

Teva Canada Limited *Appellant*

v.

**TD Canada Trust and Bank of
Nova Scotia** *Respondents*

and

**Canadian Generic Pharmaceutical
Association** *Intervener*

**INDEXED AS: TEVA CANADA LTD. v. TD CANADA
TRUST**

2017 SCC 51

File No.: 36918.

2017: February 24; 2017: October 27.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and
Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Commercial law — Bills of exchange — Fraudulent cheques — Conversion — Defences — Banks — Approach to determine whether payee is “fictitious or non-existing” within meaning of s. 20(5) of Bills of Exchange Act — Employee implementing fraudulent cheque scheme using similar or identical names of employer company’s real customers to whom company owed no debt — Employer’s accounts payable department issuing cheques with mechanically applied signatures — Employee opening bank accounts in names of registered businesses and depositing fraudulent cheques — Whether company or collecting banks should bear loss resulting from fraud — Whether collecting banks liable to company for conversion — Whether cheques payable to fictitious or non-existing person — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4, s. 20(5).

T, a pharmaceutical company, was the victim of a fraudulent cheque scheme implemented by one of its

Teva Canada Limitée *Appelante*

c.

**TD Canada Trust et Banque de
Nouvelle-Écosse** *Intimées*

et

**Association canadienne du médicament
générique** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : TEVA CANADA LTÉE c. TD CANADA
TRUST**

2017 CSC 51

N° du greffe : 36918.

2017 : 24 février; 2017 : 27 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown
et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Droit commercial — Lettres de change — Chèques frauduleux — Détournement — Moyens de défense — Banques — Approche permettant de décider si un preneur est ou non une personne « fictive ou qui n’existe pas » au sens de l’art. 20(5) de la Loi sur les lettres de change — Mise au point par un employé d’une société d’un stratagème frauduleux consistant à utiliser des noms semblables ou identiques à ceux de clients vérifiables de son employeur auxquels ce dernier ne devait pourtant aucune somme — Émission par le service des comptes fournisseurs de l’employeur de chèques revêtus de signatures apposées mécaniquement — Ouverture par l’employé au nom d’entreprises enregistrées par lui de comptes bancaires sur lesquels il a déposé le montant des chèques frauduleux — Qui de la société ou des banques d’encaissement devrait supporter la perte infligée par la fraude? — Les banques d’encaissement sont-elles coupables de détournement vis-à-vis de la société? — Les chèques étaient-ils payables à une personne fictive ou qui n’existe pas? — Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, c. B-4, art. 20(5).

Une société pharmaceutique, T, a été victime du stratagème de chèques frauduleux d’un de ses employés, M,

employees, M. M's scheme involved drafting false cheque requisition forms for business entities with similar or identical names to those of T's real customers, to whom no debt was owed. Based on M's fraudulent forms, T's accounts payable department issued the cheques and mechanically applied the requisite signatures. M registered the business names as sole proprietorships and opened bank accounts at several banks. In total, he deposited 63 fraudulent cheques totaling \$5,483,249.40 into these accounts and eventually removed the funds.

T filed an action claiming that the collecting banks involved in negotiating the fraudulent cheques are liable for conversion, a strict liability tort. The banks argued that the payees in this case were fictitious or non-existing and that they were not, as a result, liable for conversion. Under s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, it is a defence to the tort of conversion if cheques are made out to "fictitious or non-existing" payees. The defence operates by rendering the impugned cheque "payable to bearer", such that mere delivery — without endorsement — effects negotiation. The cheque would otherwise be "payable to order", require an endorsement, and, without such endorsement, be wrongly converted by the bank.

The motions judge found that the payees were not fictitious or non-existing within the meaning of s. 20(5); therefore, the banks could not rely on that defence and were ordered to pay T the full amount owing. The Court of Appeal concluded that the motions judge erred in determining that the banks should bear the loss and T's action for conversion could not succeed.

Held (McLachlin C.J. and Wagner, Côté and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the decision of the motions judge restored.

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Brown JJ.: The question at the heart of this case is which innocent party — T or the collecting banks — should bear the loss resulting from fraud? The *Bills of Exchange Act* should be interpreted in such a way that drawers and banks are exposed to the risks created by the fraudulent use of the system, but the banks are the more significant beneficiaries of the bills of exchange system. It is therefore appropriate, in certain circumstances, for them to bear risks and losses associated with that system. To allocate losses to the drawer for having failed to identify

qui consistait à demander l'émission de chèques destinés à des entreprises dont les dénominations étaient semblables ou identiques à celles de clients véritables de T auxquels aucune somme n'était pourtant due. Sur la foi des demandes frauduleuses de M, le service des comptes fournisseurs de T a émis les chèques et y a apposé mécaniquement les signatures requises. M a enregistré les dénominations d'entreprise à son seul nom et ouvert des comptes dans plusieurs banques. Il y a déposé au total 63 chèques frauduleux dont les montants totalisaient 5 483 249,40 \$, puis il a ultérieurement retiré les fonds.

T a intenté une action dans laquelle elle prétend que les banques d'encaissement qui ont participé à la négociation des chèques frauduleux se sont rendues coupables de détournement, un délit de responsabilité stricte. Les banques ont fait valoir que, dans le cas considéré, les preneurs étaient des personnes fictives ou qui n'existent pas, si bien qu'il n'y avait pas eu détournement de leur part. Suivant le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*, l'émission d'un chèque au nom d'une personne « fictive ou qui n'existe pas » offre un moyen de défense dans le cadre d'une poursuite pour détournement. Lorsque cette défense s'applique, le chèque en question est « payable au porteur », de sorte que sa simple livraison — sans endorsement — emporte négociation. Sinon, le chèque est « payable à ordre », son endorsement est exigé et, à défaut d'endorsement, il est converti en espèces à tort par la banque.

Le juge des requêtes a statué que les preneurs n'étaient pas des personnes fictives ou qui n'existent pas au sens du par. 20(5); par conséquent, les banques ne pouvaient invoquer le moyen de défense et se sont vu ordonner de payer à T le montant total des chèques. La Cour d'appel a estimé qu'il avait eu tort de conclure que les banques devaient supporter la perte et elle a jugé que l'action pour détournement intentée par T ne pouvait être accueillie.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Wagner, Côté et Rowe sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, et la décision du juge des requêtes est rétablie.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Brown : La question que soulève le pourvoi est de savoir laquelle de deux parties innocentes — T ou les banques d'encaissement — devrait supporter la perte infligée par une fraude. La *Loi sur les lettres de change* doit être interprétée de manière que les tireurs et les banques soient exposés aux risques de l'utilisation frauduleuse du système. Mais comme ce sont les banques qui bénéficient le plus du régime des lettres de change, il convient parfois qu'elles prennent à leur charge les risques et les pertes qui s'y rattachent. Attribuer la perte au tireur parce qu'il

and detect the fraud is inconsistent with the strict liability tort of conversion, which makes any negligence on the part of the drawer or the banks in preventing the fraud irrelevant. The Court has, in multiple decisions, provided a two-step framework which outlines what a bank must prove to demonstrate that a payee is fictitious or non-existing. The first step — the subjective fictitious payee inquiry — asks whether the drawer intends to pay the payee. A payee is fictitious when the drawer does not intend to pay the payee, meaning that the payee's name is inserted by way of pretence only. The underlying rationale behind the fictitious payee rule is that if the drawer did not intend that the payee receive payment, such as in cases of fraud, the drawer should not be able to recover from the bank. As a result, if the drawer does not intend to pay the payee, the payee will be fictitious, the cheque will be payable to bearer, and the banks will be able to rely on the defence in s. 20(5). In this sense, the fictitious payee analysis is subjective. The Court's interpretation of fictitious payees as incorporating a subjective standard is deeply rooted in the common law, which s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act* was intended to codify. This approach is also sensitive to commercial realities. Attributing an intention to pay recognizes that, particularly in a large corporation, a specific intention by the guiding mind of the corporation is not directed to each individual cheque. To require such an intention would ignore the realities of the cheque issuing process in many organizations.

If the bank proves that the drawer lacked such intent to pay the payee, then the payee is fictitious and the drawer is liable. If the bank does not prove that the drawer lacked such intent, then the payee is not fictitious, and the analysis proceeds to step two. The second step — the objective non-existing payee inquiry — asks if the payee is either (1) a legitimate payee of the drawer; or (2) a payee who could reasonably be mistaken for a legitimate payee of the drawer. If neither of these is satisfied, then the payee does not exist, and the drawer is liable. If either is satisfied, then the payee exists, and the bank is liable. Whether a payee is non-existing is a simple question of fact, not depending on anyone's intention.

There is no reason to create a new version of this test. In enacting s. 20(5), Parliament intended to codify the

a omis de déceler la fraude est inconciliable avec le fait que le détournement est un délit de responsabilité stricte, une caractéristique qui rend sans importance toute négligence du tireur ou des banques dans la prévention de la fraude. Dans de nombreuses décisions, la Cour a établi un cadre à deux volets prévoyant les éléments que doit prouver la banque pour démontrer que le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas. Premièrement, suivant l'analyse subjective, on se demande si le tireur a voulu payer le preneur, lequel est une personne fictive lorsque le tireur n'a pas eu cette intention, c'est-à-dire que l'inscription de son nom n'était qu'un simulacre. La raison d'être de la règle du preneur fictif est que si le tireur n'a pas voulu que le preneur touche le paiement, notamment dans les cas de fraude, il ne devrait pas pouvoir recouvrer la somme auprès de la banque. Par conséquent, lorsque le tireur n'entend pas le payer, le preneur est une personne fictive, le chèque est payable au porteur et les banques peuvent invoquer le moyen de défense prévu au par. 20(5). L'analyse est alors subjective. L'opinion de la Cour selon laquelle l'interprétation de l'adjectif « fictive » appelle l'application d'une norme subjective est profondément ancrée dans la common law, le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change* étant censé avoir codifié cette dernière. Il s'agit aussi d'une approche adaptée aux réalités commerciales. L'attribution de l'intention de payer reconnaît, particulièrement dans le cas d'une grande entreprise, qu'une intention précise de l'âme dirigeante de la société ne vise pas chacun des chèques individuels. Exiger une telle intention ferait fi des réalités du processus d'émission de chèques dans de nombreuses organisations.

Si la banque prouve que le tireur n'avait pas l'intention de payer le preneur, celui-ci est une personne fictive et le tireur est tenu de supporter la perte. Si la banque ne prouve pas que le tireur n'avait pas cette intention, le preneur n'est pas une personne fictive, si bien qu'il faut passer au deuxième volet, soit l'analyse objective visant à décider si le preneur est une personne qui existe ou non : le preneur est-il (1) soit un preneur légitime vis-à-vis du tireur, (2) soit une personne qui aurait pu raisonnablement être confondue avec un tel preneur? Si aucune de ces conditions n'est remplie, le preneur est une personne qui n'existe pas, et le tireur est tenu de supporter la perte. Si l'une ou l'autre est remplie, le preneur est une personne qui existe, et la banque doit supporter la perte. La question de savoir si un preneur est une personne qui n'existe pas est une simple question de fait qui ne dépend de l'intention de personne.

Il n'y a pas de raison de créer une nouvelle version du cadre à deux volets. Par l'adoption du par. 20(5), le

common law false payee defence, including subjective considerations. No express language in s. 20(5) ousted these subjective considerations. There are no compelling reasons that the past precedents of the Court were wrongly decided and should be overruled. The fact that there are dissenting opinions on this issue is not a basis for overruling a precedent. Further, there is no evidence that the jurisprudence on fictitious and non-existing payees reflects unsound public policy on the allocation of risk. Banks are well-situated to handle the losses arising from fraudulent cheques, allowing those losses to be distributed among users, rather than by potentially bankrupting individuals or small businesses which are the victims of fraud.

In this case, since M was not lawfully entitled to the cheques, the banks are *prima facie* liable for conversion. It is accepted that T did not participate in the fraud. It follows that none of the payees were fictitious. Further, all payees were either (1) known customers of T's; or (2) companies whose names could reasonably have been mistaken for its actual customers, such that all payees existed. Therefore, none of the payees in this case were either fictitious or non-existing. As a result, the defence in s. 20(5) does not apply and the banks are liable for conversion.

Per McLachlin C.J. and Wagner, Côté and Rowe JJ. (dissenting): A simplified, objective approach to the interpretation of s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act* should be followed. The current focus placed on subjective intentions and the existence of reasonable beliefs in the mind of the drawer brings uncertainty to Canada's negotiable instruments and payment system. The payees here are fictitious and non-existing on an objective interpretation of s. 20(5), and therefore, the banks should be entitled to rely on s. 20(5) as a defence to the tort of conversion. The appeal should be dismissed and past precedents from the Court which adopted a subjective approach should be overruled.

Under this proposed approach, the first step in determining whether an instrument ought to be considered as payable to bearer under s. 20(5) of the Act involves determining whether the payee is a non-existing person. Under an objective approach, a payee will be non-existing where the payee does not in fact exist at the time

législateur a voulu codifier la défense du faux preneur de la common law, y compris l'analyse subjective qu'elle commandait en partie. Aucun libellé de la disposition n'exclut expressément cette analyse. Nulles raisons impérieuses ne permettent de conclure que les décisions antérieures de la Cour sont erronées et qu'elles doivent être écartées. L'existence d'opinions dissidentes sur ce point litigieux ne saurait non plus justifier la mise à l'écart d'un précédent. Qui plus est, rien ne prouve que la jurisprudence relative au caractère fictif ou inexistant du preneur reflète une politique publique malavisée sur l'imputation du risque. Les banques sont bien placées pour gérer les pertes infligées par des chèques frauduleux, car elles peuvent les répartir entre les utilisateurs au lieu d'exposer à la faillite les particuliers ou les petites entreprises victimes de la fraude.

Dans la présente affaire, puisque M n'avait pas légalement droit aux chèques, les banques sont à première vue coupables de détournement. Il est admis que T n'a pas pris part à la fraude, de sorte qu'aucun des preneurs n'était une personne fictive. De plus, tous les preneurs étaient (1) soit des clients connus de T, (2) soit des entreprises dont les dénominations auraient pu raisonnablement être confondues avec celles de clients d'alors, de sorte que tous les preneurs étaient des personnes qui existent. En conséquence, aucun des preneurs visés en l'espèce n'était donc une personne fictive ou qui n'existe pas, si bien que le moyen de défense prévu au par. 20(5) ne s'applique pas et que les banques sont coupables de détournement.

La juge en chef McLachlin et les juges Wagner, Côté et Rowe (dissidents) : Une approche simplifiée et objective devrait être adoptée pour l'interprétation du par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*. L'accent que l'on met actuellement sur l'intention subjective et l'existence d'une croyance raisonnable chez le tireur constitue une source d'incertitude pour les titres négociables et le système de paiements canadien. En l'espèce, suivant une interprétation objective du par. 20(5), les preneurs sont fictifs et n'existent pas; par conséquent, les banques devraient pouvoir opposer le moyen de défense prévu au par. 20(5) à l'action pour détournement. Le pourvoi devrait être rejeté et les décisions antérieures dans lesquelles la Cour adopte une approche subjective, écartées.

Selon la démarche ainsi préconisée, décider si un effet de commerce doit être considéré comme payable au porteur au sens du par. 20(5) de la Loi exige d'abord que l'on se demande si le preneur est une personne qui n'existe pas. Suivant une approche objective, le preneur est une personne qui n'existe pas lorsque, dans les faits,

the instrument is drawn. The non-existence of the payee obviously makes endorsement by this person impossible. Thus, such a cheque may be treated as payable to the bearer, providing the banks with a defence to the tort of conversion.

If the payee is an existing person, then a second inquiry is required to determine if the payee is fictitious. A payee will be fictitious where there is no real transaction between the drawer and the payee. By definition, or necessary implication, a payee who is non-existing is also fictitious (given that there can be no real transaction with a person that does not exist). But a payee who is a real person can nevertheless be fictitious. This is the case where the payee, despite being a real person, is not entitled to the proceeds of the cheque because there is no underlying transaction with the drawer.

This approach does away with all considerations of intent. Where a cheque is drawn to the order of a person who does not in fact exist, or to the order of a person who exists but who is not entitled to the proceeds of the cheque, s. 20(5) will apply, regardless of the intent of the parties involved in the creation of the cheque. It does not matter that such a situation is the result of a deliberate choice, of an innocent mistake by the drawer, or, as is the case here, of fraud committed on the drawer. This approach to s. 20(5) is not novel. Rather, it returns Canadian jurisprudence to the principles underlying the earliest interpretation of s. 20(5).

This interpretation supports the purpose of the bills of exchange system. The principles of negotiability, certainty, and finality are integral to the operation of the Act. To give effect to these principles, the negotiability of a cheque must be determinable on its face. Otherwise, the efficiency created by the bills of exchange system would be undermined as collecting banks would be required to conduct an investigation into subjective factors to determine the validity of every cheque. Rather than requiring a bank to verify subjective intent and drawer belief, it is more congruent with the purpose of the Act to adopt an interpretation that encourages drawers, prior to the drawing of a cheque, to ensure that the cheque is drawn for a real transaction. A bank's legal position will no longer depend on facts unknown to it.

il n'existe pas au moment où est tiré l'effet de commerce. L'inexistence du preneur rend de toute évidence impossible l'endossement de l'effet de commerce par cette personne. Le chèque peut donc être considéré comme payable au porteur, ce qui permet à la banque d'opposer un moyen de défense lorsqu'elle est poursuivie pour détournement.

Lorsque le preneur est une personne qui existe, la seconde question à se poser est la suivante : le preneur est-il une personne fictive ou non? Le preneur est une personne fictive lorsqu'aucune opération véritable n'intervient entre le tireur et lui. Par définition, ou par implication nécessaire, le preneur qui est une personne qui n'existe pas est aussi une personne fictive (puisque'il ne peut y avoir d'opération véritable avec une personne qui n'existe pas). Par contre, le preneur qui est une personne qui existe peut néanmoins être une personne fictive. C'est le cas lorsque, même s'il est une personne qui existe, le preneur n'a pas droit au montant du chèque vu l'absence d'opération sous-jacente intervenue avec le tireur.

Cette approche exclut tout examen de l'intention. Lorsqu'un chèque est fait payable à une personne qui n'existe pas dans les faits ou à une personne qui existe mais qui n'a pas droit au montant indiqué, le par. 20(5) s'applique indépendamment de l'intention des personnes qui ont participé à la création du chèque. Il n'importe pas que cette situation soit le fruit d'un choix délibéré, d'une erreur commise de bonne foi par le tireur ou, comme c'est le cas en l'espèce, d'une fraude à l'endroit du tireur. Cette approche du par. 20(5) n'est pas nouvelle. Elle équivaut plutôt à un retour aux principes qui ont présidé à la toute première interprétation de la disposition par les tribunaux canadiens.

Cette interprétation est conforme à la raison d'être du régime des lettres de change. Les principes de négociabilité, de certitude et d'irrévocabilité font partie intégrante de l'application de la Loi. Reconnaître l'effet de ces principes commande que l'on puisse déterminer la négociabilité d'un chèque de prime abord car, sinon, l'efficacité censée découler du régime des lettres de change serait compromise, les banques d'encaissement étant obligées de considérer des éléments subjectifs pour s'assurer de la validité de tous les chèques. Au lieu d'obliger la banque à confirmer l'intention subjective et la croyance du tireur, une interprétation qui incite le tireur à s'assurer, avant de tirer un effet de commerce, que celui-ci correspond à une opération réelle, est plus en accord avec la Loi. La situation juridique de la banque ne dépend plus alors de faits qu'elle ignore.

The policy rationales for this approach are significant. First, the proposed objective approach allocates the risk of losses from cheque fraud to the party in the best position to detect and minimize such fraud: the drawer. Where a drawer is fraudulently induced into drawing a cheque to the order of someone with whom the drawer has no real transaction, the drawer will bear the loss. It matters not whether the fraudster was an employee or a third party, whether the fraudster might be the directing mind, or whether the payee is real. In all such a cases, the banks will be able to successfully avail themselves of the protection granted by s. 20(5) against an action in conversion by the drawer. The drawer is the party in the best position to detect and prevent cheque fraud, since it is able to implement cheque approval policies and fraud detection measures such as audits. By contrast, banks are not in the best position to prevent cheque fraud on the drawer. The second policy rationale for this approach is that it simplifies the analysis to be performed *ex post facto* by courts to determine whether a payee is non-existing or fictitious under s. 20(5).

The Court should not continue to apply an interpretation of s. 20(5) that is inconsistent with the purpose of the Act and the principles underlying the bills of exchange system. Although the Court does not lightly depart from its own precedents, there are compelling reasons to do so in this case. Courts have struggled to apply the subjective approach. The proposed objective approach will add much needed predictability to the s. 20(5) analysis and increase certainty. It offers a needed course correction that will return the jurisprudence to a proper interpretation of s. 20(5).

In this case, two payees were invented by M and did not in fact exist. They are therefore non-existing under s. 20(5). The other four payees are real entities. However, the cheques were for false purchase orders and thus there were no underlying transactions with the payees. Accordingly, all payees in this second group were fictitious under s. 20(5). In the result, the banks were entitled to treat all the cheques as payable to bearer.

Les considérations de principe qui sous-tendent cette approche sont importantes. Premièrement, l'analyse objective proposée impute le risque de perte à la personne la mieux placée pour déceler la fraude par chèque et la réduire au minimum, soit le tireur. Le tireur qui est frauduleusement amené à faire un chèque payable à une personne avec laquelle il n'a pas conclu d'opération réelle doit supporter la perte subie. Il importe peu que le fraudeur soit un employé ou un tiers, que le fraudeur soit l'âme dirigeante du tireur ou que le preneur soit une personne réelle. Dans tous ces cas, la banque pourra invoquer avec succès la défense prévue au par. 20(5) contre le tireur qui la poursuit pour détournement. Le tireur est la personne la mieux placée pour déceler et prévenir la fraude par chèque puisqu'il peut adopter et mettre en application des politiques d'approbation des chèques, ainsi que des mesures de détection des fraudes, telles que des mesures de vérification. À l'opposé, les banques ne sont pas les mieux placées pour prévenir la fraude par chèque commise au détriment du tireur. La seconde considération de principe qui milite en faveur de l'approche réside dans la simplification de l'analyse à laquelle doivent se livrer les tribunaux a posteriori pour décider si le preneur est une personne qui n'existe pas ou une personne fictive au sens du par. 20(5).

La Cour ne devrait pas continuer d'interpréter le par. 20(5) d'une façon qui est inconciliable avec la raison d'être de la Loi et les principes qui sous-tendent le régime des lettres de change. Bien que la Cour n'écarte pas à la légère ses décisions antérieures, il y a en l'espèce des raisons impérieuses de le faire. Les tribunaux se sont efforcés d'appliquer la méthode subjective. L'approche objective proposée répond à un besoin criant de prévisibilité dans l'application du par. 20(5) et elle accroît la certitude. Elle correspond à la mesure nécessaire pour ramener la jurisprudence à une interprétation correcte du par. 20(5).

