the law in Canada was acknowledged in *Canadian Laboratory Supplies Ltd. v. Engelhard Industries of Canada Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 787, where Laskin C.J., speaking for the Court on this point, stated at p. 797:

There is, of course, no doubt in my mind that if an agent, in the exercise of an admitted authority in him in respect of his ordinary duties acts for his own benefit, his principal cannot deny liability for contracts he purports to make on behalf of the principal. It is only in such circumstances or where there is a representation from the principal that puts the agent in a position to act beyond the authority reposed in him that the principal can be bound.

In light of this principle, I am unable to see how the intent of Ms. Alm is not also the intent of the

qui a mandaté ce tiers et l'a investi du pouvoir dont il s'est servi pour commettre la fraude

Cette Cour a également reconnu ce principe, comme en témoigne l'arrêt *La Reine c. Levy Bros. Ltd.* [[1961] R.C.S. 189], à la p. 192 où le juge Ritchie a cité approbativement le passage suivant de *Story on Agency* (7^e éd.) par. 452:

[TRADUCTION] . . . dans une poursuite civile, il (le mandant) est responsable envers le tiers des fraudes, des supercheries, des réticences, des fausses déclarations, des délits, des négligences, des méfaits ou omissions de son mandataire, dans l'exercice de ses fonctions, même si le mandant n'a pas autorisé, légitimé ou couvert ces actes, même s'il ne les connaissait pas ou même s'il les avait interdits ou désapprouvés.

En l'espèce, il n'y a aucun doute que M^{me} Alm est allée au-delà de ce que les appelantes avaient à l'esprit quand elle a rédigé et signé les chèques payables à des preneurs qui n'étaient pas leurs créanciers. Toutefois, il est également clair qu'aux yeux d'une tierce partie elle était apparemment autorisée à signer les chèques, car elle était une signataire reconnue de Boma Manufacturing Ltd. et de Panabo Sales Ltd. Selon la règle générale du mandat, le mandant est lié par les actes du mandataire si ce dernier agit dans les limites de ses pouvoirs ordinaires ou apparents. Le mandataire ne cesse pas de lier le mandant s'il agit frauduleusement pour ses propres fins. On a reconnu que c'était là l'état du droit au Canada, dans *Canadian Laboratory Supplies Ltd. c. Engelhard Industries of Canada Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 787, où le juge en chef Laskin affirme, au nom de la Cour sur ce point, à la p. 797:

Il est à mon avis incontestable que si, dans l'exercice de pouvoirs conférés dans le cadre de ses fonctions ordinaires, un mandataire agit dans son propre intérêt, son commettant ne peut se dégager de toute responsabilité à l'égard des contrats que le mandataire a prétendu faire en son nom. C'est uniquement dans de telles circonstances que le commettant est lié ou encore lorsqu'il a donné lieu de croire que le mandataire avait le pouvoir de faire ce qui excède son mandat.

Vu ce principe, je ne puis voir pourquoi l'intention de M^{me} Alm n'est pas non plus celle des appe-

appellants, the drawer of the cheques. Ms. Alm was held out by the appellants as a signing officer and the very essence of this representation of agency was that to the outside world the intent of Ms. Alm was the intent of the appellants when it came to the issuing of cheques. Interestingly enough, this position is implicit in the majority's decision in *Concrete Column* where it was the intent of a signing officer that was held to be the intent of the respondent corporation/drawer, even though there was no indication that the signing officer in that case was a guiding mind of the corporation. There is simply no authority for the position adopted by my colleague on this point. Nor should there be, given the principles of the law of agency stated above. As a result, I find that the 38 cheques prepared and signed by Ms. Alm, and payable by way of pretence to employees of the appellants, are payable to fictitious persons within the meaning of s. 20(5) of the Act and in consequence must be treated as payable to bearer. As such the respondent is a holder in due course of these cheques and cannot be liable to the appellants for conversion.