Dans la présente affaire, deux preneurs ont été inventés de toutes pièces par M et n'existaient pas dans les faits. Il s'agissait donc de personnes qui n'existent pas au sens du par. 20(5). Les quatre autres preneurs sont des entités réelles. Or, les chèques ont été faits sur la foi de faux bons de commande, et aucune opération sous-jacente n'est donc intervenue avec ces preneurs. Par conséquent, tous les preneurs de ce second groupe étaient des personnes fictives au sens du par. 20(5), si bien que les banques pouvaient considérer tous les chèques comme payables au porteur.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727; *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456; **not followed:** *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107; **referred to:** *Metroland Printing, Publishing and Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2002), 158 O.A.C. 111; *Clutton v. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90; *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*, [1908] A.C. 137; *Harley v. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135; *Bank of Toronto v. Smith*, [1950] 3 D.L.R. 169; *Banque de Montréal v. Barbeau*, [1963] B.R. 753; *Fix Fast Ltd. v. Royal Bank of Canada*, Que. Sup. Ct., No. 681,011, May 21, 1970; *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India, Ltd.*, [1909] 2 K.B. 1010.

By Côté and Rowe JJ. (dissenting)

Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce, [1996] 3 S.C.R. 727; *Clutton v. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90; *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; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Grant v. Vaughan* (1764), 3 Burr. 1516, 97 E.R. 957; *Minet v. Gibson* (1789), 1 R.R. 754; *Tatlock v. Harris* (1789), 3 T.R. 174, 100 E.R. 517; *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*, [1908] A.C. 137; *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Westboro Flooring and Décor Inc. v. Bank of Nova Scotia* (2004), 71 O.R. (3d) 723, aff'd 2002 CanLII 7479; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Nishi v. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 SCC 33, [2013] 2 S.C.R. 438; *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212, aff'd (2002), 158 O.A.C. 111;

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêts appliqués : *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727; *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456; **arrêt non suivi :** *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107; **arrêts mentionnés :** *Metroland Printing, Publishing and Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2002), 158 O.A.C. 111; *Clutton c. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90; *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *North and South Wales Bank Ltd. c. Macbeth*, [1908] A.C. 137; *Harley c. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135; *Bank of Toronto c. Smith*, [1950] 3 D.L.R. 169; *Banque de Montréal c. Barbeau*, [1963] B.R. 753; *Fix Fast Ltd. c. Royal Bank of Canada*, C.S. Qc, n° 681,011, 21 mai 1970; *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. c. National Bank of India, Ltd.*, [1909] 2 K.B. 1010.

Citée par les juges Côté et Rowe (dissidents)

Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce, [1996] 3 R.C.S. 727; *Clutton c. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90; *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; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Grant c. Vaughan* (1764), 3 Burr. 1516, 97 E.R. 957; *Minet c. Gibson* (1789), 1 R.R. 754; *Tatlock c. Harris* (1789), 3 T.R. 174, 100 E.R. 517; *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795; *North and South Wales Bank Ltd. c. Macbeth*, [1908] A.C. 137; *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Westboro Flooring and Décor Inc. c. Bank of Nova Scotia* (2004), 71 O.R. (3d) 723, conf. 2002 CanLII 7479; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Nishi c. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 CSC 33, [2013] 2 R.C.S. 438; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212, conf. par

Rouge Valley Health System v. TD Canada Trust, 2012 ONCA 17, 108 O.R. (3d) 561; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683.

Statutes and Regulations Cited

Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4, ss. 9, 20(5), 48, 165(3).
Bills of Exchange Act, 1882 (U.K.), 45 & 46 Vict., c. 61, ss. 7(3), 97(2).
Bills of Exchange Act, 1890, S.C. 1890, c. 33, s. 7(3).
Limitations Act, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B.

Authors Cited

Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes, 18th ed. by S. J. Gleeson. London: Sweet & Maxwell, 2017.
 Chalmers, M. D. *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes & Cheques*, 3rd ed. London: Stevens and Sons, 1887.
 Chalmers, M. D. *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques, and Negotiable Securities*, 9th ed. London: Stevens & Sons, 1927.
 Chalmers, M. D. “Vagliano’s Case” (1891), 7 *L.Q.R.* 216. Comment. “The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost” (1951), 18 *U. Chicago L. Rev.* 281.
 Craies, William Feilden. *A Treatise on Statute Law*, 4th ed. by Walter S. Scott. London: Sweet & Maxwell, 1936.
 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*, vol. 2, 8th ed. by Bradley Crawford. Toronto: Canada Law Book, 1986.
 Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 3. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated 2017, release 22).
 Falconbridge on *Banking and Bills of Exchange*, 7th ed. by Arthur W. Rogers. Toronto: Canada Law Book, 1969.
 Falconbridge, John Delatre. *Banking and Bills of Exchange*, 6th ed. Toronto: Canada Law Book, 1956.
 Geva, Benjamin. “Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC*” (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 177.
 Geva, Benjamin. “The Fictitious Payee After *Teva v. BMO*: Has the Pendulum Swung Back Far Enough?” (2016), 31 *B.F.L.R.* 607.

(2002), 158 O.A.C. 111; *Rouge Valley Health System c. TD Canada Trust*, 2012 ONCA 17, 108 O.R. (3d) 561; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683.

Lois et règlements cités

Acte des lettres de change, 1890, S.C. 1890, c. 33, art. 7(3).
Bills of Exchange Act, 1882 (R.-U.), 45 & 46 Vict., c. 61, art. 7(3), 97(2).
Loi de 2002 sur la prescription des actions, L.O. 2002, c. 24, ann. B.
Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, c. B-4, art. 9, 20(5), 48, 165(3).

Doctrine et autres documents cités

Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes, 18th ed. by S. J. Gleeson, London, Sweet & Maxwell, 2017.
 Chalmers, M. D. *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes & Cheques*, 3rd ed., London, Stevens and Sons, 1887.
 Chalmers, M. D. *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques, and Negotiable Securities*, 9th ed., London, Stevens & Sons, 1927.
 Chalmers, M. D. « Vagliano’s Case » (1891), 7 *L.Q.R.* 216. Comment. « The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost » (1951), 18 *U. Chicago L. Rev.* 281.
 Craies, William Feilden. *A Treatise on Statute Law*, 4th ed. by Walter S. Scott, London, Sweet & Maxwell, 1936.
 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*, vol. 2, 8th ed. by Bradley Crawford, Toronto, Canada Law Book, 1986.
 Crawford, Bradley. *The Law of Banking and Payment in Canada*, vol. 3, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2008 (loose-leaf updated 2017, release 22).
 Falconbridge on *Banking and Bills of Exchange*, 7th ed. by Arthur W. Rogers, Toronto, Canada Law Book, 1969.
 Falconbridge, John Delatre. *Banking and Bills of Exchange*, 6th ed., Toronto, Canada Law Book, 1956.
 Geva, Benjamin. « Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC* » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 177.
 Geva, Benjamin. « The Fictitious Payee After *Teva v. BMO* : Has the Pendulum Swung Back Far Enough? » (2016), 31 *B.F.L.R.* 607.
 Geva, Benjamin. « The Fictitious Payee and Payroll Padding : *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.* » (1978), 2 *Rev. can. dr. comm.* 418.

- Geva, Benjamin. “The Fictitious Payee and Payroll Padding: *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*” (1978), 2 *Can. Bus. L.J.* 418.
- Geva, Benjamin. “The Fictitious Payee Strikes Again: The Continuing Misadventures of BEA s. 20(5)” (2015), 30 *B.F.L.R.* 573.
- Holden, J. Milnes. *The History of Negotiable Instruments in English Law*. London: Athlone Press, 1955.
- Mohamed, Munaf, and Jordan McJannet. “The Employer, the Bank, and the Fraudster: Vicarious Liability and *Boma Manufacturing Ltd. v. CIBC*” (2005), 20 *B.F.L.R.* 465.
- Ogilvie, M. H. “The Tort of Conversion and the Collecting Bank: *Teva Canada Ltd. v. Bank of Nova Scotia*” (2012), 91 *Can. Bar Rev.* 733.
- Rafferty, Nicholas, and Jonnette Watson Hamilton. “Is the Collecting Bank now the Insurer of a Cheque’s Drawer against Losses Caused by the Fraud of the Drawer’s Own Employee?” (2005), 20 *B.F.L.R.* 427.
- Rogers, James Steven. *The Early History of the Law of Bills and Notes: A Study of the Origins of Anglo-American Commercial Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Geva, Benjamin. « The Fictitious Payee Strikes Again : The Continuing Misadventures of BEA s. 20(5) » (2015), 30 *B.F.L.R.* 573.
- Holden, J. Milnes. *The History of Negotiable Instruments in English Law*, London, Athlone Press, 1955.
- Mohamed, Munaf, and Jordan McJannet. « The Employer, the Bank, and the Fraudster : Vicarious Liability and *Boma Manufacturing Ltd. v. CIBC* » (2005), 20 *B.F.L.R.* 465.
- Ogilvie, M. H. « The Tort of Conversion and the Collecting Bank : *Teva Canada Ltd. v. Bank of Nova Scotia* » (2012), 91 *R. du B. can.* 733.
- Rafferty, Nicholas, and Jonnette Watson Hamilton. « Is the Collecting Bank now the Insurer of a Cheque’s Drawer against Losses Caused by the Fraud of the Drawer’s Own Employee? » (2005), 20 *B.F.L.R.* 427.
- Rogers, James Steven. *The Early History of the Law of Bills and Notes : A Study of the Origins of Anglo-American Commercial Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Laskin and Cronk JJ.A.), 2016 ONCA 94, 129 O.R. (3d) 1, 344 O.A.C. 344, 52 B.L.R. (5th) 171, 394 D.L.R. (4th) 298, [2016] O.J. No. 581 (QL), 2016 CarswellOnt 1483 (WL Can.), setting aside a decision of Whitaker J., 2014 ONSC 828, [2014] O.J. No. 799 (QL), 2014 CarswellOnt 1955 (WL Can.). Appeal allowed, McLachlin C.J. and Wagner, Côté and Rowe JJ. dissenting.

Colby Linthwaite, Fred Tayar and Daniel Baum, for the appellant.

Frank J. McLaughlin, Paul Steep and Shanique M. Lake, for the respondent TD Canada Trust.

Martin Sclisizzi, Caitlin Sainsbury and Heather Pessione, for the respondent the Bank of Nova Scotia.

Irwin I. Liebman and Moe F. Liebman, for the intervener.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Weiler, Laskin et Cronk), 2016 ONCA 94, 129 O.R. (3d) 1, 344 O.A.C. 344, 52 B.L.R. (5th) 171, 394 D.L.R. (4th) 298, [2016] O.J. No. 581 (QL), 2016 CarswellOnt 1483 (WL Can.), qui a annulé une décision du juge Whitaker, 2014 ONSC 828, [2014] O.J. No. 799 (QL), 2014 CarswellOnt 1955 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et les juges Wagner, Côté et Rowe sont dissidents.

Colby Linthwaite, Fred Tayar et Daniel Baum, pour l’appelante.

Frank J. McLaughlin, Paul Steep et Shanique M. Lake, pour l’intimée TD Canada Trust.

Martin Sclisizzi, Caitlin Sainsbury et Heather Pessione, pour l’intimée la Banque de Nouvelle-Écosse.

Irwin I. Liebman et Moe F. Liebman, pour l’intervenante.

The judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Brown JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — A pharmaceutical company was the victim of a fraudulent cheque scheme implemented by one of its employees. It claimed that the collecting banks involved in negotiating the fraudulent cheques are liable for conversion. Under s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*,¹ it is a defence to the tort of conversion if cheques are made out to fictitious or non-existing payees.

[2] The banks argued that the payees in this case were fictitious or non-existing and that they were not, as a result, liable for conversion.

[3] The tort of conversion involves the wrongful interference with the goods of another. Where a collecting bank pays out on a forged endorsement, it will be liable for conversion. Conversion is a strict liability tort. As a result, a bank may be held liable whether or not it was negligent. Any alleged contributory negligence on the part of the drawer is, as a result, also irrelevant.

[4] Liability for conversion can be avoided if a bank can bring itself within s. 20(5) of the *Act*, which states:

Fictitious payee

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

[5] This Court explained the implications of s. 20(5) in *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727, as follows:

[Section 20(5)] 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

¹ *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1985, c. B-4.

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Brown rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Victime de l'escroquerie d'un de ses employés, une société pharmaceutique prétend que les banques d'encaissement qui ont participé à la négociation des chèques frauduleux se sont rendues coupables de détournement. Suivant le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*¹, l'émission d'un chèque au nom d'une personne fictive ou qui n'existe pas offre un moyen de défense dans le cadre d'une poursuite pour détournement.

[2] Les banques soutiennent ne pas être coupables de détournement puisque, en l'espèce, les preneurs sont des personnes fictives ou qui n'existent pas.

[3] Le délit de détournement s'entend de l'appropriation sans droit du bien d'autrui. La banque d'encaissement qui verse une somme sur la foi d'un endossement falsifié se rend coupable de détournement, un délit de responsabilité stricte. Par conséquent, la banque peut être tenue de supporter la perte subie, qu'elle ait fait preuve de négligence ou non; la négligence contributive éventuelle du tireur n'importe donc pas elle non plus.

[4] La banque peut échapper à la responsabilité pour détournement en invoquant le par. 20(5) de la *Loi*, qui prévoit ce qui suit :

Preneur fictif

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

[5] Dans l'arrêt *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727, la Cour explique comme suit l'incidence du par. 20(5) :

Aux termes [du par. 20(5)], 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

¹ *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4.

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. [para. 45]

[6] In other words, when a bank transfers funds to an “improper” recipient, it is liable under the strict liability tort of conversion unless a statutory defence succeeds. And the statutory defence in s. 20(5) operates by rendering the impugned cheque “payable to bearer”, such that mere delivery — without endorsement — effects negotiation. The cheque would otherwise be “payable to order”, require an endorsement, and, without such endorsement, be wrongly converted by the bank.

[7] This Court has also, in multiple decisions, provided what is, in essence, a two-step framework which outlines what a bank must prove to demonstrate that a payee is fictitious or non-existing. Step one — the subjective fictitious payee inquiry — asks whether the drawer intends to pay the payee. If the bank proves that the drawer lacked such intent, then the payee is fictitious, the analysis ends and the drawer is liable. If the bank does not prove that the drawer lacked such intent, then the payee is *not* fictitious, and the analysis proceeds to step two. Step two — the objective non-existing payee inquiry — asks if the payee is either (1) a legitimate payee of the drawer; or (2) a payee who could reasonably be mistaken for a legitimate payee of the drawer. If neither of these is satisfied, then the payee does not

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. [par. 45]

[6] Autrement dit, la banque qui transfère des fonds à un bénéficiaire « inapproprié » se rend coupable du délit de détournement, qui est de responsabilité stricte, sauf si elle peut se prévaloir d’un moyen de défense prévu par la loi. Et lorsque s’applique la défense que prévoit le par. 20(5) de la *Loi*, le chèque en question est « payable au porteur », de sorte que sa simple livraison — sans endossement — emporte négociation. Sinon, le chèque est « payable à ordre », son endossement est exigé et, à défaut d’endossement, il est converti en espèces à tort par la banque.

[7] Dans de nombreuses décisions, la Cour a également établi ce qui constitue en somme un cadre à deux volets prévoyant les éléments que doit prouver la banque pour démontrer que le preneur est une personne fictive ou qui n’existe pas. Premièrement, l’analyse subjective que commande la détermination du caractère fictif ou non du preneur veut qu’on se demande si le tireur a voulu payer le preneur. Si la banque prouve que le tireur n’avait pas cette intention, le preneur est une personne fictive, l’analyse prend fin et le tireur est tenu de supporter la perte. Si la banque ne prouve pas que le tireur n’avait pas cette intention, le preneur *n’est pas* une personne fictive, si bien qu’il faut passer au deuxième volet, soit l’analyse objective visant à décider si le preneur est une personne qui existe ou non : le

exist, and the drawer is liable. If either is satisfied, then the payee exists, and the bank is liable.

[8] It is accepted that Teva did not participate in the fraud. It follows that none of the payees were fictitious. Further, all payees were either (1) known customers of Teva's; or (2) companies whose names could reasonably have been mistaken for its actual customers, such that all payees existed. In my respectful view, therefore, and based on this Court's jurisprudence, none of the payees in this case were either fictitious or non-existing. As a result, the defence in s. 20(5) does not apply and the banks are liable for conversion.

Background

[9] Neil Kennedy McConachie was Teva Canada Limited's Finance Manager. He implemented a fraudulent scheme which involved drafting false cheque requisition forms for business entities with similar or identical names to those of Teva's real customers. Based on McConachie's fraudulent forms, Teva's accounts payable department issued the cheques and mechanically applied the requisite signatures. McConachie registered the business names as sole proprietorships and opened bank accounts at several banks, including the Bank of Montreal, Bank of Nova Scotia and TD Canada Trust. He deposited 63 fraudulent cheques totaling \$5,483,249.40 into these accounts and eventually removed the funds.

[10] The fraudulent cheques were made payable to payees with six different names. Two of those names, PCE Pharmacare and Pharma Team System, resembled the names of existing customers to whom no debt was owed: PCE Management Inc. and Pharma Systems. The four other names, Pharmachoice,

preneur est-il (1) soit un preneur légitime vis-à-vis du tireur, (2) soit une personne qui aurait pu raisonnablement être confondue avec un tel preneur? Si aucune de ces conditions n'est remplie, le preneur est une personne qui n'existe pas, et le tireur est tenu de supporter la perte. Si l'une ou l'autre est remplie, le preneur est une personne qui existe, et la banque doit supporter la perte.

[8] Il est admis que Teva n'a pas pris part à la fraude, de sorte qu'aucun des preneurs n'était une personne fictive. De plus, tous les preneurs étaient (1) soit des clients connus de Teva, (2) soit des entreprises dont les dénominations auraient pu raisonnablement être confondues avec celles de clients d'alors, de sorte que tous les preneurs étaient des personnes qui existent. À mon humble avis et au vu de la jurisprudence de la Cour, aucun des preneurs visés en l'espèce n'était donc une personne fictive ou qui n'existe pas, si bien que le moyen de défense prévu au par. 20(5) ne s'applique pas, et les banques sont coupables de détournement.

Contexte

[9] Neil Kennedy McConachie était directeur des finances de Teva Canada Limitée. Il a mis au point un stratagème frauduleux consistant à demander l'émission de chèques destinés à des entreprises dont les dénominations étaient semblables ou identiques à celles de clients réels de Teva. Sur la foi de ces demandes frauduleuses, le service des comptes fournisseurs de Teva a émis des chèques et y a apposé mécaniquement les signatures requises. M. McConachie a enregistré les dénominations factices à son seul nom et ouvert des comptes dans plusieurs banques, dont la Banque de Montréal, la Banque de Nouvelle-Écosse et TD Canada Trust. Il y a déposé 63 chèques frauduleux dont les montants totalisaient 5 483 249,40 \$, puis il a ultérieurement retiré les fonds.

[10] Les chèques frauduleux étaient payables à six preneurs. Les dénominations de deux d'entre eux, PCE Pharmacare et Pharma Team System, s'apparentaient à celles de clients existants auxquels Teva ne devait pourtant aucune somme, soit PCE Management Inc. et Pharma Systems. Les quatre autres

London Drugs, Pharma Ed Advantage Inc. and Medical Pharmacies Group, were legitimate Teva customers to whom no debt was owed.

[11] When Teva discovered the fraud in 2006, it fired McConachie.

[12] In June 2007, Teva filed a claim against the collecting banks claiming that they were liable for conversion.

[13] TD Canada Trust and Bank of Nova Scotia raised the following defences before the motions judge, Whitaker J.:

- The cheques were made payable to either a non-existing entity or a fictitious entity, and therefore became payable to the bearer pursuant to s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*. As bearer instruments, the cheques were properly delivered to the banks and no endorsement was required.
- The cheques were deposited to the credit of the account holder, with the account holder being the named payee of the cheques, and the banks were holders in due course pursuant to s. 165(3) of the *Bills of Exchange Act*. No endorsements were therefore required.
- The claim is statute-barred under the Ontario *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B.

[14] Only the banks' first defence, based on s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, is at issue in this appeal.

[15] Whitaker J. found that the payees were *not* fictitious or non-existing within the meaning of s. 20(5) of the *Act* and that there was "a rational basis for concluding that cheques were apparently made payable to existing clients" (2014 ONSC 828, at para. 33 (CanLII)). He also found that "the payees could plausibly be understood to be real entities and customers of the plaintiff" (para. 34). As a result, based on this Court's decision in *Boma* and the Ontario Court of

preneurs, Pharmachoice, London Drugs, Pharma Ed Advantage Inc. et Medical Pharmacies Group, étaient de véritables clients de Teva, mais aucune somme ne leur était due.

[11] Après avoir découvert la fraude en 2006, les dirigeants de Teva ont congédié M. McConachie.

[12] En juin 2007, Teva a poursuivi les banques d'encaissement pour détournement, alléguant qu'elles devaient supporter la perte.

[13] Au stade des requêtes, TD Canada Trust et la Banque de Nouvelle-Écosse ont invoqué les moyens de défense suivants devant le juge Whitaker :

- Les chèques étaient payables à une personne fictive ou qui n'existe pas, de sorte qu'ils étaient devenus payables au porteur suivant le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*. S'agissant d'effets au porteur, les chèques ont été livrés aux banques en toute légitimité, et aucun endossement n'était requis.
- Le montant des chèques a été porté au crédit du titulaire du compte, celui-ci étant le preneur nommé des chèques, et les banques en étant les détentrices régulières aux termes du par. 165(3) de la *Loi sur les lettres de change*. Dès lors, nul endossement n'était requis.
- Le recours est prescrit suivant la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* de l'Ontario, L.O. 2002, c. 24, ann. B.

[14] Seul le premier moyen de défense, fondé sur le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*, fait l'objet du présent pourvoi.

[15] Le juge Whitaker a conclu que les preneurs *n'étaient pas* des personnes fictives ou qui n'existent pas au sens du par. 20(5) de la *Loi* et qu'[TRADUCTION] « un fondement rationnel [permettait de] conclure que les chèques étaient selon toute apparence payables à des clients existants » (2014 ONSC 828, par. 33 (CanLII)). Il a ajouté qu'« il était vraisemblable que les preneurs soient des entités réelles et des clients véritables de la demanderesse »

Appeal's decision in *Metroland Printing, Publishing and Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2002), 158 O.A.C. 111, the banks could not rely on the defence in s. 20(5) of the *Act* and were ordered to pay Teva the full amount.

[16] The Court of Appeal concluded that the motions judge erred in determining that the banks should bear the loss (129 O.R. (3d) 1). It found that the two payees whose names were invented by McConachie — PCE Pharmacare and Pharma Team System — were non-existing within the meaning of s. 20(5) of the *Act*. It also concluded that the four payees with names identical to existing customers of Teva were fictitious. As a result, the banks were entitled to treat all the cheques as payable to bearer, and Teva's action for conversion could not succeed.

Analysis

[17] The question at the heart of this case is which innocent party — Teva or the collecting banks — should bear the loss resulting from the fraud?

[18] The *Bills of Exchange Act* does not define the terms “fictitious” or “non-existing”. As a result, the contours of these terms have been left to the courts to determine. It must fairly be acknowledged that in dealing with loss arising from cheque fraud, the apportionment between two innocent parties is inevitably challenging — and has often been challenged. Yet in my view, the policy choices made by this Court seem to me to strike the appropriate balance and assist in maintaining the efficiency and efficacy of the bills of exchange system.

[19] It is helpful to set out the history that led to this Court's interpretation of s. 20(5). Section 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, like most of the *Act*, was largely based on the U.K. *Bills of Exchange Act, 1882*, 45 & 46 Vict., c. 61. Section 7(3) of the U.K.

(par. 34). En conséquence, au vu de l'arrêt *Boma* de notre Cour et de l'arrêt *Metroland Printing, Publishing and Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2002), 158 O.A.C. 111, de la Cour d'appel de l'Ontario, les banques ne pouvaient invoquer le moyen de défense prévu au par. 20(5) de la *Loi*, si bien qu'elles ont été condamnées à payer à Teva le montant total des chèques.

[16] La Cour d'appel a estimé que le juge des requêtes avait eu tort de conclure que les banques devaient supporter la perte (129 O.R. (3d) 1). Selon elle, les deux preneurs dont les dénominations ont été inventées par M. McConachie — PCE Pharmacare et Pharma Team System — étaient des personnes qui n'existent pas au sens du par. 20(5) de la *Loi*. Elle a ajouté que les quatre preneurs dont les dénominations étaient identiques à celles de clients existants de Teva étaient des personnes fictives. Les banques pouvaient donc considérer tous les chèques comme payables au porteur, de sorte que l'action pour détournement intentée par Teva ne pouvait être accueillie.

Analyse

[17] La question au cœur du présent pourvoi est celle de savoir laquelle de deux parties innocentes, Teva ou les banques d'encaissement, doit supporter la perte infligée par la fraude.

[18] La *Loi sur les lettres de change* ne définit ni l'adjectif « fictive », ni l'expression « qui n'existe pas », de sorte que les tribunaux ont dû en déterminer le sens. Il faut bien reconnaître que lorsqu'une perte a été subie à cause d'un chèque frauduleux, sa répartition entre deux parties innocentes est forcément difficile et est souvent contestée. J'estime cependant que les décisions de principe de la Cour établissent un juste équilibre et contribuent au fonctionnement optimal du régime des lettres de change.

[19] Les origines historiques de cette interprétation du par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change* par la Cour valent d'être mentionnées. Comme la plupart des autres dispositions de la *Loi*, ce paragraphe reprend en grande partie le libellé de la

Act stated that “[w]here the payee is a fictitious or non-existing person the bill may be treated as payable to bearer.” This language, adopted in the Canadian legislation in 1890 (*The Bills of Exchange Act, 1890*, S.C. 1890, c. 33, s. 7(3)), has not been amended since.

[20] Prior to the legislation, the common law rule with respect to fictitious and non-existing payees was articulated as follows:

In the hundred years that elapsed between the early English cases and the great codifications of negotiable instruments law, the rule was generally accepted to be that “a bill payable to a fictitious person or his order is in effect a bill payable to bearer, and may be declared on as such, in favor of a bona fide holder . . . against all the parties knowing that the payee was a fictitious person.” [Footnote omitted.]

(Comment, “The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost” (1951), 18 *U. Chicago L. Rev.* 281, at p. 282)

[21] Professor Benjamin Geva highlighted the rationale behind this rule:

The pre-Act rationale of the fictitious payee rule, as stated in the case law, was estoppel against a party with knowledge of the fraud. That is, a drawer or acceptor who knew that the bill did not reflect a real transaction was estopped, usually as against a discounting bank, from raising a defence based on the forged endorsement of the payee whose name was inserted by the creator of the instrument by way of pretense only in order to create a misleading appearance of real transactions between the drawer and acceptor, as well as between the drawer and the payee. [Footnote omitted.]

(“Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC*” (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 177, at p. 194; see also J. S. Rogers, *The Early History of the Law of Bills and Notes* (1995), at pp. 223-49.)

Bills of Exchange Act, 1882 du Royaume-Uni, 45 & 46 Vict., c. 61. Le paragraphe 7(3) de cette loi dispose que [TRADUCTION] « [l]a lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n’existe pas peut être considérée comme payable au porteur. » Ce libellé a été repris dans la loi canadienne en 1890 (*Acte des lettres de change, 1890*, S.C. 1890, c. 33, par. 7(3)) et n’a pas été modifié depuis.

[20] Avant l’adoption de la loi, la règle de common law relative au preneur qui est une personne fictive ou qui n’existe pas était formulée de la manière suivante :

[TRADUCTION] Au cours du siècle qui s’est écoulé entre les premières décisions anglaises et la grande codification du droit des effets de commerce, la règle généralement reconnue voulait qu’« une lettre payable à une personne fictive ou à son ordre soit en fait une lettre payable au porteur et puisse être déclarée telle au bénéfice d’un détenteur de bonne foi [. . .] vis-à-vis de toutes les personnes qui savaient que le preneur était une personne fictive. » [Note en bas de page omise.]

(Comment, « The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost » (1951), 18 *U. Chicago L. Rev.* 281, p. 282)

[21] Le professeur Benjamin Geva explique la raison d’être de cette règle :

[TRADUCTION] Il appert de la jurisprudence qu’avant l’adoption de la loi, la raison d’être de la règle du preneur fictif était la préclusion de tout moyen de défense invoqué par une partie au courant de la fraude. Autrement dit, le tireur ou l’accepteur qui savait que la lettre ne correspondait pas à une opération réelle était empêché d’invoquer en défense, habituellement vis-à-vis d’une banque d’escompte, l’endossement falsifié du preneur dont l’insertion du nom par le créateur de l’effet ne visait qu’à simuler l’existence d’opérations réelles entre le tireur et l’accepteur, ainsi qu’entre le tireur et le preneur. [Note en bas de page omise.]

(« Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC* » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 177, p. 194; voir également J. S. Rogers, *The Early History of the Law of Bills and Notes* (1995), p. 223-249.)

[22] The common law therefore weighted subjective considerations under the false payee defence: when a drawer *knowingly* made out a cheque to a fictitious or non-existent payee, therefore *not intending* that the cheque carry any commercial validity, the drawer was estopped from denying that the cheque be payable to its bearer.

[23] After the enactment of the U.K. *Bills of Exchange Act, 1882*, the terms “fictitious” and “non-existing” found in s. 7(3) were interpreted and applied in four influential U.K. cases: *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 (H.L.); *Clutton v. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90 (H.L.); *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795 (per Warrington J.); and *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*, [1908] A.C. 137 (H.L.).

[24] The House of Lords briefly departed from the common law requirement of knowledge in 1891 in *Vagliano*, where it held that s. 7(3) of the U.K. *Bills of Exchange Act* had modified, not codified the common law. Referring to the omission of any reference to the drawer’s knowledge, the Earl of Selborne observed that “the omission must be taken to have been deliberate and intentional, and that there is no sound principle on which what is so omitted can be supplied by construction” (p. 130).

[25] This interpretation of s. 7(3), however, did not last long. In 1905, in *Vinden*, Warrington J. refused to follow the objective approach to “fictitious” and “non-existing” payees. The House of Lords itself rejected this approach in 1908 in *Macbeth*, which reintroduced, with full force, the requirement of knowledge under s. 7(3). It has remained steadfastly in place for a century.

[26] Based on these cases and Canadian jurisprudence such as *Harley v. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135 (Ont. C.A.); *Bank of Toronto v. Smith*, [1950] 3 D.L.R. 169 (Ont. C.A.), and *Banque de Montréal v. Barbeau*, [1963] B.R. 753 (Que. C.A.), Dean Falconbridge summarized the approach to fictitious and non-existing payees as follows:

Whether a named payee is non-existing is a simple question of fact, not depending on anyone’s intention.

[22] La common law soupesait donc des considérations subjectives pour l’application de la défense du faux preneur : le tireur qui émettait *sciemment* un chèque payable à une personne fictive ou qui n’existe pas, de sorte qu’il *n’entendait pas* conférer quelque valeur commerciale au chèque, était préclus de contester le paiement du chèque au porteur.

[23] Après l’adoption de la *Bills of Exchange Act, 1882*, les mots « *fictitious* » (fictive) et « *non-existing* » (qui n’existe pas) employés au par. 7(3) ont été interprétés et appliqués dans quatre arrêts marquants du Royaume-Uni : *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 (H.L.); *Clutton c. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90 (H.L.); *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795 (le juge Warrington), et *North and South Wales Bank Ltd. c. Macbeth*, [1908] A.C. 137 (H.L.).

[24] En 1891, dans *Vagliano*, la Chambre des lords s’est brièvement écartée de la règle de common law qui exigeait la connaissance, statuant que le par. 7(3) de la *Bills of Exchange Act* du Royaume-Uni avait modifié, et non codifié, la common law. Invoquant l’omission de tout renvoi à la connaissance du tireur, le comte de Selborne y fait observer : [TRADUCTION] « . . . il faut supposer que l’omission est délibérée et voulue, et aucun principe valable ne permet d’y remédier par interprétation » (p. 130).

[25] Cette interprétation du par. 7(3) n’a pas valu très longtemps. En 1905, dans *Vinden*, le juge Warrington refusait en effet de faire sienne l’analyse objective de « *fictitious* » et de « *non-existing* ». En 1908, dans *Macbeth*, la Chambre des lords elle-même la rejetait, ramenant intégralement l’exigence de connaissance pour l’application du par. 7(3), une exigence demeurée inébranlable depuis plus d’un siècle.

[26] Prenant appui sur ces arrêts et sur des décisions canadiennes telles *Harley c. Bank of Toronto*, [1938] 2 D.L.R. 135 (C.A. Ont.); *Bank of Toronto c. Smith*, [1950] 3 D.L.R. 169 (C.A. Ont.), et *Banque de Montréal c. Barbeau*, [1963] B.R. 753 (C.A. Qc), le doyen Falconbridge a défini comme suit le preneur qui est fictif et celui qui n’existe pas :

[TRADUCTION] La question de savoir si un preneur nommé est une personne qui n’existe pas est une simple

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 [the drawer] upon [the drawee] payable to [the payee], the payee may or may not be fictitious or non-existing according to the circumstances:

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

(2) If [the drawer] for some purpose of his own inserts as payee the name of [the payee], 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 [the payee] is the name of a real person known to [the drawer], but [the drawer] 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 [the payee] is the name of a real person, intended by [the drawer] to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, notwithstanding that [the drawer] has been induced to draw the bill by the fraud of some other person who has falsely represented to [the drawer] that there is a transaction in respect of which [the payee] is entitled to the sum mentioned in the bill.

(*Falconbridge on Banking and Bills of Exchange* (7th ed. 1969), by A. W. Rogers, at pp. 482-86)

[27] This Court applied Falconbridge's four propositions in the three appeals in which it considered s. 20(5): *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488; *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456; and *Boma* in 1996.

[28] In *Fok Cheong*, a case dealing with whether the payee was "fictitious", the president of a company, Chan, made out a cheque payable to one of the company's creditors, Looing Weir, never intending that she receive the funds. Chan fraudulently endorsed the cheque in her name and appropriated the

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 ou d'un chèque, ou encore l'auteur d'un billet.

Dans le cas d'une lettre de change [tirée par le tireur sur le tiré et payable au preneur], ce dernier est fictif ou inexistant ou ne l'est pas selon les circonstances :

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

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

(3) Si [le preneur] est le nom d'une personne existante que [le tireur] connaît, mais dont l'inscription comme preneur n'est qu'un simulacre, le tireur n'ayant pas l'intention d'avantager monétairement ce preneur, le preneur est une personne fictive mais non inexistante.

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

(*Falconbridge on Banking and Bills of Exchange* (7^e éd. 1969), par A. W. Rogers, p. 482-486)

[27] La Cour a retenu les quatre propositions de Falconbridge dans trois arrêts où elle s'est penchée sur l'application du par. 20(5) : *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488; *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456, et *Boma*, en 1996.

[28] Dans *Fok Cheong*, où la question était de savoir si le preneur était une personne « fictive » ou non, le président d'une société, M. Chan, avait tiré un chèque payable à l'une des créancières de la société, Looing Weir, mais sans jamais avoir voulu que cette dernière touche les fonds. M. Chan avait

funds. In attempting to recoup its losses against the bank, the company argued that the cheque was not payable to bearer because the payee was not fictitious within the meaning of s. 21(5) (subsequently changed to s. 20(5)) of the *Bills of Exchange Act*. The company stressed that the payee was a real person to whom the company owed a real debt.

[29] This Court nevertheless found that the payee was fictitious, concluding that

the cheque in question was from the very outset intended not to be cashed by the payee but rather that it should through a cleverly designed forgery be so negotiated as to be payable to the drawer himself. [p. 490]

The finding of fraudulent intent on the part of the drawer, the president of the company, was held to be sufficient to conclude that the payee of the cheque was fictitious. The bank was therefore entitled to treat the cheque as payable to bearer.

[30] In arriving at its conclusion, this Court applied the rationale articulated in *Vagliano*, where Lord Herschell said:

... 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. [p. 153]

(Cited in *Fok Cheong*, at p. 490.)

[31] This Court next considered the meaning of “fictitious payee” in *Concrete Column*. An employee of *Concrete Column* prepared over 1,000 cheques made payable to two sets of payees who were not entitled to them: individuals whose names came from unknown sources; and individuals employed by *Concrete Column* but to whom no money was owed. An authorized officer mechanically signed a large number of cheques that included the disputed

frauduleusement endossé le chèque et s’était approprié les fonds. Afin de recouvrer la perte auprès de la banque, la société avait fait valoir que le chèque n’était pas payable au porteur puisque le preneur n’était pas une personne fictive au sens du par. 21(5) (devenu par la suite le par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*). La société avait insisté sur le fait que le preneur était une personne réelle à qui la société devait vraiment de l’argent.

[29] La Cour a néanmoins estimé que le preneur était une personne fictive, puis a conclu :

... dès le début l’intention était que le chèque en cause ne soit pas encaissé par la preneuse, mais qu’au moyen d’un faux astucieux, il soit négocié de manière à être payable au tireur lui-même. [p. 490]

La Cour a statué que la conclusion selon laquelle le tireur, le président de la société, avait eu une intention frauduleuse suffisait à faire du preneur du chèque une personne fictive. La banque avait donc pu considérer le chèque comme payable au porteur.

[30] Pour arriver à cette conclusion, la Cour a appliqué le raisonnement de lord Herschell dans *Vagliano* :

[TRADUCTION] ... 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. [p. 153]

(Cité dans *Fok Cheong*, p. 490.)

[31] Dans l’affaire *Concrete Column*, la Cour s’est par la suite penchée sur l’interprétation de l’adjectif « fictive ». Un employé de l’entreprise avait tiré plus de 1000 chèques payables à deux séries de preneurs qui n’avaient pas droit aux sommes en cause : des particuliers dont les noms étaient inconnus et des employés auxquels *Concrete Column* ne devait pas d’argent. Un représentant autorisé avait signé mécaniquement un grand nombre de chèques, y compris

ones. The dishonest employee took the cheques to the bank and received the amounts stipulated on them. When Concrete Column attempted to recover the lost amount from its bank, the bank invoked what is now s. 20(5) and argued that the payees were non-existing or fictitious. It was therefore entitled to treat the cheques as payable to bearer.

[32] The first set of payees, the imaginary ones, who were not known to Concrete Column, were found to be “non-existing” by the trial judge. Based on existing jurisprudence, the trial judge found that the question of whether a payee is non-existing was to be assessed as a question of fact, without regard to the intent of the drawer. As a result, he held that because the payees were not known to the drawer, they were non-existing. The cheques made out to this set of individuals were therefore payable to bearer, and the claim against the bank for those cheques was dismissed. This finding was not appealed.

[33] With respect to the second set of payees — workers who had been employed by Concrete Column but to whom nothing was owed for the relevant pay period, the trial judge found that the payees were not fictitious. The bank was therefore liable for conversion for this set of cheques. The Court of Appeal upheld the trial judge.

[34] In this Court, Pigeon J., writing for the majority, upheld the trial judge’s conclusion that the employees were not fictitious, relying on the fourth Falconbridge proposition, which, as previously noted, states:

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

ceux en cause. L’employé malhonnête avait encaissé les chèques à la banque et touché les sommes indiquées. Lorsque Concrete Column avait tenté de recouvrer auprès de sa banque la perte ainsi subie, elle s’était vu opposer la disposition qui correspond aujourd’hui au par. 20(5), la banque soutenant que les preneurs étaient des personnes fictives ou qui n’existaient pas, de sorte qu’elle avait pu considérer les chèques comme payables au porteur.

[32] Le juge de première instance a conclu que la première série de preneurs, ceux dont les noms étaient inventés et qui étaient inconnus de Concrete Column, étaient des personnes « qui n’exist[ai]ent pas ». Prenant appui sur la jurisprudence d’alors, il a estimé que la question de savoir si un preneur est ou non une personne qui n’existe pas relève des faits quelle que soit l’intention du tireur. Dès lors, puisque le tireur ne connaissait pas les preneurs, ceux-ci étaient des personnes qui n’existaient pas. Les chèques établis à leurs noms étaient donc payables au porteur, et l’action intentée contre la banque relativement à ces chèques a été rejetée. Cette conclusion n’a pas été portée en appel.

[33] En ce qui a trait à la seconde série de preneurs, celle constituée d’employés de Concrete Column auxquels aucune somme n’était pourtant due pour la période de paie considérée, le juge du procès a estimé qu’ils n’étaient pas des personnes fictives, de sorte que la banque était coupable de détournement quant aux chèques établis à leurs noms. La Cour d’appel a confirmé la décision.

[34] Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Pigeon a confirmé la conclusion du juge du procès voulant que les employés n’étaient pas des personnes fictives. Il a invoqué à l’appui la quatrième proposition de Falconbridge qui, rappelons-le, est la suivante :

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

[35] Pigeon J. dismissed the bank's argument that the authorized signing officer could not have formed an intention to pay the payees because he signed the cheques mechanically:

Counsel for the appellant maintained that in the case at bar, where the person authorized to sign the cheques did mechanically place his signature on a large quantity of cheques without knowing any of the payees personally, it is not possible to apply the same rule as when a cheque is signed relying on an explicit false declaration, as it was in most of the cases which gave rise to the above-mentioned decisions. I cannot see any valid reason for making such a distinction. On the contrary, in an age when cheques are processed by computer, it is even more necessary to avoid facilitating fraudulent operations. [p. 484]

Though the drawer mechanically placed his signature on a large quantity of cheques, the Court attributed to the drawer an intention to pay the named payee. Or, phrased in terms of the governing legal framework, the bank bears the burden of proving that the drawer participated in the fraud. The drawer need not prove the opposite, i.e. that it formed an intention to pay any signed cheque to the intended payee. In this way, the drawer could be said to benefit from a presumed intent to pay its cheques. But, it is worth emphasizing, it is ultimately the bank who must prove fraudulent intent to rely on the defence in s. 20(5).

[36] In holding the bank liable for the losses, Pigeon J. invoked the following rationale:

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. [p. 484]

[37] In dissent, Spence J. would have allowed the appeal. He found that the intent of the dishonest employee should be determinative, rather than that of

[35] Le juge Pigeon a rejeté la prétention de la banque voulant que le signataire autorisé n'ait pu avoir l'intention de payer les preneurs puisqu'il avait signé les chèques mécaniquement :

L'avocat de l'appelante a soutenu que dans une situation comme celle-ci, où la personne autorisée à signer les chèques apposait sa signature mécaniquement à une quantité de chèques sans connaître personnellement aucun des preneurs, il n'y avait pas lieu d'appliquer la même règle que lorsqu'il s'agissait d'un particulier auquel on faisait signer un chèque par une fausse déclaration explicite, comme c'était le cas dans la plupart des affaires qui ont donné naissance à la jurisprudence ci-dessus mentionnée. Je ne puis apercevoir aucun motif valable d'établir une telle distinction. Au contraire, à l'ère des chèques faits par ordinateur, il me semble encore plus désirable de ne pas faciliter l'entreprise des fraudeurs. [p. 484]

Même si le tireur avait apposé mécaniquement sa signature à une grande quantité de chèques, la Cour lui a attribué l'intention de payer le preneur nommé. Pour reprendre la formulation du cadre juridique applicable, la banque a l'obligation de prouver que le tireur a participé à la fraude. Le tireur n'a pas à prouver le contraire, c'est-à-dire qu'il a voulu que le montant des chèques soit versé au preneur nommé. On pourrait donc soutenir que le tireur tire profit de son intention présumée d'honorer les chèques. Mais il importe de rappeler que c'est finalement la banque qui doit prouver l'intention frauduleuse pour se prévaloir du moyen de défense prévu au par. 20(5).

[36] Le juge Pigeon a justifié comme suit l'obligation de la banque de supporter la perte :

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. [p. 484]

[37] Dissident, le juge Spence aurait accueilli le pourvoi. Il estimait que l'intention de l'employé malhonnête devait être déterminante, non celle de

Concrete Column. He noted that the dishonest employee had “never intended that any of the persons named should receive the amount of the cheque in his name” (p. 487) and that the bank, as a result, was not liable.

[38] Laskin C.J., also in dissent, would have allowed the appeal on the basis that the payees were fictitious. Since “the cheques presented for signature to the signing officer were signed in batches without verification” (p. 481), the signing officer could not have formed an intention to pay the payees. He disagreed with the trial judge’s finding that “some of the payees were known to the drawer as being former employees to whom payment was intended” because this “can only be taken as a *post facto* conclusion arrived at by an examination of the cheques after the forgeries were discovered” (pp. 481-82).

[39] In *Boma*, this Court’s most recent consideration of s. 20(5), the Court clarified the meaning of both “fictitious” and “non-existing”, explained the purpose of the fictitious payee rule and clarified whose intention was relevant when considering the s. 20(5) defence.

[40] The factual background in *Boma* was that a bookkeeper, Donna Alm, who was a duly authorized signing officer for two related companies, Boma Manufacturing Ltd. and Panabo Sales Ltd., arranged for the issuance of 155 fraudulent cheques. She signed 146 of them, and arranged to have Boris Mange, a director and officer of both companies, who was not involved in the fraud, sign 9 of them. A number of the fraudulent cheques were payable to Boris Mange and his wife Ursula, or to existing employees of the companies. Almost all of the remaining 114 cheques were payable to a “J. Lam” or “J. R. Lam”, a name that resembled that of a subcontractor used by the companies, Van Sang Lam. Alm deposited all 155 cheques totalling \$91,289.54 into one of her accounts at Canadian Imperial Bank of Commerce. Many of the cheques were accepted by CIBC for deposit without endorsement, while others bore the forged endorsement of the payee.

Concrete Column. Il a fait remarquer que l’employé malhonnête n’a « jamais eu l’intention de destiner le montant de ces chèques aux personnes à l’ordre de qui ils étaient payables » (p. 487), si bien que la banque n’était pas tenue de supporter la perte.

[38] Également dissident, le juge en chef Laskin aurait accueilli le pourvoi au motif que les preneurs étaient des personnes fictives. Puisque « les chèques présentés au préposé autorisé à les signer [avaient] été signés en paquets sans vérification » (p. 481), le signataire n’avait pas pu avoir l’intention que les preneurs en touchent le montant. Il n’a pas convenu avec le juge du procès que « certains preneurs étaient connus du tireur à titre d’anciens employés à qui les paiements étaient destinés », car cette conclusion « ne peut être considérée que comme une conclusion tirée *post facto* d’un examen des chèques fait après la mise [au] jour des contrefaçons » (p. 481-482).