lantes qui sont le tireur des chèques. Madame Alm était considérée comme une signataire autorisée par les appelantes et l'essence même de ce mandat faisait en sorte que, pour le monde extérieur, l'intention de M^{me} Alm était l'intention des appelantes lorsqu'il s'agissait d'émettre des chèques. Fait assez intéressant, ce point de vue est implicite dans l'arrêt majoritaire rendu dans l'affaire *Concrete Column*, où c'est l'intention d'un signataire qui a été considérée comme celle de la société-tireur intimée, bien que rien n'ait indiqué, dans cette affaire, que le signataire était une âme dirigeante de la société. Il n'y a simplement rien qui appuie la position de mon collègue sur ce point, et rien ne devrait l'appuyer, compte tenu des principes du droit des mandats énoncés plus haut. En définitive, je conclus que les 38 chèques rédigés et signés par M^{me} Alm, et apparemment payables à des employés des appelantes, sont payables à des personnes fictives au sens du par. 20(5) de la Loi et qu'ils doivent donc être tenus pour payables au porteur. L'intimée est donc le détenteur régulier de ces chèques et ne saurait être responsable de détournement envers les appelantes.

103 The above discussion is based on the premise that the loss must be borne in its entirety by one party or the other. However, I am not yet prepared to discount the possibility that in a proper case the loss should be apportioned between the employer/drawer and the accepting bank. There is much to be said for the view that this would be the fairer course. One, but possibly not the only, vehicle that would allow this to occur would be a suit in negligence. In a suit in negligence apportionment is specifically provided for through the mechanism of contributory negligence. The principal difficulty with such an approach is that the courts in both England and Canada have traditionally been unwilling to find that a duty of care exists between the rightful owner of a cheque and an accepting bank (see Crawford and Falconbridge, *supra*, at p. 1040). However, that type of reasoning is reminiscent of the time before the law could take contributory negligence into account by virtue of either legislation or judicial development.

L'analyse qui précède est basée sur la prémisse que la perte doit être assumée entièrement par l'une ou l'autre des parties. Toutefois, je ne suis pas encore disposé à écarter la possibilité que, si les circonstances s'y prêtent, la perte soit répartie entre l'employeur-tireur et la banque-accepteur. Il y a bien des raisons de soutenir que cette solution serait la plus juste. Une solution, peut-être pas la seule, qui permettrait de réaliser cela serait d'intenter une action pour négligence. Dans une telle action, la répartition est expressément prévue grâce au mécanisme de la négligence contributive. La principale difficulté que pose cette solution réside dans le fait que, traditionnellement, les tribunaux, tant anglais que canadiens, ont refusé de conclure à l'existence d'une obligation de diligence entre le propriétaire légitime d'un chèque et la banque qui accepte ce chèque (voir Crawford et Falconbridge, *op. cit.*, à la p. 1040). Toutefois, ce type de raisonnement nous rappelle la situation qui existait avant que le droit puisse tenir compte de la négligence contributive en vertu de la loi écrite ou de l'évolution de la jurisprudence.

Though the appellants in the present case originally alleged both conversion and negligence, and contributory negligence was pleaded by the respondent in turn, I need not enter further into the issue. The negligence action was dismissed by the trial judge and not pursued on appeal. Even if the negligence action were before us, or contributory negligence could otherwise be raised, the worst that can be said about the respondent is that it failed to follow its internal policy in accepting cheques for deposit that had not been endorsed. However the evidence is clear that the requirement for an endorsement was no obstacle to Ms. Alm's activities and thus any negligence on the part of the respondent was not causally linked to the appellants' loss. In short, assuming it is possible to do so, this is not an appropriate case for apportionment.

Non-Existent Persons

The majority of the cheques in this case, 114 in total, are not cheques to an existing person at all but rather to an imaginary person created by Ms. Alm for her own purposes. Unlike the debate surrounding the interpretation of a fictitious person, the concept of a non-existent person within the meaning of s. 20(5) is well settled: if the payee on a cheque is a matter of pure invention and not a real person then the payee is non-existent. There is no support for the position that this is a subjective test based on what the signor of a cheque believes is true; rather it is an objective question of fact — is the payee an invention of the employee? (see Crawford and Falconbridge, *supra*, at p. 1264, and *Clutton v. George Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90 (H.L.)). This question was never addressed by either the trial judge or the Court of Appeal. In the reasons of both these courts there is no more than the recitation from paragraph 45 of the Agreed Statement of Facts that Boris Mange knew that the appellants engaged a subcontractor named Lam, "but had either forgotten, or never knew, his first name or initials". In this light I can-