[39] Dans *Boma*, l’arrêt le plus récent sur l’application du par. 20(5), la Cour a clarifié son interprétation de l’adjectif « fictive » et de l’expression « qui n’existe pas », a circonscrit la raison d’être de la règle du preneur fictif et a précisé l’identité de la partie dont l’intention importe dans l’examen du moyen de défense conféré par le par. 20(5).

[40] Dans cette affaire, une aide-comptable, Donna Alm, signataire autorisée de deux sociétés liées, Boma Manufacturing Ltd. et Panabo Sales Ltd., avait fait émettre 155 chèques frauduleux. Elle en avait signé 146 et fait signer 9 par Boris Mange, dirigeant et administrateur des deux sociétés, étranger à la fraude. Un certain nombre des chèques étaient payables à Boris Mange et à son épouse, prénommée Ursula, ou à des employés des sociétés. La quasi-totalité des 114 autres chèques avaient été établis à l’ordre de « J. Lam » ou « J. R. Lam », ce qui s’apparentait au nom d’un sous-traitant, Van Sang Lam. M^{me} Alm avait déposé les 155 chèques totalisant 91 289,54 \$ dans un de ses comptes à la Banque Canadienne Impériale de Commerce. La CIBC avait accepté pour dépôt de nombreux chèques sans endorsement et d’autres sur endorsement falsifié du preneur.

[41] The two companies sought to recover the \$91,289.54 from CIBC. The bank argued that the payees were fictitious or non-existing pursuant to s. 20(5). This Court found that they were neither. Consequently, the defence did not apply.

[42] Iacobucci J., writing for the majority, cited the four Falconbridge propositions as defining. He noted that the policy rationale underlying s. 20(5) was 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” (para. 46).

[43] The question was whose intention was relevant for the purposes of applying the rule: Alm, the dishonest bookkeeper, or Boris Mange, the guiding mind of the drawer companies who knew nothing of the fraudulent scheme?

[44] The Court found that it was the intention of Boris Mange, as drawer, which was significant for the purpose of s. 20(5), not that of the bookkeeper. As Iacobucci J. observed:

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.

. . .

. . . 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

[41] Les deux sociétés avaient réclamé la somme de 91 289,54 \$ à la CIBC, laquelle avait rétorqué que les preneurs étaient des personnes fictives ou qui n'existaient pas au sens du par. 20(5). Selon la Cour, ils n'étaient ni l'un ni l'autre, de sorte que le moyen de défense tombait.

[42] Au nom des juges majoritaires, le juge Iacobucci s'en est remis aux quatre propositions de Falconbridge, qu'il a tenu pour déterminantes. Il a signalé que la politique générale sous-jacente au par. 20(5) était la suivante : « . . . 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 » (par. 46).

[43] La question était de savoir quelle était la personne dont l'intention importait pour l'application de la règle : celle de l'aide-comptable malhonnête, M^{me} Alm, ou celle de l'âme dirigeante des sociétés qui avait tiré les chèques mais qui ignorait tout du stratagème frauduleux, Boris Mange.

[44] La Cour a statué que c'était l'intention de Boris Mange, en tant que tireur, qui importait pour l'application du par. 20(5), non celle de l'aide-comptable. Le juge Iacobucci s'est exprimé comme suit :

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.

. . .

. . . 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.

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. [paras. 55 and 58]

[45] In the absence of a challenge to the validity of the cheques, it must be *presumed* that the drawer intended the payees to receive the proceeds of the cheques:

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. [para. 57]

The intention, in other words, is attributed. Again, it is the bank, not the drawer, who bears the burden of proving the drawer's participation in the fraud under the fictitious payee inquiry.

[46] With respect to the cheques written to Boris or Ursula Mange, or to employees of the corporations, that is, to real persons known to the companies (i.e. existing payees), the Court relied on the fourth Falconbridge proposition applied by the Court in *Concrete Column*, and also held that the cheques were not payable to fictitious persons. It could not be demonstrated that the drawer had placed the names there by way of pretence. As the payees were neither fictitious nor non-existing, the cheques were therefore payable to order and the bank was liable in conversion.

[47] With respect to the cheques written to "J. Lam" and "J. R. Lam", individuals who were unknown to the drawer, Iacobucci J. accepted — pursuant to Falconbridge's first proposition — that these payees were technically non-existing, and that the cheques would, as a result, normally be considered payable to bearer.

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. [par. 55 et 58]

[45] Lorsque la validité des chèques n'est pas contestée, il faut *présumer* que le tireur a voulu que les preneurs touchent le montant des chèques :

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. [par. 57]

En d'autres mots, l'intention est attribuée. Encore une fois, il incombe à la banque, non au tireur, de prouver la participation du tireur à la fraude, suivant l'analyse relative au preneur fictif.

[46] En ce qui a trait aux chèques faits à l'ordre de Boris ou d'Ursula Mange, ou d'employés des sociétés, c'est-à-dire des personnes réelles connues de celles-ci (soit des preneurs qui sont des personnes qui existent), la Cour s'en est remise à la quatrième proposition de Falconbridge appliquée dans *Concrete Column* et elle a par ailleurs statué que les chèques n'étaient pas payables à des personnes fictives. Il ne pouvait être démontré que l'inscription des noms par le tireur n'était qu'un simulacre. Comme les preneurs n'étaient ni des personnes fictives ni des personnes qui n'existent pas, les chèques étaient donc payables à ordre, si bien que la banque était coupable de détournement.

[47] Quant aux chèques faits à l'ordre de « J. Lam » et de « J. R. Lam », des personnes inconnues du tireur, le juge Iacobucci s'est appuyé sur la première proposition de Falconbridge pour reconnaître que ces preneurs étaient des personnes qui n'existent pas à strictement parler, de sorte que les chèques devaient normalement être considérés comme payables au porteur.

[48] But Iacobucci J. concluded that when the name of a payee can reasonably be mistaken for the name of a real person known to the drawer, the payee can be considered under the fourth Falconbridge proposition:

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 . . . 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.

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. [paras. 60-61]

[49] The Court conducted an objective analysis. Although Mr. Mange only reviewed and signed 6 of the 114 cheques payable to J. Lam or J. R. Lam, since “J. Lam” and “J. R. Lam” closely resembled the name of a subcontractor known to and used by the companies, the Court concluded that an intention to pay should be attributed to all 114 cheques. This led to the conclusion that the payees were neither non-existing nor fictitious. Notably, Mr. Mange’s partial review of the cheques was not material to the legal outcome. Rather, the proximity between the payee’s name (“J. Lam” and “J. R. Lam”) and the name of a true payee (“V. S. Lam”) was dispositive.

[48] Or, le juge Iacobucci a conclu que lorsque le nom du preneur peut raisonnablement être confondu avec celui d’une personne réelle connue du tireur, le preneur peut tomber sous le coup de la quatrième proposition de Falconbridge :

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 [. . .], 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.

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 endorsements valides et non falsifiés étaient requis. [par. 60-61]

[49] La Cour s’est livrée à une analyse objective. M. Mange n’avait examiné et signé que 6 des 114 chèques payables à J. Lam ou J. R. Lam, mais puisque ces noms s’apparentaient beaucoup à celui d’un sous-traitant connu des sociétés et dont elles retenaient les services, la Cour a conclu que l’intention de payer devait être attribuée pour les 114 chèques, de sorte que les preneurs n’étaient ni des personnes qui n’existent pas ni des personnes fictives. Aussi, l’examen partiel des chèques par M. Mange n’était pas déterminant pour l’issue juridique. C’est plutôt la ressemblance entre le nom du preneur (« J. Lam » et « J. R. Lam ») et celui d’un véritable preneur (« V. S. Lam ») qui l’était.

[50] Iacobucci J. also emphatically rejected the bank's argument that the drawer's negligence should be taken into consideration when apportioning liability:

. . . the notion of strict liability involved in an action for conversion is *prima facie* antithetical to the concept of contributory negligence. [para. 32]

In his view, “[i]f the contributory negligence approach is to be introduced into this area of the law, I would leave that innovation to Parliament” (para. 35).

[51] The state of the law as can be seen from this history has treated “fictitious” and “non-existing” as two distinct notions. A payee is fictitious when the drawer does not intend to pay the payee, meaning that the payee's name is inserted by way of pretence only. The underlying rationale behind the fictitious payee rule is that if the drawer did not intend that the payee receive payment, such as in cases of fraud, the drawer should not be able to recover from the bank:

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.

(*Boma*, at para. 46; see also *Fok Cheong*.)

[52] As a result, if the drawer does not intend to pay the payee, the payee will be fictitious, the cheque will be payable to bearer, and the banks will be able to rely on the defence in s. 20(5) (*Fok Cheong*). In this sense, the fictitious payee analysis is subjective. But a specific intention to pay the payee need not be given by the drawer for any cheque (*Concrete Column, Boma*). Intent to pay is presumed or attributed.

[53] This approach is sensitive to commercial realities. Attributing an intention to pay recognizes that, particularly in a large corporation, a specific intention by the guiding mind(s) of the corporation is not directed to each individual cheque. To require such

[50] Le juge Iacobucci a aussi catégoriquement rejeté la prétention de la banque selon laquelle le tribunal devrait tenir compte de la négligence du tireur lorsqu'il répartit la responsabilité :

. . . la notion de responsabilité stricte dont il est question dans une action pour détournement est, à première vue, contraire au concept de négligence contributive. [par. 32]

Il a ajouté : « 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 » (par. 35).

[51] Comme en fait foi l'historique qui précède, les notions de personne « fictive » et de personne « qui n'existe pas » sont tenues pour distinctes en droit. Le preneur est une personne fictive lorsque le tireur n'a pas l'intention de le payer, c'est-à-dire que l'inscription de son nom n'est qu'un simulacre. La raison d'être de cette règle est que si le tireur n'a pas voulu que le preneur touche le paiement (p. ex. dans un dessein frauduleux), il ne devrait pas pouvoir recouvrer la somme auprès de la banque :

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.

(*Boma*, par. 46; voir aussi *Fok Cheong*.)

[52] Par conséquent, lorsque le tireur n'entend pas le payer, le preneur est une personne fictive, le chèque est payable au porteur et les banques peuvent invoquer le moyen de défense prévu au par. 20(5) (*Fok Cheong*). L'analyse est alors subjective. Il n'est cependant pas nécessaire que le tireur ait eu l'intention précise de payer le preneur pour tous les chèques (*Concrete Column, Boma*). L'intention de payer est présumée ou attribuée.

[53] Il s'agit d'une approche adaptée aux réalités commerciales. L'attribution de l'intention de payer reconnaît, particulièrement dans le cas d'une grande entreprise, qu'une intention précise de la ou des âmes dirigeantes de la société ne vise pas chacun

an intention would ignore the realities of the cheque-issuing process in many organizations. As Pigeon J. noted in *Concrete Column*:

Counsel for the appellant maintained that in the case at bar, where the person authorized to sign the cheques did mechanically place his signature on a large quantity of cheques without knowing any of the payees personally, it is not possible to apply the same rule as when a cheque is signed relying on an explicit false declaration, as it was in most of the cases which gave rise to the above-mentioned decisions. I cannot see any valid reason for making such a distinction. On the contrary, in an age when cheques are processed by computer, it is even more necessary to avoid facilitating fraudulent operations. [p. 484]

[54] As for non-existing payees, the jurisprudence traditionally determined whether a payee was non-existing from a factual perspective, regardless of an intent to pay. Falconbridge wrote that “[w]hether a named payee is non-existing is a simple question of fact, not depending on anyone’s intention.” In *Fix Fast Ltd. v. Royal Bank of Canada*, Que. Sup. Ct., No. 681,011, May 21, 1970, for example, the trial judgment which was appealed ultimately to this Court in *Concrete Column*, the Superior Court found that payees who lacked an established relationship with the drawer were non-existing. These included payees whose names may have existed only in the imagination of the fraudulent employee, were taken from a phone directory, or were the names of persons the fraudulent employee might have known some way. The Superior Court assessed the notion of non-existing payee based on whether there was a relationship between the payee and the drawer that could possibly give rise to a debt owed to the payee. The Superior Court’s finding with respect to non-existing payees was not under appeal in this Court.

[55] In *Boma*, this Court modified the approach to non-existing payees slightly by finding that the payee was not non-existing in cases where the drawer could reasonably have mistaken the payee

des chèques individuels. Exiger une telle intention ferait fi des réalités du processus d’émission de chèques dans de nombreuses organisations. Comme l’a signalé le juge Pigeon dans *Concrete Column* :

L’avocat de l’appelante a soutenu que dans une situation comme celle-ci, où la personne autorisée à signer les chèques apposait sa signature mécaniquement à une quantité de chèques sans connaître personnellement aucun des preneurs, il n’y avait pas lieu d’appliquer la même règle que lorsqu’il s’agissait d’un particulier auquel on faisait signer un chèque par une fausse déclaration explicite, comme c’était le cas dans la plupart des affaires qui ont donné naissance à la jurisprudence ci-dessus mentionnée. Je ne puis apercevoir aucun motif valable d’établir une telle distinction. Au contraire, à l’ère des chèques faits par ordinateur, il me semble encore plus désirable de ne pas faciliter l’entreprise des fraudeurs. [p. 484]

[54] Quant au preneur inexistant, les tribunaux ont traditionnellement décidé si le preneur existait ou non au regard des faits dont ils étaient saisis, sans se soucier de l’intention du tireur. Falconbridge écrivait que « [l]a 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 ». Par exemple, dans *Fix Fast Ltd. c. Royal Bank of Canada*, C.S. Qc, n° 681,011, 21 mai 1970, le jugement de première instance ensuite porté en appel devant la Cour dans *Concrete Column*, la Cour supérieure a conclu que le preneur qui n’a pas de relation établie avec le tireur est une personne qui n’existe pas. Cela englobait le preneur dont le nom était seulement le fruit de l’imagination de l’employé malhonnête, provenait d’un annuaire téléphonique ou correspondait à celui d’une personne dont l’employé malhonnête avait pu faire connaissance. La Cour supérieure s’est penchée sur la notion de personne qui n’existe pas en se demandant si une relation entre le preneur et le tireur aurait pu faire en sorte qu’une somme soit due au preneur. Sa conclusion sur ce point n’a pas été portée en appel devant la Cour.

[55] Dans *Boma*, la Cour a légèrement modifié l’approche en la matière en concluant que le preneur n’est pas une personne qui n’existe pas lorsque le tireur aurait pu raisonnablement avoir confondu le

for a payee with an established relationship with the drawer. This was an objective assessment.

[56] As a result, according to *Boma*, a payee will be non-existing when the payee lacks an established relationship with the drawer, *unless* the drawer could reasonably have mistaken the payee to be one with such a relationship (*Boma*, at para. 60; *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212 (Ont. S.C.J.)).

[57] Therefore, under the non-existing payee rule a cheque payable, for example, to “Snow White”, a payee the drawer could not reasonably have mistaken for a plausible payee, will be considered payable to bearer. A payee may therefore be non-existing without necessarily being fictitious.

[58] That is the current state of the law. Unlike my colleagues, I see no reason to create a new version of the false payee defence whereby a payee would be “fictitious” when there is no real underlying transaction or debt. This overrules this Court’s decision in *Concrete Column*, and its confirmation in *Boma*. It also nullifies Iacobucci J.’s approach to “non-existent” payees in *Boma* and replaces it with an approach whereby a payee reasonably mistaken by the drawer for a payee with an established relationship would be considered fictitious on the basis that any payee who is not factually real cannot have an underlying transaction with the drawer. A payee would therefore only be deemed “non-existent” when the payee does not in fact exist at the time the cheque is drawn. This means that only in rare cases would there be liability for the banks, namely where the converted cheque is drawn to the order of a real person entitled to the proceeds.

[59] This Court’s interpretation of “fictitious” payees as incorporating a subjective standard is deeply rooted in the common law, which s. 20(5) of the *Act* was intended to codify. When enacted in 1882,

preneur avec une personne avec laquelle il avait une relation établie. L’évaluation se veut alors objective.

[56] Suivant le même arrêt, un preneur est donc une personne qui n’existe pas lorsqu’il n’a pas de relation établie avec le tireur, *sauf si* ce dernier pouvait raisonnablement confondre le preneur avec une personne qui avait une telle relation avec lui (*Boma*, par. 60; *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212 (C.S.J. Ont.)).

[57] Ainsi, selon la règle du preneur inexistant, le chèque payable par exemple à « Blanche-Neige », un preneur que le tireur ne pouvait raisonnablement confondre avec un preneur vraisemblable, sera considéré comme payable au porteur. Un preneur peut donc être une personne qui n’existe pas sans pour autant être une personne fictive.

[58] Voilà quel est l’état actuel du droit. Contrairement à mes collègues, je ne vois pas de raison de créer une nouvelle version de la défense du faux preneur. Selon leur thèse, le preneur serait une « personne fictive » lorsqu’il n’existe aucune véritable opération ou somme due sous-jacente, ce qui infirmerait la décision de la Cour dans *Concrete Column* et sa confirmation dans *Boma*. Serait aussi écartée l’interprétation de l’expression « [personne] qui n’existe pas » par le juge Iacobucci dans *Boma* au bénéfice d’une approche selon laquelle le preneur que le tireur aurait raisonnablement confondu avec un preneur ayant avec lui une relation établie serait considéré comme une personne fictive pour le motif qu’un preneur qui n’a aucune réalité dans les faits ne pourrait avoir effectué d’opération sous-jacente avec le tireur. Le preneur ne serait donc réputé être une personne « qui n’existe pas » que lorsqu’il n’existe pas dans les faits au moment où le chèque est tiré. Les banques se verraient tenues de supporter la perte que dans les rares cas où le chèque converti en espèces aurait été tiré à l’ordre d’une personne réelle ayant droit à la somme.

[59] L’opinion de la Cour selon laquelle l’interprétation de l’adjectif « fictive » appelle l’application d’une norme subjective est profondément ancrée dans la common law, le par. 20(5) de la *Loi*

the U.K. *Bills of Exchange Act* bore the title “*An Act to codify the law relating to Bills of Exchange, Cheques, and Promissory Notes*” and its drafter reported that his aim in drafting the language of s. 7(3) “was to reproduce as exactly as possible the existing law, whether it seemed good, bad, or indifferent in its effects” (B. Crawford, Q.C., *The Law of Banking and Payment in Canada* (loose-leaf), vol. 3, at p. 21-30.3, citing M. D. Chalmers, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes & Cheques* (3rd ed. 1887), at p. xxxvi). In fact, an earlier draft of the legislation expressly required the drawer’s knowledge of the fraud:

When the payee is a fictitious or non-existing person, no person shall be capable of making title to, or enforcing payment of the instrument, provided that, when a *bill has knowingly been drawn payable to a fictitious or non-existing person* and purports to bear his endorsement, it shall be valid for all purposes in the hands of a holder in due course, and a holder with notice may enforce it against the drawer or any endorser thereof, or against the acceptor if, when he accepted, he was aware of the facts. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(Crawford, at p. 22-35, quoting M. D. Chalmers, “*Vagliano’s Case*” (1891), 7 *L.Q.R.* 216, at p. 220.)

[60] A broadly worded provision was ultimately preferred in committee to ensure that s. 7(3), as enacted, would reflect the state of the common law (J. D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (6th ed. 1956), at pp. 462-63; Chalmers (1891), at pp. 220-21). To guarantee the continuity of the common law, s. 97(2) of the U.K. *Bills of Exchanges Act* provided that “[t]he rules of common law including the law merchant, save in so far as they are inconsistent with the express provisions of this Act, shall continue to apply to bills of exchange, promissory notes, and cheques.”

[61] By including s. 9 of the *Act*, which reproduced the exact wording of s. 97(2), Parliament ensured that the rules of common law were also maintained

étant censé avoir codifié cette dernière. Lors de son adoption au Royaume-Uni en 1882, la *Bills of Exchange Act* avait pour intitulé « *An Act to codify the law relating to Bills of Exchange, Cheques, and Promissory Notes* ». Selon le rédacteur du texte législatif, le par. 7(3) [TRADUCTION] « visait à reproduire le plus exactement possible le droit existant, que l’application de celui-ci soit jugée bonne ou mauvaise ou qu’elle laisse indifférent » (B. Crawford, c.r., *The Law of Banking and Payment in Canada* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 21-30.3, citant M. D. Chalmers, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes & Cheques* (3^e éd. 1887), p. xxxvi). En fait, une ébauche préalable de la loi exigeait expressément que le tireur ait eu connaissance de la fraude :

[TRADUCTION] Lorsque le preneur est une personne fictive ou qui n’existe pas, nul ne peut revendiquer la propriété de l’effet ou en obtenir le paiement. Toutefois, lorsqu’une *lettre de change a été sciemment faite payable à une personne fictive ou qui n’existe pas* et qu’elle est censée porter l’endossement d’une telle personne, elle sera valide à tous égards entre les mains d’un détenteur régulier, et un détenteur informé peut en obtenir le paiement auprès du tireur ou de tout endosseur, ou de l’accepteur si, au moment où il l’a acceptée, il connaissait les faits. [Je souligne; italique dans l’original omis.]

(Crawford, p. 22-35, citant M. D. Chalmers, « *Vagliano’s Case* » (1891), 7 *L.Q.R.* 216, p. 220.)

[60] L’adoption d’une disposition de portée générale a finalement été privilégiée en comité de façon que, dans sa version promulguée, le par. 7(3) correspond à l’état de la common law (J. D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (6^e éd. 1956), p. 462-463; Chalmers (1891), p. 220-221). Pour assurer la continuité de la common law, le par. 97(2) de la *Bills of Exchanges Act* (R.-U.) prévoyait que [TRADUCTION] « [l]es règles de common law, y compris celles du droit commercial, demeurent applicables aux lettres de change, aux billets à ordre et aux chèques, sauf incompatibilité avec les dispositions expresses de la présente loi. »

[61] Grâce à l’art. 9 de la *Loi*, qui reproduisait en tous points le libellé du par. 97(2), le législateur a également assuré, « [sauf in]compatibilité avec les

in Canada “save in so far as they are inconsistent with the express provisions of this Act”. It follows that in enacting s. 20(5), Parliament intended to codify the common law false payee defence, including subjective considerations. It equally follows that my colleagues’ purely objective inquiry can only be justified if the *express* language in s. 20(5) ousted those subjective considerations. No such ousting language exists, nor do my colleagues offer an interpretive analysis based on the language of the provision (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at pp. 537-41 and 543-44).

[62] The concerns behind the enactment of s. 20(5) of the *Act*, and s. 7(3) in the United Kingdom, arose in the context of estoppel, of which knowledge is an essential component. A drawer who knowingly drew a cheque to a fictitious or non-existent payee was estopped from denying that the cheque was payable to its bearer. The same result is reached in conversion today: where a drawer does not intend that a cheque carry commercial validity, the bank does not act without the drawer’s authority where it pays the cheque to bearer rather than to order. In either case, it was never the drawer’s intention for the named payee to receive the proceeds of the cheque in the first place. Paying proceeds to bearer cannot, therefore, be inconsistent with the authority given to the bank.

[63] The case of *Vagliano*, on which my colleagues rely so heavily, offers no basis for concluding that the common law was changed by s. 20(5). It bears repeating that *Vagliano* survived for less than 20 years before it was categorically rejected by the House of Lords in 1908. It is difficult to see any basis for resuscitating it now.

[64] Moreover, and contrary to my colleagues’ assertion, Dean Falconbridge’s fourth proposition was not intended to accord with the facts and outcome in *Vagliano*. His original articulation of the four propositions came in the wake of the House of Lords’ decision in *Macbeth*, which reintroduced the requirement of knowledge in s. 7(3). As previously noted, the fourth proposition addresses the situation

dispositions expresses de la présente loi », la pérennité des règles de common law au Canada. Ainsi, par l’adoption du par. 20(5), le législateur a voulu codifier la défense du faux preneur de la common law, y compris l’analyse subjective qu’elle commandait en partie. Il s’ensuit en outre que l’analyse purement objective de mes collègues ne peut être justifiée que si le libellé *exprès* du par. 20(5) exclut toute approche subjective. Pareil libellé n’existe pas, et mes collègues n’offrent pas d’analyse interprétative fondée sur le libellé de la disposition (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 537-541 et 543-544).

[62] La préclusion, pour laquelle la connaissance constitue un élément essentiel, est à l’origine de l’adoption du par. 20(5) de la *Loi*, ainsi que du par. 7(3) de la loi du Royaume-Uni. Le tireur qui fait sciemment un chèque à un preneur fictif ou inexistant est préclus de nier que le chèque est payable à son porteur. On arrive aujourd’hui au même résultat en appliquant les principes du détournement : lorsqu’un tireur n’a pas voulu que le chèque soit valide sur le plan commercial, la banque n’agit pas contrairement à l’ordre du tireur lorsqu’elle paie le montant au porteur plutôt qu’à ordre. Dans les deux cas, le tireur n’a jamais voulu au départ que le preneur nommé touche le montant du chèque. En conséquence, le paiement de la somme au preneur ne saurait aller à l’encontre de l’ordre donné à la banque.

[63] L’arrêt *Vagliano* auquel s’en remettent si volontiers mes collègues pour étayer leur thèse ne permet pas de conclure que le par. 20(5) a modifié la common law. Il convient de rappeler que moins de 20 ans se sont écoulés avant que l’arrêt ne soit écarté catégoriquement par la Chambre des lords en 1908. Je ne vois aucune raison de le ressusciter aujourd’hui.

[64] De plus, et contrairement aux affirmations de mes collègues, la quatrième proposition du doyen Falconbridge ne se voulait pas en accord avec les faits et l’issue dans *Vagliano*. Les quatre propositions ont initialement été formulées dans la foulée de l’arrêt *Macbeth* de la Chambre des lords, qui ramenait l’exigence de connaissance pour l’application du par. 7(3). Rappelons que la quatrième

whereby if the payee is a real person intended by the drawer to receive payment, the payee is neither fictitious nor non-existing, regardless of whether the drawer was induced by fraud to draw the cheque. These were the circumstances in *Macbeth* where the plaintiff was induced by the fraud of Mr. White to draw a cheque in favour of one T. A. Kerr, an existing person, whom the plaintiff had intended would receive the proceeds.

[65] Given this history, and before this Court jettisons a whole line of jurisprudence only to return to an older jurisprudence that has been consistently rejected since 1905, great care should be taken. This is not an argument for jurisprudential stagnation, but for a recognition that the public relies on our disciplined ability to respect precedent. There is no doubt that our jurisprudence on s. 20(5) has its critics. But as the Court noted in *Canada v. Craig*, [2012] 2 S.C.R. 489, to overrule its own decisions “the Court must be satisfied based on compelling reasons that the precedent was wrongly decided and should be overruled” (para. 25). All this to ensure certainty, consistency and institutional legitimacy (para. 27). I do not share the view that such “compelling reasons” exist in this case.

[66] Nor is the fact that there are dissenting opinions, on its own, a basis for overruling a precedent. Dissenting opinions are a useful way to see a different way of approaching the case, but they are the views that a majority rejected. Again, unless compelling reasons emerge to vitalize their validity and cogently demonstrate the wrongness of the majority’s view, that view continues to prevail.

[67] *Boma* and *Concrete Column* have together served the commercial world for 40 years without serious complaint from that world. There is no evidence that the jurisprudence on fictitious and non-existing payees reflects unsound public policy on the allocation of risk. Banks are well-situated to handle the losses arising from fraudulent cheques,

proposition vise le cas où le preneur n’est ni une personne fictive ni une personne qui n’existe pas parce qu’il s’agit d’une personne réelle à qui le tireur a voulu que la somme soit versée, peu importe que le tireur ait été amené frauduleusement à tirer le chèque. Telle était la situation dans *Macbeth*, où le demandeur avait été amené frauduleusement par M. White à tirer un chèque payable à T. A. Kerr, une personne qui existait, à qui il avait voulu que le montant du chèque soit versé.

[65] Au vu de cette évolution, une grande prudence s’impose avant de rompre avec un pan entier de la jurisprudence à seule fin de revenir à une décision encore plus ancienne qui a été invariablement rejetée depuis 1905. Les présents motifs ne prônent pas l’immobilisme jurisprudentiel, mais reconnaissent plutôt que le public s’attend à ce que nous respections scrupuleusement nos précédents. Nos décisions relatives à l’application du par. 20(5) ont certes fait l’objet de critiques. Mais comme le relevait la Cour dans *Canada c. Craig*, [2012] 2 R.C.S. 489, pour qu’elle puisse écarter ses propres décisions, « [i]l lui faut [. . .] être convaincue, pour des raisons impérieuses, que la décision est erronée et qu’elle devrait être écartée » (par. 25), et ce, afin d’assurer la certitude, la cohérence et la légitimité institutionnelle (par. 27). Je ne crois pas qu’il y ait de telles « raisons impérieuses » en l’espèce.

[66] L’existence d’opinions dissidentes ne saurait non plus justifier à elle seule la mise à l’écart d’un précédent. Une opinion dissidente offre un point de vue différent dans une affaire, mais il s’agit d’un point de vue rejeté par les juges majoritaires. Encore une fois, à moins que des raisons impérieuses ne militent en faveur de l’opinion dissidente et ne démontrent de façon convaincante que l’opinion majoritaire est erronée, cette dernière continue de prévaloir.

[67] *Boma* et *Concrete Column* ont tous deux servi le milieu des affaires pendant 40 ans sans susciter de doléances majeures. Rien ne prouve que la jurisprudence relative au caractère fictif ou inexistant du preneur reflète une politique publique malavisée sur l’imputation du risque. Les banques sont bien placées pour gérer les pertes infligées par un chèque

allowing those losses to be distributed among users, rather than by potentially bankrupting individuals or small businesses which are the victims of fraud. As Bray J. observed in the early case of *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India, Ltd.*, [1909] 2 K.B. 1010, at p. 1026, “[t]o the individual customer the loss would often be very serious; to the banker it is negligible.”

[68] The Court in *Boma* weighed these policies and concluded, as did the Court in *Concrete Column*, that the *Act* should be interpreted in such a way that drawers and banks are exposed to the risks created by the fraudulent use of the system, but as noted by Iacobucci J., the banks are the more significant beneficiaries of the bills of exchange system. It is therefore appropriate, in certain circumstances, for them to bear risks and losses associated with that system:

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 . . . to exempt any party, including collecting banks, from all exposure to the risk and consequence of fraud. [para. 80]

[69] Moreover, and significantly, to allocate losses to the drawer for having failed to identify and detect the fraud is inconsistent with strict liability. Conversion is a strict liability tort. This makes any negligence on the part of the drawer or the banks in preventing the fraud irrelevant. The question therefore is which of two innocent parties should bear the loss occasioned by fraud and not, as my colleagues suggest, who is more at fault?

frauduleux, car elles peuvent les répartir entre les utilisateurs au lieu d’exposer à la faillite les particuliers ou les petites entreprises victimes de la fraude. Comme l’a observé le juge Bray dans *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. c. National Bank of India, Ltd.*, [1909] 2 K.B. 1010, p. 1026, [TRADUCTION] « [p]our le client individuel, la perte serait souvent considérable; pour le banquier, elle est négligeable. »

[68] Dans *Boma*, la Cour a soupesé ces considérations de principe et a conclu, comme dans *Concrete Column*, que la *Loi* doit être interprétée de sorte que les tireurs et les banques soient exposés aux risques de l’utilisation frauduleuse du système. Or, le juge Iacobucci a signalé que les banques sont celles qui bénéficient le plus du régime des lettres de change, de sorte qu’il convient, dans certains cas, qu’elles prennent à leur charge les risques et les pertes qui s’y rattachent :

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. [par. 80]

[69] De plus, attribuer la perte au tireur parce qu’il a omis de déceler la fraude est surtout inconciliable avec la responsabilité stricte. Le détournement est un délit de responsabilité stricte, si bien que toute négligence du tireur ou des banques dans la prévention de la fraude est sans importance. La question est dès lors de savoir laquelle des deux parties innocentes devrait supporter la perte découlant de la fraude et non, comme le laissent entendre mes collègues, laquelle est la plus fautive.

[70] It is true that the dissent in *Boma* preferred a different approach, one that warned that “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” (para. 97). From this, and without any evidentiary support, my colleagues conclude that the current system is too burdensome on the banks and assert that, as a result, losses resulting from fraud ought to be reallocated to the drawer exclusively. Revisiting the same policy arguments advanced, weighed and ultimately rejected by the Court in prior cases does not, by itself, warrant judicial reconsideration of this Court’s decisions (see e.g. *Boma* majority, at para. 80; *Boma* dissent, at paras. 95-97).

[71] Negotiability is only one factor animating our bills of exchange system. The assertion that cheques would be rendered less easily negotiable because of this Court’s interpretation of s. 20(5) is theoretical. Subjective factors have now been part of the law for decades in Canada and there is no suggestion that banks have not processed, or have had difficulty processing, cheques throughout that period. If Parliament has concerns about the way this Court has balanced these complex policies, it is of course open to it to change the *Act*.

Application

[72] Since McConachie was not lawfully entitled to the cheques, the banks are *prima facie* liable for conversion, as the Court of Appeal observed. This is because they dealt with the cheques “under the direction of one not authorized”, and then made “the proceeds available to someone other than the person rightfully entitled to possession” (*Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), by B. Crawford, vol. 2, at p. 1386).

[73] The issue then is whether the banks can rely on s. 20(5). This, in turn, depends on whether the

[70] Certes, dans *Boma*, les juges dissidents ont privilégié une approche différente et ont prévenu que « 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 » (par. 97). À partir de cet élément, et sans aucune preuve à l’appui, mes collègues concluent que le régime actuel est trop lourd pour les banques et soutiennent que la perte infligée par la fraude ne devrait donc désormais être imputée qu’au tireur. Réinterpréter les arguments de principe soulevés, soupesés puis finalement rejetés par la Cour dans le passé ne saurait justifier en soi le réexamen judiciaire des décisions de la Cour (voir p. ex. *Boma*, motifs des juges majoritaires, par. 80; motifs des juges dissidents, par. 95-97).

[71] La négociabilité n’est qu’un des principes qui sous-tendent le régime des lettres de change. Affirmer que l’interprétation actuelle du par. 20(5) par la Cour rend les chèques moins facilement négociables relève de l’abstraction. Les considérations subjectives font partie du droit canadien depuis des décennies et rien n’indique que les banques n’ont pas traité de chèques au cours de cette période ou qu’elles ont éprouvé des difficultés à le faire. Il est évidemment loisible au législateur de modifier la *Loi* s’il est en désaccord avec la manière dont la Cour a mis en balance les différentes considérations de principe en jeu.

Application

[72] Comme le fait observer la Cour d’appel, puisque M. McConachie n’avait pas légalement droit aux chèques, les banques sont à première vue coupables de détournement. Il en est ainsi parce qu’elles ont traité les chèques [TRADUCTION] « sur l’ordre d’une personne non autorisée », puis en ont remis « le montant à une personne autre que celle qui y a[vait] légitimement droit » (*Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange* (8^e éd. 1986), par B. Crawford, vol. 2, p. 1386).

[73] La question se pose alors de savoir si les banques peuvent invoquer le par. 20(5), et la réponse

six payees named on the cheques are fictitious or non-existing.

[74] In this case, Teva was not complicit in the fraud. Though only four of the names used were those of existing customers, the other two names used were very similar to names of Teva's real customers. The motions judge found that there was "a rational basis for concluding that cheques were apparently made payable to existing clients", and that "the payees could plausibly be understood to be real entities and customers of the plaintiff".

[75] As a result, the payees were not fictitious or non-existing.

[76] I would therefore allow the appeal with costs and restore the decision of Whitaker J.

The reasons of McLachlin C.J. and Wagner, Côté and Rowe JJ. were delivered by

[77] CÔTÉ AND ROWE JJ. (dissenting) — Two innocent parties. Each asks that the other bear the loss occasioned by a fraudster. Resolution of this appeal requires us to interpret the statutory defence to the tort of conversion found in s. 20(5) of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1985, c. B-4 ("BEA"):

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

[78] A bank will be liable to an account holder in conversion if it deals with a cheque "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" (*Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727, at para. 83). This would be the case, for example, where a cheque is

dépend de ce que les six preneurs nommés sur les chèques sont ou non des personnes fictives ou qui n'existent pas.

[74] En l'espèce, Teva n'a pas été complice de la fraude. Même si seulement quatre des noms utilisés étaient ceux de clients existants, les deux autres s'apparentaient beaucoup aux noms de clients réels de Teva. Le juge des requêtes estime qu'[TRADUCTION] « un fondement rationnel [permettait de] conclure que les chèques étaient selon toute apparence payables à des clients existants », et qu'« il était vraisemblable que les preneurs soient des entités réelles et des clients véritables de la demanderesse ».

[75] Par conséquent, les preneurs ne sont donc ni des personnes fictives ni des personnes qui n'existent pas.

[76] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir la décision du juge Whitaker.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Wagner, Côté et Rowe rendus par

[77] LES JUGES CÔTÉ ET ROWE (dissidents)— Nous sommes en présence de deux parties innocentes. Chacune demande que l'autre assume la perte infligée par une fraude. La résolution du présent pourvoi exige que nous interprétions le moyen de défense opposable à une action pour détournement prévu au par. 20(5) de la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, c. B-4 (« LLC »), qui dispose :

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

[78] Une banque sera tenue responsable de détournement vis-à-vis d'un titulaire de compte si elle traite un chèque « sur l'ordre d'une personne non autorisée, en l'encaissant et en remettant le montant à une personne autre que celle qui y a légitimement droit » (*Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727, par. 83). Tel serait par exemple le cas

drawn to the order of a real person entitled to the proceeds and the bank makes those proceeds available to some other person. Conversely, a bank will not be liable in conversion if it pays out on a cheque payable to bearer. A cheque may be treated as such if the payee is fictitious or non-existing, pursuant to s. 20(5) of the *BEA*.

[79] This appeal turns on the meaning this Court gives to the terms “fictitious” and “non-existing”. Our colleague Justice Abella adopts a subjective approach to the interpretation of these two terms: a payee will be fictitious if the drawer did not *intend* to make the payment to the payee, and will be non-existing if the payee is neither a legitimate payee of the drawer, nor one that the drawer *reasonably but mistakenly believes* is a legitimate payee. In our view, the focus placed on subjective intentions and the existence of reasonable beliefs in the mind of the drawer brings uncertainty to Canada’s negotiable instruments and payment system.

[80] We therefore propose a simplified, objective approach to the interpretation of s. 20(5). Under our approach, a payee will be deemed “non-existing” where the payee does not in fact exist at the time the instrument is drawn. A payee will be “fictitious” where there is no real underlying transaction or debt — that is, where the payee is not entitled to the proceeds of the cheque.

[81] As we will explain, this objective approach has strong roots in the jurisprudence. An objective approach to “non-existing”, consistent with *Clutton v. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90 (H.L.), was taken consistently in Canada until *Boma*. An objective approach to “fictitious” is consistent with the principles that emerged from the House of Lords’ decision in *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107.

lorsqu’un chèque est tiré à l’ordre d’une personne réelle qui a légitimement droit à la somme indiquée, mais que la banque verse la somme à une autre personne. En revanche, la banque qui honore un chèque payable au porteur ne sera pas tenue responsable de détournement. Suivant le par. 20(5) de la *LLC*, un chèque peut être ainsi considéré lorsque le preneur est une personne fictive ou qui n’existe pas.

[79] L’issue du pourvoi repose sur le sens que la Cour attribue aux mots « fictive » et « qui n’existe pas ». Notre collègue la juge Abella adopte à cet égard une approche subjective. Selon elle, le preneur est une personne fictive lorsque le tireur n’a pas *voulu* lui faire un paiement; le preneur est une personne qui n’existe pas lorsqu’il n’est ni un preneur légitime vis-à-vis du tireur, ni une personne que ce dernier *croit raisonnablement mais à tort* être un preneur légitime. À notre avis, s’attacher à l’intention subjective et à l’existence d’une croyance raisonnable chez le tireur constitue une source d’incertitude pour les titres négociables et le système de paiements canadien.

[80] Nous préconisons donc une approche simplifiée et objective pour interpréter le par. 20(5). Suivant notre approche, le preneur sera réputé être une personne « qui n’existe pas » lorsqu’il n’existe pas dans les faits au moment où l’effet de commerce est tiré. Le preneur sera considéré comme une personne « fictive » lorsqu’il n’y a pas de véritable opération ou dette sous-jacente, c’est-à-dire lorsque le preneur n’a pas droit au montant du chèque.

[81] Comme nous l’expliquons plus loin, cette approche objective trouve indéniablement appui dans la jurisprudence. Jusqu’à l’arrêt *Boma*, les tribunaux canadiens adhéraient systématiquement à cette interprétation objective de l’expression « qui n’existe pas », dans la foulée de l’arrêt *Clutton c. Attenborough & Son*, [1897] A.C. 90 (H.L.). Une approche objective quant à l’interprétation du qualificatif « fictive » est conforme aux principes dégagés par la Chambre des lords dans l’arrêt *Bank of England c. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107.

[82] Adopting our objective approach aligns with the purpose of the bills of exchange system by supporting negotiability, certainty, and finality of payment. Policy considerations also buttress our approach since it fairly and effectively allocates risk and simplifies the s. 20(5) analysis.

[83] We recognize, however, that returning to an objective test for “non-existing” would require overturning this Court’s decision in *Boma*, and that returning to an objective test for “fictitious” would require overruling this Court’s decision in *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 456. Overturning precedent is not a step that this Court should undertake lightly (*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 24). Yet, as we will explain, we are of the view that such a step is warranted in the present case.

I. Facts

[84] We agree with our colleague’s exposition of the facts, set out at paras. 9-12 of her reasons. We add only the following. First, two of the payees named on the cheques requisitioned by McConachie, PCE Pharmacare and Pharma Team System, were entities that did not in fact exist. Second, the four other payees, Pharmachoice, London Drugs, Pharma Ed. Advantage Inc. and Medical Pharmacies Group, did in fact exist: they were or had been customers or providers of Teva. However, none of the cheques requisitioned by McConachie to the order of these payees was for a legitimate debt owed by Teva.

II. Analysis

A. *Proposed Approach to Section 20(5)*

[85] The first step in determining whether an instrument ought to be considered as payable to bearer under s. 20(5) of the *BEA* involves determining whether the payee is a non-existing person. Under our objective approach, a payee will be non-existing

[82] Notre approche objective est en adéquation avec la raison d’être du régime des lettres de change en ce qu’elle promet la négociabilité, la certitude et l’irrévocabilité des paiements. Des considérations de principe l’étayent également, car cette approche répartit le risque de manière juste et efficace et simplifie l’analyse que commande le par. 20(5).

[83] Nous reconnaissons toutefois que le retour à un test objectif pour interpréter l’expression « qui n’existe pas » et le qualificatif « fictive » requiert forcément d’infirmier, dans le premier cas, l’arrêt *Boma* et, dans le second, l’arrêt *Banque Royale du Canada c. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 456. Infirmer un précédent n’est pas une mesure que notre Cour devrait prendre à la légère (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 24). Néanmoins, comme nous l’expliquons plus loin, nous sommes d’avis qu’elle est justifiée en l’espèce.

I. Les faits

[84] Nous souscrivons à l’exposé des faits de notre collègue aux par. 9-12 de ses motifs. Nous n’ajoutons que ce qui suit. En premier lieu, deux des preneurs des chèques demandés par M. McConachie, à savoir PCE Pharmacare et Pharma Team System, étaient des entités qui n’existaient pas dans les faits. En second lieu, les quatre autres preneurs — Pharmachoice, London Drugs, Pharma Ed. Advantage Inc. et Medical Pharmacies Group — existaient bel et bien : ils étaient ou avaient été clients ou fournisseurs de Teva. Toutefois, aucun des chèques faits payables à ces preneurs à la demande de M. McConachie ne correspondait véritablement à une somme due par Teva.

II. Analyse

A. *Approche préconisée pour l’application du par. 20(5)*

[85] Pour décider si un effet de commerce doit être considéré comme payable au porteur au sens du par. 20(5) de la *LLC*, il faut d’abord se demander si le preneur est une personne qui n’existe pas. Suivant notre approche objective, le preneur est

where the payee does not in fact exist at the time the instrument is drawn (see B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada* (loose-leaf), vol. 3, at pp. 22-31 and 22-32). The non-existence of the payee obviously makes endorsement by this person impossible. Thus, such a cheque may be treated as payable to the bearer, providing the banks with a defence to the tort of conversion.

[86] If the payee is an existing person, then a second inquiry is required: Is the payee fictitious? As we will explain, this step has a troubled history in Canadian case law, but we are of the view that it can be rehabilitated as an appropriate allocator of risk and efficient arbiter of disputes. In our view, a payee will be fictitious where there is no real transaction between the drawer and the payee. By definition, or necessary implication, a payee who is non-existing is also fictitious (given that there can be no real transaction with a person that does not exist). But a payee who is a real person can nevertheless be fictitious. This is the case where the payee, despite being a real person, is not entitled to the proceeds of the cheque because there is no underlying transaction with the drawer.

[87] For some time, an objective test to non-existence was applied by Canadian courts, following *Clutton*. Dean Falconbridge similarly stated that non-existence was a “simple question of fact, not depending on anyone’s intention” (J. D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (6th ed. 1956), at pp. 468-69). However, the majority’s decision in *Boma* changed this. Under the modification introduced by Justice Iacobucci, if a payee is factually non-existent, but the drawer plausibly thought the payee was real, then the payee is not considered to be non-existent (*Boma*, at para. 60). This subjective approach, which imports considerations of the

une personne qui n’existe pas lorsqu’il n’existe pas dans les faits au moment où est tiré l’effet de commerce (voir B. Crawford, *The Law of Banking and Payment in Canada* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 22-31 et 22-32). L’inexistence du preneur rend de toute évidence impossible l’endossement de l’effet de commerce par cette personne. Le chèque peut donc être considéré comme payable au porteur, ce qui permet à la banque d’opposer un moyen de défense lorsqu’elle est poursuivie pour détournement.