104
 Quoique les appelantes, en l'espèce, aient d'abord allégué tant le détournement que la négligence, et que l'intimée ait, à son tour, plaidé la négligence contributive, je n'ai pas à m'étendre davantage sur la question. L'action pour négligence a été rejetée par le juge de première instance et n'a pas été continuée en appel. Même si l'action pour négligence nous avait été soumise, ou si la négligence contributive pouvait être invoquée par ailleurs, la pire chose qu'on pourrait dire au sujet de l'intimée est qu'elle n'a pas suivi sa politique interne en acceptant pour dépôt des chèques non endossés. Toutefois, il ressort clairement de la preuve que l'exigence d'endorsement n'a pas fait obstacle aux activités de M^{me} Alm et que, par conséquent, il n'y avait aucun lien de causalité entre une quelconque négligence de la part de l'intimée et la perte des appelantes. Bref, à supposer que ce soit possible, la présente affaire ne se prête pas à une répartition de la perte.

Personnes qui n'existent pas

105
 En l'espèce, la majorité des chèques, soit 114 au total, ne sont absolument pas des chèques à l'ordre d'une personne existante, mais sont plutôt des chèques payables à une personne fictive créée par M^{me} Alm pour ses propres fins. Contrairement au débat qui entoure l'interprétation de ce qu'est une personne fictive, la notion de personne qui n'existe pas au sens du par. 20(5) est bien arrêtée: si le preneur d'un chèque relève de la pure invention et n'est pas une personne réelle, ce preneur n'existe pas. Rien ne permet d'affirmer qu'il s'agit d'un critère subjectif fondé sur ce que le signataire du chèque croit vrai; il s'agit plutôt d'une question de fait objective — le preneur a-t-il été inventé par l'employé? (voir Crawford et Falconbridge, *op. cit.*, à la p. 1264, et *Clutton c. George Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90 (H.L.)). Cette question n'a été abordée ni par le juge de première instance, ni par la Cour d'appel. Dans les motifs de ces deux tribunaux, on s'est contenté de citer le paragraphe 45 de l'exposé conjoint des faits qui précise que Boris Mange savait que les appelantes avaient retenu les services d'un sous-traitant du nom de «Lam», [TRADUCTION] «mais [qu'il] avait oublié ou n'avait jamais su son prénom ou ses ini-

not agree that the trial judge's comments on this point were tantamount to a finding of fact.

tiales». Compte tenu de cela, je ne puis convenir que les observations du juge de première instance sur ce point représentaient une conclusion de fait.

106 On the basis of the Agreed Statement of Facts, there is no doubt that Boris Mange did not know a D. Lam, J. Lam, or J. R. Lam. It may well be that he thought they were the same person as his contractor Van Sang Lam, but that is not the question that needs to be asked. What is determinative is that on an objective standard the payees were non-existent to the knowledge of the signor, whether that be Ms. Alm or Boris Mange. I note that paragraph 43 of the Agreed Statement of Facts states that no person with the name D. Lam, J. Lam or J. R. Lam was known to the appellants, while paragraph 46 of the Agreed Statement of Facts says that Boris Mange simply assumed that the cheques payable to J. Lam and J. R. Lam were payable to the appellants' subcontractor with the last name of Lam. As a result, the remaining 114 cheques clearly fall within the scope of s. 20(5) of the Act and are to be treated as payable to bearer. Therefore the respondent is a holder in due course of these cheques and has a complete defence against the action of the appellants.

Compte tenu de l'exposé conjoint des faits, il n'y a pas de doute que Boris Mange ne connaissait aucun D. Lam, J. Lam ou J. R. Lam. Il se peut bien qu'il ait cru qu'il s'agissait de son sous-traitant Van Sang Lam, mais ce n'est pas la question qu'il faut se poser. Ce qui est déterminant, c'est que, selon une norme objective, les preneurs n'existaient pas à la connaissance du signataire, peu importe que ce fût M^{me} Alm ou Boris Mange. Je remarque que le paragraphe 43 de l'exposé conjoint des faits précise que les appelantes ne connaissaient personne du nom de D. Lam, J. Lam ou J. R. Lam, alors que le paragraphe 46 du même exposé dit que Boris Mange a simplement supposé que les chèques payables à J. Lam et à J. R. Lam étaient payables au sous-traitant des appelantes, dont le nom de famille était «Lam». En définitive, les 114 autres chèques sont clairement visés par le par. 20(5) de la Loi et doivent être considérés comme payables au porteur. Par conséquent, l'intimée est le détenteur régulier de ces chèques et jouit d'un moyen de défense complet contre l'action des appelantes.