[86] Lorsque le preneur est une personne qui existe, la seconde question à se poser est la suivante : le preneur est-il une personne fictive? Comme nous l’expliquons plus loin, l’évolution de la jurisprudence canadienne se révèle tumultueuse sur ce point, mais nous estimons que cette étape pourrait reprendre du service afin de permettre une bonne répartition du risque et le règlement efficace des litiges. À notre avis, le preneur est une personne fictive lorsqu’aucune opération véritable n’intervient entre le tireur et lui. Par définition, ou par implication nécessaire, un preneur qui est une personne qui n’existe pas est aussi nécessairement une personne fictive (puisque’il ne peut y avoir aucune opération véritable avec une personne qui n’existe pas). Par contre, le preneur qui est une personne qui existe peut néanmoins être une personne fictive. C’est le cas lorsque, même s’il est une personne qui existe, le preneur n’a pas droit au montant du chèque vu l’absence d’opération sous-jacente intervenue avec le tireur.

[87] Les tribunaux canadiens ont pendant un certain temps suivi l’arrêt *Clutton* et appliqué un test objectif pour décider de l’existence ou de l’inexistence d’un preneur. Dans le même sens, le doyen Falconbridge a indiqué qu’il s’agit d’[TRADUCTION] « une simple question de fait, qui ne tient à l’intention de personne » (J. D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (6^e éd. 1956), p. 468-469). Toutefois, dans l’arrêt *Boma*, les juges majoritaires de la Cour ont modifié l’état du droit. Suivant les modifications apportées par le juge Iacobucci, lorsque, dans les faits, le preneur n’existe pas, mais qu’il était plausible pour le tireur que le preneur

drawer's belief, is affirmed by our colleague in her reasons.

[88] The effect of our approach to “fictitiousness” is that the *Boma* subjective approach to “non-existing” will be moot. This is so because any payee who is not factually real, but was plausibly thought to be real by the drawer, could not in fact have had an underlying transaction with the drawer. Thus, the bank will have a s. 20(5) defence under our objective approach to “fictitious”.

[89] Our approach to “non-existent” and “fictitious” does away with all considerations of intent. Where a cheque is drawn to the order of a person who does not in fact exist, or to the order of a person who exists but who is not entitled to the proceeds of the cheque, s. 20(5) will apply, regardless of the intent of the parties involved in the creation of the cheque. It does not matter that such a situation is the result of a deliberate choice, of an innocent mistake by the drawer, or, as is the case here, of fraud committed on the drawer.

[90] Our approach to s. 20(5) is not novel. Rather, it returns Canadian jurisprudence to the principles underlying the earliest interpretation of s. 20(5). A careful examination of the case law reveals substantial support for our objective approach to both “non-existing” and “fictitious”, and brings to light the policy rationale for it. Starting with a review of the case law, we will show that the first *Bills of Exchange Act, 1882* (U.K.), 45 & 46 Vict., c. 61, was interpreted objectively by the House of Lords such that “fictitious” meant that there was no underlying transaction. Unfortunately, their interpretation was distorted and subsequently a subjective approach was — incorrectly, in our view — adopted by Canadian courts. The case law also shows that an objective approach to “non-existing” was taken until recently. As we will then reveal, there is significant jurisprudential, purposive, and policy support for our

soit une personne réelle, le preneur n'est alors pas considéré comme une personne qui n'existe pas (*Boma*, par. 60). Dans ses motifs, notre collègue adhère à cette approche subjective qui tient compte de la croyance du tireur.

[88] Notre interprétation objective du qualificatif « fictive » rend sans objet l'approche subjective issue de l'arrêt *Boma* quant à l'expression « qui n'existe pas ». En effet, lorsque le preneur n'est pas dans les faits une personne réelle, mais qu'il était plausible pour le tireur qu'il le soit, le preneur ne peut avoir effectué d'opération sous-jacente avec le tireur. Ainsi, suivant notre interprétation objective du qualificatif « fictive », la banque pourra invoquer le moyen de défense prévu au par. 20(5).

[89] Notre approche quant à l'interprétation du qualificatif « fictive » et de l'expression « qui n'existe pas » écarte tout examen de l'intention. Lorsqu'un chèque est fait payable à une personne qui n'existe pas dans les faits ou à une personne qui existe mais qui n'a pas droit au montant indiqué, le par. 20(5) s'applique indépendamment de l'intention des personnes qui ont participé à la création du chèque. Il n'importe pas que cette situation soit le fruit d'un choix délibéré, d'une erreur commise de bonne foi par le tireur ou, comme c'est le cas en l'espèce, d'une fraude à l'endroit du tireur.

[90] Notre approche quant au par. 20(5) n'est pas nouvelle. Elle équivaut plutôt à un retour aux principes qui ont présidé à la toute première interprétation de la disposition par les tribunaux canadiens. Un examen attentif de la jurisprudence révèle l'existence d'un appui important à notre approche objective tant à l'égard de la personne « fictive » que de celle « qui n'existe pas » et fait ressortir les considérations de principe qui militent en sa faveur. À partir de notre revue de la jurisprudence, nous démontrons que la première loi en la matière, la *Bills of Exchange Act, 1882* (R.-U.), 45 & 46 Vict., c. 61, a été interprétée de façon objective par la Chambre des lords, qui a estimé que le terme « *fictitious* » (fictive) supposait l'inexistence d'une opération sous-jacente. Malheureusement, cette interprétation a été déformée et, subséquemment, une approche subjective a été adoptée — à tort, selon

proposed homecoming. We will conclude by providing justification for overturning *Concrete Column* and *Boma*.

B. *Jurisprudential Support*

[91] Tracing the law from before the enactment of the first *Bills of Exchange Act*, through various interpretations of s. 20(5), reveals judicial precedent for an objective approach to determining non-existence and fictitiousness. Canadian jurisprudence has taken a different path by embracing a subjective approach which turns on the drawer's intention.

(1) English Common Law Prior to the *Bills of Exchange Act*

[92] Prior to legislative intervention, the common law in England treated as payable to bearer any bill made payable to obviously inanimate objects such as “cash”. For example, in *Grant v. Vaughan* (1764), 3 Burr. 1516, 97 E.R. 957, a bill worded “pay to ship ‘Fortune,’ or bearer” was found to be payable to the bearer, thus allowing an action for its payment: “If this bearer cannot bring an action upon it, no-body can: for as it is not made payable to any particular person by name, no action can be brought in the name of such particular person” (pp. 962-63).

[93] The common law also addressed bills drawn in favour of imaginary, but realistically named, payees. In a series of cases addressing such bills, courts held that the drawers and acceptors “who knew of the fictitious nature of the indorsement were estopped as against the plaintiff (a holder for value who had no notice of the circumstances)

nous — par les tribunaux canadiens. L'examen de la jurisprudence révèle aussi que, encore récemment, on recourait à une approche objective pour définir l'expression « qui n'existe pas ». Comme nous le démontrons ci-après, le retour aux sources que nous proposons jouit d'un appui jurisprudentiel, téléologique et de principe important. Nous concluons en justifiant pourquoi les arrêts *Concrete Column* et *Boma* doivent être infirmés.

B. *Appui jurisprudentiel*

[91] L'examen du droit applicable avant la première *Loi sur les lettres de change* jusqu'à ce jour, à travers les diverses interprétations du par. 20(5), révèle que les tribunaux ont penché en faveur d'une approche objective pour décider si un preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas. Les tribunaux canadiens ont emprunté une voie différente en privilégiant une approche subjective axée sur l'intention du tireur.

(1) La common law anglaise antérieure à la *Bills of Exchange Act*

[92] Avant l'intervention du législateur, la common law anglaise considérait comme payable au porteur tout effet de commerce fait payable à un objet de toute évidence inanimé, comme celui portant la mention « cash » (espèces). Par exemple, dans l'affaire *Grant c. Vaughan* (1764), 3 Burr. 1516, 97 E.R. 957, le tribunal a statué qu'un effet payable [TRADUCTION] « au navire “Fortune” ou au porteur » était payable au porteur, de sorte qu'une action pouvait être intentée pour obtenir son paiement : « Si ce porteur ne peut intenter une action sur le fondement de cet effet, personne ne le peut; le chèque n'étant rendu payable à aucune personne nommément désignée, nulle action ne peut être intentée au nom d'une telle personne » (p. 962-963).

[93] Les tribunaux ont également appliqué les règles de common law aux effets de commerce faits payables à des preneurs aux noms inventés mais vraisemblables. Dans une série d'affaires portant sur de tels effets, ils ont jugé que tireurs et accepteurs [TRADUCTION] « au courant du caractère fictif de l'endossement étaient irrecevables à opposer en

from setting up the fictitious character of the bill as a defence” (*Minet v. Gibson* (1789), 1 R.R. 754, at p. 755; see also *Tatlock v. Harris* (1789), 3 T.R. 174, 100 E.R. 517). The defendants were liable to pay the bearer “generally on the ground that they were estopped to take advantage of their own fraud. The judges felt that the defendants must have intended something by their actions in putting the bills into circulation” (Comment, “The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost” (1951), 18 *U. Chicago L. Rev.* 281, at p. 282 (footnote omitted)). In other words, the parties who intended the fraud were required to honour the bills as payable to the bearer (Crawford, at p. 22-35).

(2) Interpretation of the British Bills of Exchange Act in *Vagliano*

[94] Roughly 100 years later, the British Parliament enacted the first *Bills of Exchange Act, 1882*. Section 7(3) of that Act contained language identical to today’s s. 20(5) of the *BEA*: “Where the payee is a fictitious or non-existing person the bill may be treated as payable to bearer.”

[95] Interpreting the new legislation fell to the House of Lords in *Vagliano*. In that case, a clerk in service of Vagliano Brothers fraudulently prepared bills with the name of Vucina (a foreign associate of Vagliano) as drawer and C. Petridi & Co. (a genuine supplier of Vagliano) as payee. The clerk used forged letters of advice so as to procure the genuine acceptance of Vagliano. He then forged the endorsement of C. Petridi, obtained payment of the bills at Vagliano’s bank, and absconded with the proceeds. In a split decision, the Law Lords found in favour of the Bank of England by holding that the payee was fictitious and thus the bill was payable to the bearer.

[96] An important issue raised in *Vagliano* was whether s. 7(3) of the *Bills of Exchange Act, 1882* should be interpreted as importing the knowledge

défense le caractère fictif de l’effet au demandeur (un détenteur à titre onéreux non informé de la situation) » (*Minet c. Gibson* (1789), 1 R.R. 754, p. 755; voir également *Tatlock c. Harris* (1789), 3 T.R. 174, 100 E.R. 517). Les défendeurs étaient tenus de payer l’effet au porteur [TRADUCTION] « le plus souvent parce qu’ils étaient irrecevables à tirer profit de leur propre fraude. Les juges estimaient que les défendeurs devaient avoir été animés par quelque intention lorsqu’ils avaient mis les effets en circulation » (Comment, « The Fictitious Payee and the UCC — The Demise of a Ghost » (1951), 18 *U. Chicago L. Rev.* 281, p. 282 (note en bas de page omise)). Autrement dit, ceux qui avaient voulu la fraude devaient honorer l’effet en tant qu’effet payable au porteur (Crawford, p. 22-35).

(2) Interprétation dans *Vagliano* de la Bills of Exchange Act du Royaume-Uni

[94] Une centaine d’années plus tard, le Parlement britannique adoptait une première loi sur les lettres de change, la *Bills of Exchange Act, 1882*. Le libellé du par. 7(3) de cette loi était identique à celui du par. 20(5) de la *LLC*, lequel est le suivant : « La lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n’existe pas peut être considérée comme payable au porteur. »

[95] La Chambre des lords a été appelée à interpréter cette nouvelle loi dans *Vagliano*. Dans cette affaire, un commis de l’entreprise Vagliano Brothers avait frauduleusement préparé des lettres de change dont le tireur était Vucina (un associé étranger de Vagliano) et le preneur, C. Petridi & Co. (un fournisseur véritable de Vagliano). Le commis s’était servi de lettres d’instructions contrefaites pour obtenir l’acceptation en bonne et due forme de Vagliano. Il avait ensuite contrefait l’endossement de C. Petridi, avait obtenu le paiement des effets par la banque de Vagliano et s’était enfui avec l’argent. Dans une décision partagée, la Chambre des lords a donné gain de cause à la Banque d’Angleterre au motif que le preneur était une personne fictive, de sorte que la lettre était payable au porteur.

[96] L’une des principales questions examinées dans *Vagliano* était de savoir si on pouvait interpréter le par. 7(3) de la *Bills of Exchange Act, 1882*

and intent requirement that existed at common law prior to the enactment of that statute. Six of the eight Law Lords found that it should not.

[97] A majority of the House of Lords affirmed that the *Bills of Exchange Act, 1882* — a codifying statute — should not be construed in accordance with the common law that preceded it. This view was best captured by the following passage from Lord Herschell’s speech:

. . . I cannot bring myself to think that this is the proper way to deal with such a statute as the Bills of Exchange Act, which was intended to be a code of the law relating to negotiable instruments. I think the proper course is in the first instance to examine the language of the statute and to ask what is its natural meaning, uninfluenced by any considerations derived from the previous state of the law, and not to start with inquiring how the law previously stood, and then, assuming that it was probably intended to leave it unaltered, to see if the words of the enactment will bear an interpretation in conformity with this view. [Emphasis added; pp. 144-45.]

Lord Herschell’s interpretive approach was widely accepted and applied by various other courts, including Canadian courts interpreting the *BEA* (W. F. Craies, *A Treatise on Statute Law* (4th ed. 1936), at pp. 309-10; Crawford, at pp. 21.30.2 to 21.33). In fact, Sir Mackenzie Chalmers, who drafted the parliamentary bill that would later become the *Bills of Exchange Act, 1882*, described it as “what appears to be the true canon for construing a codifying statute” (M. D. Chalmers, “Vagliano’s Case” (1891), 7 *L.Q.R.* 216, at p. 220).

[98] Focusing on the text of s. 7(3), Lord Halsbury L.C. stated that “construing the statute by adding to it words which are neither found therein nor for which authority could be found in the language of the statute itself, is to sin against one of the most familiar rules of construction” (p. 120).

de manière à y intégrer l’exigence de connaissance et d’intention que prévoyait la common law avant l’adoption de la loi. Six des huit lords juges ont répondu par la négative.

[97] La Chambre des lords a estimé à la majorité que la *Bills of Exchange Act, 1882*, un texte codifié, ne devait pas être interprétée en fonction de la common law qui l’avait précédée. Le passage suivant de l’exposé de lord Herschell rend bien l’opinion majoritaire :

[TRADUCTION] . . . je ne peux me résoudre à ce qu’il s’agisse de la bonne manière d’aborder une loi comme la *Bills of Exchange Act*, qui se voulait la codification du droit applicable aux effets de commerce. Je crois qu’il convient d’abord de se pencher sur le libellé de la loi et de se demander quel est son sens naturel, indépendamment de toute considération découlant de l’état antérieur du droit, et non pas de chercher d’abord à savoir quel était l’état antérieur du droit puis, en supposant que le législateur ait probablement voulu qu’il demeure inchangé, à se demander si les mots employés dans le texte de loi permettent une interprétation conforme à ce point de vue. [Nous soulignons; p. 144-145.]

Bien d’autres cours de justice, y compris des tribunaux canadiens appelés à interpréter la *LLC*, ont en grande partie accepté et appliqué l’approche interprétative de lord Herschell (W. F. Craies, *A Treatise on Statute Law* (4^e éd. 1936), p. 309-310; Crawford, p. 21-30.2 à 21-33). L’auteur du projet de loi qui a donné naissance à la *Bills of Exchange Act, 1882*, sir Mackenzie Chalmers, a en fait vu dans l’approche de lord Herschell [TRADUCTION] « ce qui paraît constituer le critère véritable pour interpréter un texte codifié » (M. D. Chalmers, « Vagliano’s Case » (1891), 7 *L.Q.R.* 216, p. 220).

[98] Mettant l’accent sur le texte du par. 7(3), le lord chancelier Halsbury affirme que [TRADUCTION] « c’est enfreindre l’une des règles d’interprétation les plus élémentaires que d’interpréter la loi par l’adjonction de mots qui n’y figurent pas et pour lesquels le texte de la loi n’offre aucune justification » (p. 120).

[99] This textual interpretation also accords with the provision’s legislative history. An earlier draft of s. 7(3) read as follows:

When the payee is a fictitious or non-existing person, no person shall be capable of making title to, or enforcing payment of the instrument, provided that, when a bill has knowingly been drawn payable to a fictitious or non-existing person and purports to bear his endorsement, it shall be valid for all purposes in the hands of a holder in due course, and a holder with notice may enforce it against the drawer or any endorser thereof, or against the acceptor if, when he accepted, he was aware of the facts. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(Crawford, at p. 22-35, citing Chalmers, at p. 220.)

This draft was heavily amended in committee, however, and all references to the knowledge requirement that existed at common law were removed. Our colleague suggests that this was done to better reflect the state of the common law at the time. In our view, the authority cited for this proposition actually supports the opposite conclusion — that a court analyzing the legislative history of this provision *would have come to the same result as the House of Lords* in interpreting s. 7(3) without reference to the common law knowledge requirement (Chalmers, at p. 220). As we understand it, the amendments made to this draft provision in committee strongly indicate an intention on the part of Parliament to remove any subjectivity associated with the “fictitious and non-existing payee”, and instead to have those terms be interpreted objectively (Chalmers, at pp. 221-22).

[100] The foregoing supports the proposition that the *Bills of Exchange Act, 1882* was not intended merely to codify the common law, but also to modify it where Parliament saw necessary (J. M. Holden, *The History of Negotiable Instruments in English Law* (1955), at p. 201). This is also reflected in comments made by Chalmers, who stated that “[t]he Bill as originally drafted was intended to reproduce

[99] Cette interprétation textuelle se concilie aussi avec l’historique législatif de la disposition. En effet, une ébauche préalable du par. 7(3) était rédigée comme suit :

[TRADUCTION] Lorsque le preneur est une personne fictive ou qui n’existe pas, nul ne peut revendiquer la propriété de l’effet ou en obtenir le paiement. Toutefois, lorsqu’une lettre de change a été sciemment faite payable à une personne fictive ou qui n’existe pas et qu’elle est censée porter l’endossement d’une telle personne, elle sera valide à tous égards entre les mains d’un détenteur régulier, et un détenteur informé peut en obtenir le paiement auprès du tireur ou de tout endosseur, ou de l’accepteur si, au moment où il l’a acceptée, il connaissait les faits. [Nous soulignons; italique dans l’original omis.]

(Crawford, p. 22-35, citant Chalmers, p. 220.)

Cette ébauche a toutefois été considérablement remaniée en comité, et toutes les mentions de l’exigence de connaissance que prévoyait la common law ont alors été supprimées. Notre collègue avance que cette mesure visait à faire en sorte que la disposition corresponde davantage à l’état de la common law d’alors. Or, selon nous, la source qu’elle invoque étaye plutôt la conclusion contraire, à savoir qu’un tribunal qui aurait analysé l’historique législatif de cette disposition *serait arrivé au même résultat que la Chambre des lords* et aurait interprété le par. 7(3) sans l’exigence de connaissance de la common law (Chalmers, p. 220). À notre sens, les amendements apportés en comité à cette disposition du projet de loi militent fortement en faveur de l’intention du législateur de supprimer tout élément de subjectivité associé à la notion de « preneur fictif ou qui n’existe pas » et de privilégier une interprétation objective en la matière (Chalmers, p. 221-222).

[100] Les éléments qui précèdent étayaient la proposition voulant que la *Bills of Exchange Act, 1882* ne visait pas seulement à codifier la common law, mais aussi à y apporter les modifications que le législateur jugeait nécessaires (J. M. Holden, *The History of Negotiable Instruments in English Law* (1955), p. 201). Elle trouve également écho chez Chalmers, pour qui [TRADUCTION] « [l]e projet de loi,

the then existing law as exactly as possible, but certain amendments of the law were introduced in committee” (*Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes* (18th ed. 2017), by S. J. Gleeson, at para. 1-006, quoting Sir M. D. Chalmers, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques, and Negotiable Securities* (9th ed. 1927), at p. 2 (emphasis added)). Section 7(3) was among the 25 provisions of the *Bills of Exchange Act, 1882* that Chalmers listed as having altered the law of negotiable instruments (Chalmers (1927), at p. 2). It therefore appears that Lord Herschell was correct in noting that

[t]he Bills of Exchange Act was certainly not intended to be merely a code of the existing law. It is not open to question that it was intended to alter, and did alter it in certain respects. [Emphasis added; p. 145.]

[101] For these reasons, a majority of the Law Lords held that the terms “fictitious” and “non-existing” as used in s. 7(3) should not be construed as importing the knowledge requirement that previously existed at common law. Applying this interpretation to the facts, the House of Lords found that the payee was fictitious, and that the bank was therefore not liable.

[102] A number of principles can be drawn from this decision. The first principle is that the party sought to be charged with a bill need not have knowledge that the payee was fictitious in order for the payee to be deemed fictitious. This can be contrasted with the common law rule based on estoppel which required knowledge. Under the British Act, a bill with a fictitious payee may be treated as payable to bearer against not only the drawer, but also the acceptor — even if the acceptor was not aware of the fiction. Lord Herschell said (at p. 147):

. . . in order to establish the right to treat a bill as payable to bearer it is enough to prove that the payee is in

dans sa version initiale, visait à reproduire le droit alors existant de façon aussi précise que possible, mais certains amendements ont été apportés en comité » (*Chalmers and Guest on Bills of Exchange, Cheques and Promissory Notes* (18^e éd. 2017), par S. J. Gleeson, par. 1-006, citant sir M. D. Chalmers, *A Digest of the Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Cheques, and Negotiable Securities* (9^e éd. 1927), p. 2 (nous soulignons)). Le paragraphe 7(3) fait partie des 25 dispositions de la *Bills of Exchange Act, 1882* que Chalmers a identifiées comme modifiant le droit des effets de commerce (Chalmers (1927), p. 2). Il semble donc que lord Herschell a eu raison de signaler ce qui suit :

[TRADUCTION] La *Bills of Exchange Act* ne se voulait certainement pas un simple code du droit existant. Il ne fait aucun doute qu’elle visait à le modifier, ce qu’elle a d’ailleurs fait à certains égards. [Nous soulignons; p. 145.]

[101] C’est pourquoi la majorité des lords juges a conclu que les termes « fictive » et « qui n’existe pas » utilisés au par. 7(3) ne devaient pas être interprétés comme reprenant l’exigence de connaissance que prévoyait auparavant la common law. À l’issue d’une interprétation des faits sous cet angle, la Chambre des lords a conclu que le preneur était une personne fictive, de sorte que la banque n’était pas tenue responsable de détournement.

[102] Un certain nombre de principes se dégagent de cette décision. Le premier veut qu’il ne soit pas nécessaire que la personne à qui est imputé le paiement de l’effet ait su que le preneur était une personne fictive pour que ce dernier soit réputé être une personne fictive. À l’opposé, la règle de common law fondée sur l’irrecevabilité exige cette connaissance. Selon la loi britannique, l’effet dont le preneur est une personne fictive peut être considéré comme payable au porteur non seulement vis-à-vis du tireur, mais aussi de l’accepteur, et ce, même si ce dernier ignorait que le preneur était une personne fictive. Voici ce que dit lord Herschell à ce propos (p. 147) :

[TRADUCTION] . . . pour établir le droit de considérer l’effet comme payable au porteur, il suffit de prouver que

fact a fictitious person, and that it is not necessary if it be sought to charge the acceptor to prove in addition that he was cognisant of the fictitious character of the payee.