Section 165(3) — The Bank as a Holder in Due Course

Le paragraphe 165(3) — La banque en tant que détenteur régulier

107 The second ground of defence raised by the respondent bank is that it has the rights of a holder in due course of the subject cheques via the operation of s. 165(3) of the Act, which reads as follows:

Le second moyen de défense invoqué par la banque intimée est qu'elle possède les droits d'un détenteur régulier des chèques en cause, en vertu du par. 165(3) de la Loi, qui est ainsi conçu:

165. . . .

165. . . .

(3) Where a cheque is delivered to a bank for deposit to the credit of a person and the bank credits him with the amount of the cheque, the bank acquires all the rights and powers of a holder in due course of the cheque.

(3) Lorsqu'un chèque est livré à une banque en vue de son dépôt au compte d'une personne et que la banque porte au crédit de celle-ci le montant du chèque, la banque acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque.

At first sight, this provision appears to remove from an accepting bank the obligation of satisfying the general requirements for becoming a holder in due course set out in s. 55 of the Act: namely that the cheque must be taken by negotiation, for value,

À première vue, cette disposition semble soustraire une banque-accepteur à l'obligation de remplir les conditions générales fixées, à l'art. 55 de la Loi, pour devenir un détenteur régulier: savoir que le chèque doit être pris par négociation, à titre oné-

and in good faith. In the case of a cheque payable to order, negotiation would require the valid endorsement of the payee or endorsee. By removing the need for these requirements, it may be said that s. 165(3) effectively removes any difference between a cheque payable to order and one payable to bearer; as long as the cheque is delivered to the accepting bank, and the depositor's account is credited with the amount of the cheque, the bank has the rights of a holder in due course of the cheque and takes the cheque free of any defect of title.

So interpreted, s. 165(3) would amount to a sweeping grant of powers to the banks, a possibility that has received almost unanimous condemnation and persistent calls for reform since its introduction into the Act in 1966 (see S. Scott, "The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History" (1973), 19 *McGill L.J.* 78; S. Martin, "Section 165(3) of the Bills of Exchange Act" (1985), 11 *C.B.L.J.* 23; Law Reform Commission of Canada, *The Cheque: Some Modernization* (1979)).

My colleague has attempted to restrict the scope of the section by interpreting the word "person" as being limited to the payee or the legitimate endorsee of the payee of the cheque only, with the result that the provision would be of no help to the respondent in the present case. The word "person" is clearly capable of diverse meanings depending on the circumstance in which it is used. Where a court is faced with the situation where there is more than one possible construction of the statutory provision before it, and the result of one construction would lead to manifest absurdity or injustice (see E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 47, and *Grey v. Pearson* (1857), 6 H.L.C. 60), it is well established that a court will adopt the construction that does not lead to that result, even though the words used would strongly favour the alternative construction; see, for example, *Caledonian Railway Co. v. North British Railway Co.* (1881), 6 App. Cas. 114 (H.L.). The situation here militates in favour of this approach. There is no question that if s. 165(3)

reux et de bonne foi. Dans le cas d'un chèque payable à ordre, la négociation requiert l'endossement valide du preneur ou de l'endossataire. On peut dire qu'en supprimant la nécessité de remplir ces conditions, le par. 165(3) supprime effectivement toute différence entre un chèque payable à ordre et un chèque payable au porteur; dans la mesure où le chèque est livré à la banque-accepteur et où le montant du chèque est porté au crédit du déposant, la banque jouit des droits d'un détenteur régulier du chèque et prend le chèque exempt de tout vice de titre.

Interprété ainsi, le par. 165(3) représenterait une attribution générale de pouvoirs aux banques, une possibilité qui fait l'objet de réprobation quasi unanime et d'appels répétés à la réforme depuis son insertion dans la Loi en 1966 (voir S. Scott, «The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History» (1973), 19 *R.D. McGill* 78; S. Martin, «Section 165(3) of the Bills of Exchange Act» (1985), 11 *C.B.L.J.* 23; Commission de réforme du droit du Canada, *Le chèque: un peu plus moderne* (1979)).

Mon collègue a tenté de limiter la portée de la disposition en interprétant le mot «personne» comme s'entendant uniquement du preneur ou de l'endossataire légitime du preneur du chèque, de sorte que la disposition serait inutile à l'intimée en l'espèce. Le mot «personne» est nettement susceptible d'avoir plusieurs sens selon le contexte dans lequel il est utilisé. Si un tribunal se trouve dans une situation où la disposition législative dont il est saisi peut être interprétée de plus d'une façon, et qu'une interprétation donnée conduirait à une absurdité ou à une injustice flagrante (voir E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 47, et l'arrêt *Grey c. Pearson* (1857), 6 H.L.C. 60), il est bien établi qu'il adoptera celle qui ne produit pas ce résultat, même si les mots employés militeraient fortement en faveur de l'autre interprétation; voir, par exemple, *Caledonian Railway Co. c. North British Railway Co.* (1881), 6 App. Cas. 114 (H.L.). La situation en l'espèce milite en faveur de cette solution. Il n'y a pas de doute que, si l'on attribue au par. 165(3) la portée que précé-

108

109

is given the scope advanced by the respondent it will both be in disharmony with the general scheme for cheques set out in the Act, and has the potential for inflicting considerable injustice on the drawers of cheques. On the other hand, the interpretation adopted by my colleague avoids these results and is in keeping with the apparent intent of Parliament in introducing the section: the desire to protect banks in those situations where a cheque is restrictively endorsed or where the payee fails to endorse a cheque upon presenting it to an accepting bank for deposit. Neither of these situations is present in the case at bar.

110 Accordingly I would dismiss the appeal and the cross-appeal, both with costs. Based on my findings with respect to the application of s. 20(5) I would have reduced the judgment of the Court of Appeal in favour of the appellants from \$5,390.12 to \$1,655.17, this amount being the face value of the three cheques fraudulently prepared by Ms. Alm but signed by Boris Mange in favour of existing employees. However the respondent did not cross-appeal on this issue and the judgment of the Court of Appeal shall stand as is.

Appeal allowed, LA FOREST and MCLACHLIN JJ. dissenting, and cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Baumgartel Gould, New Westminster, B.C.

Solicitors for the respondent: Davis & Company, Vancouver.

nise l'intimée, il sera à la fois incompatible avec l'économie du régime des chèques établi dans la Loi et susceptible de causer une grave injustice aux tireurs de chèques. Par ailleurs, l'interprétation adoptée par mon collègue permet d'éviter ces résultats et est conforme à l'intention apparente que le législateur avait lorsqu'il a adopté cette disposition, c'est-à-dire protéger les banques en cas d'endossement restrictif d'un chèque ou en cas d'omission de la part du preneur d'endosser un chèque lorsqu'il le présente pour dépôt à la banque-accepteur. Ni l'une ni l'autre de ces situations n'existe en l'espèce.

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident, avec dépens dans les deux cas. Vu mes conclusions quant à l'application du par. 20(5), j'aurais réduit, de 5 390,12 \$ à 1 655,17 \$, le montant accordé aux appelantes par la Cour d'appel, lequel montant représente la valeur nominale des trois chèques rédigés frauduleusement par M^{me} Alm, mais signés par Boris Mange au profit d'employés existants. Toutefois, l'intimée n'a pas formé de pourvoi incident relativement à cette question et l'arrêt de la Cour d'appel doit demeurer inchangé.

Pourvoi principal accueilli, les juges LA FOREST et MCLACHLIN sont dissidents, et pourvoi incident rejeté.

Procureurs des appelantes: Baumgartel Gould, New Westminster (C.-B.).

Procureurs de l'intimée: Davis & Company, Vancouver.