Underscoring this liberation of the right to treat a bill as payable to bearer was Lord Herschell's point that fictitiousness is a matter of fact, independent of the knowledge of the party sought to be charged with the bill (pp. 145-46):

Turning now to the words of the sub-section, I confess they appear to me to be free from ambiguity. "Where the payee is a fictitious or non-existent person" means, surely, according to ordinary canons of construction, in every case where this can, as a matter of fact, be predicated of the payee.

. . . I have a difficulty in seeing how a payee, who is in fact a "fictitious" person in the sense in which that word is being used, can be otherwise than fictitious as regards all the world — how such a payee can be "fictitious" as regards one person and not another.

[103] The second principle that emerges from *Vagliano* is that the intention of the drawer is not relevant. Lord Halsbury L.C., with the majority, rejected an interpretation of the statute under which "one must dive into the mind of the hypothetical forger to determine whether the character be fictitious or not . . . [W]hereas, if it is pure imagination, then it is the name of a fictitious person" (pp. 121-22). Lord Bramwell, in dissent, similarly could not accept an interpretation of the statute where the "bill means one thing or another, according to the intent of the drawer" (p. 138). As Bradley Crawford argues, both the majority and dissenting Law Lords agreed that s. 7(3) should *not* be interpreted as being dependent upon the intention of the parties charged on the bill (p. 22-39).

[104] We pause here to recognize that a passage from Lord Herschell has caused confusion regarding the relevance of intention. In finding that it mattered not whether the payee was a "creature of the imagination" that the drawer "invents . . . himself"

le preneur est en fait une personne fictive, et il n'est pas nécessaire, si le paiement est imputé à l'accepteur, d'exiger en outre que ce dernier établisse qu'il savait que le preneur était une personne fictive.

Lord Herschell a insisté sur cet affranchissement, qui permettait désormais de considérer l'effet comme payable au porteur, pour soutenir que le caractère fictif relevait des faits, indépendamment de la connaissance de la situation par la personne à laquelle on voulait imputer le paiement de l'effet de commerce (p. 145-146) :

[TRADUCTION] Je dois avouer que le libellé de cette disposition paraît exempt de toute ambiguïté. Les mots « [l]a lettre dont le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas » signifient à n'en pas douter, selon les principes habituels d'interprétation, chaque fois que ce caractère fictif peut dans les faits être attribué au preneur.

. . . J'ai du mal à voir comment un preneur, qui est dans les faits une personne « fictive » au sens où ce mot est employé, peut ne pas en être une aux yeux de tous, autrement dit comment il peut être une personne « fictive » pour une personne, mais pas pour une autre.

[103] Le deuxième principe qui se dégage de l'arrêt *Vagliano* est que l'intention du tireur n'importe pas. Le lord chancelier Halsbury, avec l'appui des juges majoritaires, a rejeté l'interprétation de la loi suivant laquelle [TRADUCTION] « il faut scruter l'état d'esprit du contrefacteur hypothétique pour décider du caractère fictif ou non [. . .] [A]lors que si le nom est une pure invention, il s'agit du nom d'une personne fictive » (p. 121-122). Dissident, lord Bramwell n'a pu non plus adhérer à une interprétation de la loi selon laquelle « la portée de l'effet dépend de l'intention du tireur » (p. 138). Comme l'explique Bradley Crawford, les lords juges tant majoritaires que dissidents conviennent que l'application du par. 7(3) *ne peut* tenir à l'intention de la personne à qui est imputé le paiement de l'effet de commerce (p. 22-39).

[104] Nous ouvrons ici une parenthèse pour reconnaître qu'un passage du jugement de lord Herschell fut source de confusion quant à la pertinence de l'intention. Pour conclure qu'il n'importe pas de savoir si le nom du preneur est [TRADUCTION] « le fruit de

(p. 151), or a real person to whom payment was not intended (but the name was inserted as a “mere pretence” (*ibid.*)), Lord Herschell said (at pp. 151-52):

... why should this right and liability differ according as the name inserted as payee be a creature of the imagination or correspond to that of a real person, the drawer in neither case intending a person so designated to receive payment[?] . . .

... Do the words, “where the payee is a fictitious person,” apply only where the payee named never had a real existence? I take it to be clear that by the word “payee” must be understood the payee named on the face of the bill; for of course by the hypothesis there is no intention that payment should be made to any such person. Where, then, the payee named is so named by way of pretence only, without the intention that he shall be the person to receive payment, is it doing violence to language to say that the payee is a fictitious person? I think not. I do not think that the word “fictitious” is exclusively used to qualify that which has no real existence. [Emphasis added.]

As we will see, this passage was subsequently relied upon for a rule that the drawer’s intention is key — that a fictitious payee exists where “the payee named is so named by way of pretence only, without the intention that he shall be the person to receive payment”. Yet it is clear from his entire reasons that Lord Herschell was determining whether “fictitious” includes imaginary payees of “no real existence” as well as real payees whose name was inserted “by way of pretence only”. The state of “no intention” was merely part of his “hypothesis”.

[105] The third principle to be found in *Vagliano* becomes apparent after removing the subjective inquiries into knowledge and intent. What remains is a purely objective test. As the Earl of Selborne said for the majority: “. . . it seems to me neither unjust nor unreasonable that the rights and liabilities of third parties should in such a case depend upon the facts, rather than upon an inquiry into [Vagliano’s] state of mind” (p. 130). Bradley Crawford similarly sums up the *ratio* of *Vagliano*: “As I interpret the ruling, there

l’imagination » et que le tireur « l’a inventé » (p. 151) ou s’il s’agit d’une personne réelle à qui le paiement n’était pas destiné (et dont l’inscription du nom « n’est qu’un simulacre » (*ibid.*)), lord Herschell a dit ce qui suit (p. 151-152) :

[TRADUCTION] . . . pourquoi les droits et les obligations devraient-ils alors différer selon que le nom du preneur est le fruit de l’imagination ou est celui d’une personne réelle : dans un cas comme dans l’autre, le tireur n’est pas la personne à qui le paiement est destiné[?] . . .

... L’énoncé « [l]a lettre dont le preneur est une personne fictive » vise-t-il uniquement le preneur nommé désigné qui n’a jamais réellement existé? Il m’apparaît clairement que le « preneur » doit s’entendre de celui dont le nom figure sur l’effet, car on suppose de toute évidence l’absence d’intention du tireur de verser la somme à cette personne. Ainsi, lorsque l’inscription du nom du preneur n’est qu’un simulacre et que le tireur n’a aucune intention de verser la somme à cette personne, est-ce dénaturer le libellé de la loi que d’affirmer que le preneur est une personne fictive? Je ne le crois pas. Je ne crois pas que l’adjectif « fictive » vise uniquement la personne qui n’a pas d’existence réelle. [Nous soulignons.]

Nous verrons que ce passage a par la suite servi à l’élaboration de la règle du caractère déterminant de l’intention du tireur, c’est-à-dire que le preneur est une personne fictive lorsque « l’inscription du nom du preneur n’est qu’un simulacre et que le tireur n’a aucune intention de verser la somme à cette personne ». Pourtant, il ressort de l’ensemble de ses motifs que lord Herschell cherchait à savoir si la personne « fictive » englobait le preneur au nom inventé, sans « existence réelle », de même que le preneur à l’existence réelle dont l’inscription du nom « n’est qu’un simulacre ». L’« absence d’intention » n’était qu’un des éléments de son « hypothèse ».

[105] Le troisième principe issu de l’arrêt *Vagliano* s’impose de lui-même après suppression des éléments subjectifs que sont la connaissance et l’intention. Ne subsiste alors qu’un test purement objectif. Comme le dit le comte de Selborne au nom de la formation majoritaire : [TRADUCTION] « . . . il ne me semble ni injuste ni déraisonnable que les droits et les obligations des tiers dépendent en pareil cas des faits plutôt que de l’analyse de l’état d’esprit [de *Vagliano*] » (p. 130). Dans la même veine, Bradley

being no real transaction, the payee had no right to the bills or their proceeds and, therefore, the bank could not be faulted for failing to obtain the payee's endorsement" (p. 22-38). In our view, the objective test remaining is whether or not there is a legitimate underlying transaction (an underlying debt). If there is not, then the payee must be fictitious as there is no basis for the cheque.

[106] These three concepts — the acceptor need not be aware of the fictitious nature of the payee; the intention of the drawer is not relevant; and where there is no genuine transaction the bank is entitled to treat the bill as payable to bearer — supported a finding in *Vagliano* in favour of the Bank. The payee was fictitious, and thus the Bank had a defence.

[107] Section 7(3) of the *Bills of Exchange Act, 1882*, and its interpretation in *Vagliano*, changed the law. Rather than looking to the knowledge and intention of the drawer, and holding the drawer to his or her word based on estoppel as the common law had done, the British *Bills and Exchange Act* looked objectively at whether the payee is fictitious. As Professor Benjamin Geva points out ("The Fictitious Payee Strikes Again: The Continuing Misadventures of BEA s. 20(5)" (2015), 30 *B.F.L.R.* 573, at p. 591), the result was also

to expand the fictitious payee rule from one concerned only with fraud committed *by* a party liable on the bill to a rule concerned also with fraud committed *against* such a party. Each such party was to become liable to an innocent party and thus bears the fraud loss. The rule applies whether the party liable is the perpetrator or victim of the fraud. [Emphasis in original.]

Crawford conclut ce qui suit de la *ratio* de l'arrêt *Vagliano* : [TRADUCTION] « Selon mon interprétation de la décision, vu l'absence d'opération véritable, le preneur n'avait aucun droit aux effets de commerce ou aux montants qui y étaient inscrits, de sorte qu'on ne pouvait reprocher à la banque de ne pas avoir obtenu l'endossement du preneur » (p. 22-38). Selon nous, le test objectif qui demeure consiste à se demander s'il existe ou non une opération sous-jacente légitime (une dette sous-jacente). S'il n'y en a pas, le preneur ne peut être qu'une personne fictive, car nulle opération ou dette ne confère une assise au chèque.

[106] Ces trois principes — l'accepteur n'a pas à connaître le caractère fictif du preneur, l'intention du tireur n'est pas pertinente et, en l'absence d'une opération véritable, la banque peut considérer l'effet comme payable au porteur — étayaient la décision du tribunal de donner gain de cause à la banque dans *Vagliano*. Le preneur était une personne fictive et, par conséquent, la banque avait un moyen de défense.

[107] Le paragraphe 7(3) de la *Bills of Exchange Act, 1882* et son interprétation dans l'arrêt *Vagliano* ont changé l'état du droit. Au lieu de tenir compte de la connaissance et de l'intention du tireur et de contraindre ce dernier à respecter sa parole sur le fondement de l'estoppel comme le prévoyait jusqu'alors la common law, la loi britannique sur les lettres de change a appliqué un test objectif afin de décider si le preneur est une personne fictive ou non. Comme le signale le professeur Benjamin Geva (« The Fictitious Payee Strikes Again : The Continuing Misadventures of BEA s. 20(5) » (2015), 30 *B.F.L.R.* 573, p. 591), cette approche a aussi eu pour effet

[TRADUCTION] d'élargir la portée de la règle du preneur fictif qui ne s'appliquait jusqu'alors qu'à la fraude commise *par* la personne responsable du paiement de l'effet pour la rendre applicable aussi à la fraude commise *contre* cette personne. Cette dernière devenait responsable envers toute partie innocente et devait ainsi assumer la perte subie. Cette règle vaut peu importe que la personne responsable du paiement soit l'auteur de la fraude ou sa victime. [En italique dans l'original.]

(3) Departure From an Objective Approach

[108] Unfortunately, the law was not settled for very long. In a decision that significantly influenced Canadian jurisprudence, Justice Warrington in *Vinden v. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795, focussed on Lord Herschell's statement that a payee is fictitious if "the payee named is so named by way of pretence only, without the intention that he shall be the person to receive payment" (pp. 801-2). Warrington J. resurrected intention — the common law element put to rest by the House of Lords in *Vagliano* — and made it the decisive criterion for "fictitious". As Professor Geva observes (at p. 591): "In hindsight this marked the turning point leading to the misunderstanding [of] *Vagliano* and consequently the continuous misapplication of *BEA* s. 20(5)."

[109] It was the turning point because *Vinden* was followed three years later by the House of Lords in *North and South Wales Bank Ltd. v. Macbeth*, [1908] A.C. 137, where Lord Loreburn approved the statement: "... when there is a real drawer who has designated an existing person as the payee, and intends that that person should be the payee, it is impossible that the payee can be fictitious" (p. 139). Intention, or lack thereof, becomes decisive. As Bradley Crawford reads this decision (at pp. 22-40 and 22-41):

The fact that there is no legitimate transaction between the drawer and payee, or that the drawer has been induced to draw the cheques to that person by the fraud of an employee, or was careless in trusting a supposed intermediary, is considered to be irrelevant. . . .

That highly questionable reasoning would have a disastrous influence on the development of the Canadian case law. [Footnote omitted.]

[110] Dean Falconbridge enshrined the starring role for intention with his two principles and four propositions (at pp. 468-69):

(3) Rupture d'avec l'approche objective

[108] Malheureusement, l'état du droit en la matière n'est pas demeuré stable bien longtemps. Dans l'arrêt *Vinden c. Hughes*, [1905] 1 K.B. 795, qui a influencé considérablement la jurisprudence canadienne, le juge Warrington reprenait l'affirmation de lord Herschell suivant laquelle le preneur est une personne fictive lorsque [TRADUCTION] « l'inscription du nom du preneur n'est qu'un simulacre et que le tireur n'a aucune intention de verser la somme à cette personne » (p. 801-802). Le juge Warrington ramène ainsi l'intention, à savoir l'élément de common law que la Chambre des lords avait écarté dans l'arrêt *Vagliano*, et en fait le critère décisif pour décider si le preneur est une personne « fictive » ou non. Comme le fait observer le professeur Geva (p. 591) : [TRADUCTION] « Avec le recul, cette décision constitue le tournant qui est à l'origine de l'interprétation erronée [de] l'arrêt *Vagliano* et, par conséquent, de l'application systématiquement erronée du par. 20(5) de la *LLC*. »

[109] L'arrêt *Vinden* a marqué un tournant car, trois ans plus tard, il était suivi par la Chambre des lords dans *North and South Wales Bank Ltd. c. Macbeth*, [1908] A.C. 137, où lord Loreburn faisait sien le passage suivant : [TRADUCTION] « . . . lorsqu'il existe un tireur réel qui a désigné une personne existante comme preneur et qu'il souhaite que cette personne soit le preneur, il est impossible que le preneur soit une personne fictive » (p. 139). L'intention — ou l'absence d'intention — est devenue déterminante. Voici comment Bradley Crawford interprète cette décision (p. 22-40 et 22-41) :

[TRADUCTION] Le fait qu'aucune opération légitime n'est intervenue entre le tireur et le preneur, que le tireur a été amené à faire des chèques payables à cette personne par les manœuvres frauduleuses d'un employé ou qu'il a été négligent en faisant confiance à un supposé intermédiaire n'est pas considéré comme pertinent. . .

Ce raisonnement fort discutable aurait eu un effet catastrophique sur l'évolution de la jurisprudence canadienne. [Note en bas de page omise.]

[110] Le doyen Falconbridge a consacré le rôle clé de l'intention par la formulation de ses deux principes et quatre propositions (p. 468-469) :

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.

(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. [Emphasis added.]

[111] Falconbridge's fourth proposition describes the facts in *Vagliano*. The payee (C. Petridi & Co.) was real. The drawer (Vucina) was fraudulently induced into intending that the payee receive payment. In *Vagliano*, the House of Lords found the payee to be fictitious. Yet, under Falconbridge's fourth proposition, the payee is neither fictitious nor non-existing — a result that is inconsistent with the holding in *Vagliano*. This is critical to recognize: Falconbridge's fourth proposition is directly at odds with *Vagliano*.

[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 ou d'un chèque, ou encore de l'auteur du 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) Si Bede, pour ses fins propres, inscrit comme preneur le nom 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 dont l'inscription comme preneur n'est qu'un simulacre, Bede 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. [Nous soulignons.]

[111] La quatrième proposition de Falconbridge correspond aux faits de l'affaire *Vagliano*. Le preneur (C. Petridi & Co.) était une personne existante. Le tireur (Vucina) avait été amené par des manœuvres frauduleuses à destiner le paiement au preneur. Dans l'arrêt *Vagliano*, la Chambre des lords a conclu que le preneur était une personne fictive. Pourtant, selon la quatrième proposition de Falconbridge, le preneur n'est ni une personne fictive ni une personne inexistante, ce qui est inconciliable avec l'arrêt *Vagliano*. Il est essentiel de le constater : la quatrième proposition de Falconbridge va directement à l'encontre de l'arrêt *Vagliano*.

[112] Majority decisions of this Court have assessed s. 20(5) in accordance with these propositions and not pursuant to *Vagliano*. In *Concrete Column*, a fraudster payroll clerk prepared over 1,000 cheques — some payable to former employees, and some payable to names that were pure inventions of the clerk. Justice Pigeon for the majority looked to Falconbridge’s fourth proposition for those cheques made payable to former employees (real payees). Accordingly, he found those cheques were neither non-existing nor fictitious and the Royal Bank was liable for having accepted them. The cheques payable to “pure inventions” were objectively non-existent, and thus the Bank was entitled to treat them as payable to bearer.

[113] In dissent, the reasoning of Chief Justice Laskin and Justice Dickson (as he then was) reflected the *ratio* in *Vagliano* — where there is no underlying transaction (no underlying debt), the bill is to be treated as payable to bearer. They would have found all the cheques to be fictitious (pp. 480 and 482):

The matter has crystallized when the payroll clerk, charged to make up the payroll, has introduced payees, whether imaginary or existing persons, to whom no money is owing, and the actual drawer makes out cheques payable to them.

. . . No distinction can be drawn between the cheques payable to imaginary persons or persons who were not former employees and those who were formerly in the drawer’s employ. None of these were entitled to the proceeds of the cheques, and I can see no basis for distinguishing these two classes of cases as to fictitiousness. [Emphasis added.]

[112] Des décisions majoritaires de notre Cour ont interprété le par. 20(5) conformément aux propositions de Falconbridge, et non dans le sens de *Vagliano*. Dans l’affaire *Concrete Column*, un préposé à la rémunération avait frauduleusement préparé un millier de chèques, certains payables à d’anciens employés, d’autres à des personnes aux noms inventés de toutes pièces. Au nom des juges majoritaires, le juge Pigeon s’en remet à la quatrième proposition de Falconbridge pour statuer sur les chèques payables à d’anciens employés (soit des preneurs réels). Il conclut donc que les preneurs de ces chèques n’étaient pas des personnes inexistantes ou fictives et il tient la Banque Royale responsable de leur paiement parce qu’elle les a acceptés. Les chèques payables à des personnes aux noms « inventés de toutes pièces » l’étaient, d’un point de vue objectif, à des personnes qui n’existaient pas, de sorte que la banque avait pu légitimement les considérer comme payables au porteur.

[113] Dissidents, le juge en chef Laskin et le juge Dickson (plus tard Juge en chef) ont adopté le raisonnement de la Chambre des lords dans *Vagliano*, à savoir que lorsqu’il n’y a pas d’opération sous-jacente et, partant, pas de dette sous-jacente, l’effet de commerce doit être considéré comme payable au porteur. Ils auraient statué que les preneurs de tous les chèques étaient des personnes fictives (p. 480 et 482) :

La situation s’est cristallisée lorsque le commis chargé de préparer les feuilles de paie y a inséré le nom de certaines personnes, [imaginaires] ou existantes, à qui rien n’est dû et à l’ordre de qui le véritable tireur a fait des chèques.

. . . On ne doit faire aucune distinction entre les chèques payables à des personnes [imaginaires] ou des personnes qui ne sont pas d’anciens employés et des chèques payables à des personnes qui sont d’anciens employés du tireur. Aucun de ces preneurs n’avait droit au montant des chèques et je ne vois aucune raison de faire une distinction au niveau de l’aspect fictif entre ces deux types de cas. [Nous soulignons.]

[114] In *Fok Cheong Shing Investments Co. v. Bank of Nova Scotia*, [1982] 2 S.C.R. 488, a unanimous Court relied on Falconbridge's third proposition. In that case, the company president, Chan, wrote a cheque to a real creditor, but never intended the creditor to obtain the funds. Instead, the president forged the signature of the creditor and cashed the cheque. Justice Ritchie for a unanimous Court reasoned 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 the meaning of the authorities" (p. 490). Ritchie J. took from *Vagliano* guidance that a payee is fictitious whenever the name is inserted "by way of pretence merely, without any intention that payment shall only be made in conformity therewith" (p. 490, quoting *Vagliano*, at p. 153), and he cited Falconbridge's third proposition as support for the importance of the drawer's intention.

[115] This Court's decision in *Boma* introduced a subjective approach to non-existence. Justice Iacobucci, for the majority, also confirmed the subjective approach to fictitiousness adopted by the Court in *Concrete Column* and applied in *Fok Cheong*.

[116] In *Boma*, a fraudster clerk, Ms. Alm, prepared cheques for signature by her supervisor, Mr. Mange. Of the 155 cheques so prepared, 146 were in fact signed by Ms. Alm. Existing employees or officers, to whom no money was owing, constituted 41 of the cheques. The remaining 114 of the cheques were made to payees whose names were invented by Ms. Alm but were similar to that of a real creditor. Justice Iacobucci, for the majority, held that none of the payees were fictitious or non-existing. For the cheques payable to existing employees or officers, Justice Iacobucci presumed that the drawer intended the payees to receive the proceeds (para. 57). For the invented names, Justice Iacobucci expanded Falconbridge's fourth proposition to include the invented names as real payees because Mr. Mange was "reasonably mistaken" and "honestly believed that the cheques were being made out for

[114] Dans l'arrêt *Fok Cheong Shing Investments Co. c. Banque de Nouvelle-Écosse*, [1982] 2 R.C.S. 488, la Cour se fonde à l'unanimité sur la troisième proposition de Falconbridge. Dans cette affaire, le président de l'entreprise, M. Chan, avait tiré un chèque payable à un créancier réel, mais sans avoir jamais eu l'intention que ce créancier touche la somme. En effet, le président avait imité la signature du créancier, puis encaissé le chèque. Au nom de la Cour, le juge Ritchie explique qu'« étant donné la conclusion d'intention frauduleuse de la part de [M.] Chan lorsqu'il a tiré l'effet en cause, le preneur de celui-ci est une personne fictive au sens de la jurisprudence » (p. 490). Il prend appui sur les balises fixées dans *Vagliano* pour conclure qu'un preneur est une personne fictive lorsque l'inscription de son nom « n'est qu'un simulacre et qu'il n'y a aucune intention de payer uniquement le preneur nommé » (p. 490, citant *Vagliano*, p. 153). Il invoque ensuite la troisième proposition de Falconbridge pour confirmer l'importance de l'intention du tireur.

[115] Dans l'arrêt *Boma*, la Cour a introduit une approche subjective pour décider si le preneur est une personne qui existe ou non. Au nom des juges majoritaires, le juge Iacobucci souscrit également à l'analyse subjective du caractère fictif adoptée par la Cour dans *Concrete Column*, puis appliquée dans *Fok Cheong*.

[116] Dans l'affaire *Boma*, une employée malhonnête, M^{me} Alm, avait préparé des chèques que devait signer son supérieur, M. Mange. Sur les 155 chèques ainsi préparés, 146 avaient en fait été signés par M^{me} Alm. Quarante et un (41) étaient payables à des employés et à des dirigeants existants à qui aucune somme n'était due. Les 114 autres étaient payables à des preneurs aux noms inventés par M^{me} Alm, mais qui ressemblaient à ceux de créanciers réels. Au nom des juges majoritaires, le juge Iacobucci estime qu'aucun des preneurs n'était une personne fictive ou qui n'existe pas. Dans le cas des chèques payables à des employés ou à des dirigeants existants, il a présumé l'intention du tireur que les preneurs touchent le montant des chèques (par. 57). Quant aux preneurs aux noms inventés, il a élargi la portée de la quatrième proposition pour les assimiler à des preneurs réels au motif que

an existing obligation to a real person known to the companies” (para. 60).

[117] In dissent, Justice La Forest, with the concurrence of Justice McLachlin (as she then was), identified the jurisprudential division that had developed since *Vagliano* and embraced an approach based on *Vagliano*. Notably, by this time even the editor of Falconbridge’s textbook criticized Falconbridge’s endorsement of *Vinden* in earlier editions of the text. Justice La Forest explained (at para. 93):

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 *Metropolitan 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.

[118] In our view, it is time to return to the principles available in *Vagliano* for determining “fictitious” and the state of the law before *Boma* for determining

M. Mange avait « raisonnablement cru à tort » à l’existence d’un lien avec ses entreprises et avait sincèrement cru que les chèques « avaient été tirés relativement à une obligation réelle envers une personne existante connue des compagnies » (par. 60).

[117] Dissident, le juge La Forest, avec l’appui de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), a identifié le désaccord jurisprudentiel qui s’était développé subséquemment à l’arrêt *Vagliano* et a adopté une approche fondée sur celui-ci. En fait, même l’éditeur de l’ouvrage de Falconbridge a reproché à l’auteur l’approbation de l’arrêt *Vinden* dans les éditions précédentes. Le juge La Forest explique (au par. 93) :

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. 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.

[118] À notre avis, le temps est venu de revenir aux principes énoncés dans l’arrêt *Vagliano* pour décider si un preneur est ou non une personne « fictive »

“non-existing”. Subjective inquiries into the knowledge and intention of the drawer are unnecessary and bring confusion. Rather, non-existence depends on whether the payee exists in fact, while fictitiousness depends on whether there is an underlying transaction.

[119] Before moving on, however, we wish to address our understanding of s. 97(2) of the *Bills of Exchange Act, 1882*, which was subsequently imported into s. 9 of the *BEA*. Our colleague interprets this provision as guaranteeing the continuity of the common law as it existed before the *Bills of Exchange Act, 1882* (paras. 60-61). Respectfully, our view is that this provision should not be construed as requiring that the *BEA* be interpreted in conformity with pre-Act common law. Rather, as Professor Geva puts it, reference to the rule of common law “may well refer to the dynamic and continuing process of law-making in the common law, or more specifically to the potential of a newly-recognized policy to affect the reading of the language of a section by providing a different rationale” (B. Geva, “The Fictitious Payee and Payroll Padding: *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.*” (1978), 2 *Can. Bus. L.J.* 418, at p. 425). In this way, s. 9 of the *BEA* should be understood as providing room for the common law to evolve and grow, so long as it does not conflict with the *express* provisions of the statute.

C. Purposive Support

[120] Our interpretation supports the purpose of the bills of exchange system. The *BEA* establishes a bills of exchange system that is based on the principles of negotiability, certainty, and finality. In *Boma*, Justice La Forest explained it thus (at para. 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

et de retourner à l'état du droit antérieur à l'arrêt *Boma* pour décider si le preneur est ou non une personne « qui n'existe pas ». Point n'est besoin de se livrer à l'analyse subjective de la connaissance et de l'intention du tireur, car cela ne fait que semer la confusion. Un preneur est une personne qui n'existe pas lorsqu'il n'existe pas dans les faits alors qu'il est une personne fictive lorsqu'il n'y a pas d'opération sous-jacente.

[119] Cependant, avant de poursuivre l'exposé de nos motifs, nous tenons à faire état de notre compréhension du par. 97(2) de la *Bills of Exchange Act, 1882*, lequel fut ultérieurement intégré à l'art. 9 de la *LLC*. Selon notre collègue, cette disposition garantit la continuité de la common law telle qu'elle existait avant la *Bills of Exchange Act, 1882* (par. 60-61). Avec égards, nous estimons que l'on ne devrait pas voir dans cette disposition l'obligation d'interpréter la *LLC* conformément à la common law qui s'appliquait avant son adoption. En fait, comme l'explique le professeur Geva, le renvoi à la règle de common law [TRADUCTION] « peut fort bien viser le processus dynamique et continu d'élaboration du droit en common law ou, plus particulièrement, la possibilité qu'une considération de principe nouvelle influe sur l'interprétation du libellé d'une disposition parce qu'elle offre une raison d'être différente » (B. Geva, « The Fictitious Payee and Payroll Padding : *Royal Bank of Canada v. Concrete Column Clamps (1961) Ltd.* » (1978), 2 *Rev. can. dr. comm.* 418, p. 425). Dès lors, on devrait considérer que l'art. 9 de la *LLC* permet l'évolution et la croissance de la common law, en autant que cela n'aille pas à l'encontre des dispositions *expresses* de la loi.

C. Considérations téléologiques qui militent en faveur de la démarche préconisée

[120] Notre interprétation est conforme à la raison d'être du régime des lettres de change. La *LLC* établit un régime fondé sur les principes de négociabilité, de certitude et d'irrévocabilité, ce que le juge La Forest explique comme suit dans l'arrêt *Boma* (par. 97) :

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

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. . . . Besides being impractical, such a procedure is simply not in keeping with the purpose or the scheme of the Act.

[121] We agree. The principles of negotiability, certainty, and finality are integral to the operation of the *BEA*. To give effect to these principles, the negotiability of a cheque must be determinable on its face. Otherwise, the efficiency created by the bills of exchange system would be undermined as collecting banks would be required to conduct an investigation into subjective factors to determine the validity of every cheque.

[122] The interpretation of s. 20(5) by the majorities in *Boma* and *Concrete Column* requires just that. It therefore weakens the fundamental principle of negotiability in the bills of exchange system. If a bank wishes to avoid future claims, *Boma* and *Concrete Column* ask the bank to verify the drawer's intent, and whether the payee is real or the drawer's "guiding mind" reasonably mistook the payee to be real (see *Concrete Column*, at pp. 483-84; *Boma*, at paras. 58 and 60-61). Professor Crawford points out how this runs counter to the objective of negotiability (at pp. 22-31 and 22-50.18d to 22-50.18e):

Despite the obvious need for rules that enable persons dealing with payment instruments to judge them by what appears on their face, and to judge the rights of the holder of a payment instrument by what they know or ought reasonably to know of his conduct with relation to it, the decisions over the past 100 years have introduced

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. [. . .] En plus de ne pas être pratique, cette façon de procéder est simplement contraire à l'objet ou à l'économie de la Loi.

[121] Nous sommes du même avis. Ces principes — négociabilité, certitude et irrévocabilité — font partie intégrante de l'application de la *LLC*. Reconnaître l'effet de ces principes commande que l'on puisse déterminer la négociabilité d'un chèque de prime abord car, sinon, l'efficacité censée découler du régime des lettres de change serait compromise, les banques d'encaissement étant obligées de considérer des éléments subjectifs afin de s'assurer de la validité de tous les chèques.

[122] Or, c'est précisément ce qui résulte de l'interprétation du par. 20(5) par les juges majoritaires dans les arrêts *Boma* et *Concrete Column*. Le principe fondamental de négociabilité propre au régime des lettres de change en ressort donc affaibli. Les arrêts *Boma* et *Concrete Column* obligent la banque soucieuse d'éviter une poursuite à confirmer l'intention du tireur et à se demander si le preneur est une personne réelle ou si l'« âme dirigeante » du tireur a raisonnablement cru à tort que le preneur était une personne réelle (voir *Concrete Column*, p. 483-484; *Boma*, par. 58 et 60-61). Le professeur Crawford souligne à quel point cette approche va à l'encontre de l'objectif de la négociabilité (p. 22-31 et 22-50.18d à 22-50.18e) :

[TRADUCTION] Malgré le besoin manifeste de règles permettant aux utilisateurs des instruments de paiement d'apprécier ces derniers selon ce qui y figure et de déterminer les droits du titulaire d'un effet de paiement selon ce qu'ils savent ou devraient raisonnablement savoir de sa conduite relativement à cet effet, la jurisprudence des 100 dernières

rules that give effect to the subjective intentions of the drawer, whether known to all parties, or not.

With all due respect, it appears to be highly questionable to approve of a policy governing negotiable instruments on the ground that it makes them less easily negotiable. The logical extension of that policy foundation would be to deny the negotiability of cheques entirely. An impractical solution. The defects of the concept as a foundational policy is, to my mind, rendered particularly acute when it refers, without criticism, to the laxity of the drawers of cheques in failing to “counteract all kinds of fraud” at the point of origin. The unexamined and unexpressed premise seems to be that one of the proper functions of the banks as members of the payments system is to save members of the public from the effects of their own carelessness or gullibility. It is not.

(See also N. Rafferty and J. W. Hamilton, “Is the Collecting Bank now the Insurer of a Cheque’s Drawer against Losses Caused by the Fraud of the Drawer’s Own Employee?” (2005), 20 *B.F.L.R.* 427, at p. 448.)

[123] Finality and certainty is also undermined since a failure to confirm subjective intent could, as in this case, lead to a conversion claim years after the cheques were accepted. If a claim does arise, the bank’s legal position is necessarily murky if it depends on facts unknown to it: the subjective intention of the drawer, or the existence of a reasonable belief in the mind of the drawer that a payee was real.

[124] In our view, the interpretation of s. 20(5) adopted in *Concrete Column* and *Boma* frustrates the objectives of negotiability, certainty, and finality that lie at the heart of our bills of exchange system. In contrast, our proposed approach seeks to invigorate them. It does so first, by relying on upstream rather than downstream controls. Rather than requiring a bank to verify subjective intent and drawer belief, our approach looks to upstream controls in

années a établi des règles qui tiennent compte de l’intention subjective du tireur, que cette intention soit connue ou non de toutes les parties.

À mon humble avis, il paraît très discutable d’approuver une politique sur les effets de commerce en invoquant le fait qu’elle rend ces effets moins facilement négociables. La conséquence logique d’un tel fondement de principe serait de faire totalement obstacle à la négociabilité des chèques, ce qui est inenvisageable. Les failles fondamentales de cette assise sautent particulièrement aux yeux, selon moi, lorsqu’elle renvoie, sans le déplorer, au laxisme des tireurs de chèques qui omettent au départ de [TRADUCTION] « contre la fraude sous toutes ses formes ». Le postulat implicite et non vérifié paraît être que l’une des fonctions de la banque en tant que rouage du système de paiement consiste à protéger le citoyen contre les conséquences de sa propre incurie ou naïveté. Or, ce n’est pas son rôle.

(Voir également N. Rafferty et J. W. Hamilton, « Is the Collecting Bank now the Insurer of a Cheque’s Drawer against Losses Caused by the Fraud of the Drawer’s Own Employee? » (2005), 20 *B.F.L.R.* 427, p. 448.)

[123] L’irrévocabilité et la certitude sont également compromises puisque l’omission de confirmer l’intention subjective pourrait, comme dans le cas qui nous occupe, entraîner une poursuite pour détournement des années après l’acceptation des chèques. En cas de poursuite, la situation juridique de la banque devient nécessairement nébuleuse si elle dépend de faits que la banque ignore, à savoir l’intention subjective du tireur ou l’existence chez le tireur d’une croyance raisonnable que le preneur était une personne réelle.

[124] À notre avis, l’interprétation du par. 20(5) retenue dans les arrêts *Concrete Column* et *Boma* va à l’encontre des objectifs de négociabilité, de certitude et d’irrévocabilité qui sont au cœur de notre régime des lettres de change. En revanche, l’approche que nous préconisons vise à revigorer ces principes. Elle le fait en premier lieu en s’appuyant sur des contrôles en amont plutôt qu’en aval. Au lieu d’obliger la banque à confirmer l’intention subjective

place at the time the cheque is drawn. A drawer's internal controls are best positioned to weed out fraud before cheques enter into circulation, thus increasing negotiability and finality. In our view, it is more congruent with the purpose of the *BEA* to adopt an interpretation that encourages drawers, *prior* to the drawing of a cheque, to ensure that the cheque is drawn for a real transaction.

[125] Second, our proposed interpretation enhances negotiability, certainty, and finality by relying on objectively ascertainable meaning. It does not require a bank to go behind the face of the cheque. A bank's legal position will no longer depend on facts unknown to it. When a payee is not, in fact, a real person, the payee will be "non-existing" and the bank will be entitled to treat the cheque as payable to bearer. When a payee is a real person, but the drawer is not indebted to that payee (that is, there is no real transaction between the payee and drawer), the payee will be "fictitious". The party to bear the loss in a conversion claim is more easily determined, promoting finality and avoiding unnecessary and costly litigation.

[126] This Court should not continue to apply an interpretation of s. 20(5) that is inconsistent with the purpose of the *BEA* and the principles underlying our bills of exchange system.

D. Policy Support

[127] The policy rationales pulling in favour of our interpretation of "fictitious" and "non-existing" under s. 20(5) are significant. Our approach has the effect of allocating the loss resulting from cheque fraud on the party in the best position to detect and minimize such fraud, which is both effective and fair. Further, our approach would provide courts with a much simpler analytical framework. We will expand on these advantages in turn.

et la croyance du tireur, notre approche mise sur les contrôles en amont déjà présents au moment où le chèque est tiré. Les mesures de contrôle internes du tireur sont les plus aptes à écarter les fraudes avant la mise en circulation des chèques, ce qui accroît la négociabilité et l'irrévocabilité. À notre avis, une interprétation qui incite le tireur à s'assurer, *avant* de tirer un effet, que celui-ci correspond à une opération réelle, est plus en accord avec la *LLC*.

[125] En second lieu, l'interprétation que nous préconisons accroît la négociabilité, la certitude et l'irrévocabilité parce qu'elle se fonde sur des éléments objectivement vérifiables. Elle n'oblige pas la banque à aller au-delà de ce qu'indique de prime abord le chèque. La situation juridique de la banque ne dépend plus de faits qu'elle ignore. Le preneur qui, dans les faits, n'est pas une personne réelle est considéré comme une personne « qui n'existe pas », et la banque peut considérer le chèque comme payable au porteur. Le preneur qui est une personne réelle, mais auquel le tireur ne doit aucune somme (autrement dit, aucune opération véritable n'est intervenue entre le preneur et le tireur), est considéré comme une « personne fictive ». Il est alors plus facile, advenant une allégation de détournement, de déterminer laquelle des parties doit supporter la perte, ce qui favorise l'irrévocabilité et permet d'éviter des débats judiciaires coûteux et inutiles.

[126] Notre Cour ne devrait pas continuer à interpréter le par. 20(5) d'une façon qui est inconciliable avec la raison d'être de la *LLC* et avec les principes qui sous-tendent notre régime des lettres de change.

D. Considérations de principe qui militent en faveur de la démarche préconisée

[127] Les considérations de principe qui militent en faveur de notre interprétation du qualificatif « fictive » et de l'expression « qui n'existe pas » employés au par. 20(5) sont importantes. Notre approche a pour effet d'imputer la perte résultant d'une fraude par chèque à la personne la mieux placée pour déceler la fraude et la réduire au minimum, ce qui est à la fois efficace et juste. Elle offre en outre aux tribunaux un cadre analytique grandement simplifié. Nous développons ci-après chacun de ces avantages.

[128] First, our proposed approach allocates the risk of losses from cheque fraud to the party in the best position to detect and minimize such fraud. This is effective and fair. Under our objective approach, the risk of loss due to cheque fraud falls on the drawer. Where a drawer is fraudulently induced into drawing a cheque to the order of someone with whom the drawer has no real transaction, the drawer will bear the loss. It matters not whether the fraudster was an employee or a third party, whether the fraudster might be the “directing mind”, or whether the payee is real. In all such cases, the banks will be able to successfully avail themselves of the protection granted by s. 20(5) against an action in conversion by the drawer. By contrast, the effect of the current framework is to place the risk of loss resulting from cheque fraud entirely on the banks.

[129] In our view, the drawer is the party in the best position to detect and prevent cheque fraud. The drawer is able to implement cheque approval policies and fraud detection measures such as audits (*Boma* dissent, at para. 95). For example, as noted by Justice La Forest, the fraudulent employee in *Boma* was only able to continue her fraud because no audit was conducted (para. 95). Professor Ogilvie has come to similar conclusions:

The primary responsibility, *in fact*, for the fraud rests with the employer who has failed to provide either adequate accounting procedures or supervision for the employee so as to prevent fraud, or due diligence in employment of that person in the first place. [Emphasis in original.]

(M. H. Ogilvie, “The Tort of Conversion and the Collecting Bank: *Teva Canada Ltd. v. Bank of Nova Scotia*” (2012), 91 *Can. Bar Rev.* 733, at p. 734; see also M. Mohamed and J. McJannet, “The Employer, the Bank, and the Fraudster: Vicarious Liability and *Boma Manufacturing Ltd. v. CIBC*” (2005), 20 *B.F.L.R.* 465, at p. 477; Geva (2015), at p. 583.)

[128] Premièrement, notre approche impute le risque de perte à la personne la mieux placée pour déceler la fraude par chèque et la réduire au minimum. Cette solution est à la fois efficace et juste. Suivant notre approche objective, le risque qu’une perte résulte d’une fraude par chèque repose sur le tireur. Lorsqu’il est frauduleusement amené à faire un chèque payable à une personne avec laquelle il n’a pas conclu d’opération réelle, le tireur doit supporter la perte. Il importe peu que le fraudeur soit un employé ou un tiers, que le fraudeur soit l’« âme dirigeante » ou que le preneur soit une personne réelle. Dans tous ces cas, la banque pourra invoquer avec succès la défense prévue au par. 20(5) contre le tireur qui la poursuit pour détournement. À l’opposé, le cadre actuel impute entièrement aux banques le risque de pertes causées par des chèques frauduleux.

[129] Selon nous, le tireur est la personne la mieux placée pour déceler et prévenir la fraude par chèque. Le tireur peut adopter et mettre en application des politiques d’approbation des chèques, ainsi que des mesures de détection des fraudes, telles que des mesures de vérification (*Boma*, motifs des juges dissidents, par. 95). Par exemple, comme le fait observer le juge La Forest dans l’arrêt *Boma*, l’employée malhonnête avait pu poursuivre ses activités illégales uniquement parce qu’il n’y avait jamais eu de mesures de vérification (par. 95). Le professeur Ogilvie conclut dans le même sens :

[TRADUCTION] Le premier responsable de la fraude est *en fait* l’employeur qui a omis d’établir un mécanisme comptable adéquat ou de bien encadrer l’employé pour prévenir la fraude, ou qui a fait preuve de laxisme en embauchant cette personne au départ. [En italique dans l’original.]

(M. H. Ogilvie, « The Tort of Conversion and the Collecting Bank : *Teva Canada Ltd. v. Bank of Nova Scotia* » (2012), 91 *R. du B. can.* 733, p. 734; voir également M. Mohamed et J. McJannet, « The Employer, the Bank, and the Fraudster : Vicarious Liability and *Boma Manufacturing Ltd. v. CIBC* » (2005), 20 *B.F.L.R.* 465, p. 477; Geva (2015), p. 583.)

[130] By contrast, banks are not in the best position to prevent cheque fraud on the drawer. In fact, the ability of collecting banks “to confirm or challenge the identity of their customer has not improved in the 100 years or so since the problem of fictitious or non-existing payees first arose” (Crawford, at p. 22-50.21). Justice La Forest’s reasoning in this regard is apposite (*Boma*, at para. 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. . . . 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. . . . 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.

[131] Since drawers are in the best position to effectively minimize cheque fraud, it makes sense to provide incentives for them to do so. If they don’t, they bear the risk of loss. This puts the incentives where they are the most effective. In addition, allocating risk of loss to the party in the best position to prevent or stop fraud has greater fairness than assigning risk of loss to a party that can do comparatively little to address the fraud. Many commentators have noted that the current framework allocates loss in a way that is unfair and arbitrary (Crawford, at p. 22-34; Mohamed and McJannet, at p. 476; Ogilvie, at p. 735). This is especially true with respect to the collecting bank, which Professor Ogilvie has described as “likely the most innocent of all the parties” (p. 735). Whereas a drawee bank is bound by contract to the drawer, and will usually

[130] À l’opposé, les banques ne sont pas les mieux placées pour prévenir la fraude par chèque commise au détriment du tireur. En fait, la faculté des banques d’encaissement [TRADUCTION] « de confirmer ou de mettre en doute l’identité de leurs clients ne s’est pas accrue depuis que le problème du preneur fictif ou inexistant a vu le jour il y a une centaine d’années » (Crawford, p. 22-50.21). Le raisonnement du juge La Forest sur ce point est à propos (*Boma*, par. 95) :

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. [. . .] 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. [. . .] 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.

[131] Le tireur étant le mieux placé dans les faits pour réduire au minimum la fraude par chèque, il est logique de l’y inciter. À défaut, on doit lui imputer le risque de perte. On incite ainsi à prendre des mesures en ce sens celui qui est le plus susceptible d’agir de manière efficace. De plus, imputer le risque de perte à celui qui est le mieux placé pour prévenir la fraude ou y mettre fin est plus juste que de l’imputer à celui qui, en comparaison, dispose de peu de moyens pour s’attaquer à la fraude. Selon de nombreux commentateurs, le cadre actuel répartit la perte de façon injuste et arbitraire (Crawford, p. 22-34; Mohamed et McJannet, p. 476; Ogilvie, p. 735), surtout dans le cas de la banque d’encaissement qui, selon le professeur Ogilvie, [TRADUCTION] « est probablement la plus innocente de toutes les parties » (p. 735). Alors que la banque tirée est

include protective clauses in that contract, the collecting bank does not have the benefit of any such protective clause. It has no contractual relationship with the drawer (Ogilvie, at p. 735).

[132] Our colleague expresses concern for small businesses, and suggests that banks are in a position to distribute the losses from fraud among many users. With respect, it is contrary to public policy to make bank customers the insurers against fraud for companies that fail to exercise effective control over the actions of their employees. Those very bank customers may themselves be small businesses or individuals. Moreover, small businesses are “in an excellent position to detect the fraud at an early stage and in that way minimize the loss” (*Boma* dissent, at para. 95). Encouraging them to do so is a more sound policy than asking bank customers to backstop sloppy management. We note as well that the drawer in this case is a large pharmaceutical company capable of refunding tens of millions of dollars to its customers. It is hardly a small business.

[133] Regardless of the size of business involved, all parties benefit from reducing fraud. Thus, we accept the importance of deterrence (see Mohamed and McJannet). As the drawer is in the best position to implement procedures that will deter fraud, we are of the view that the risk of loss should also rest with the drawer. Doing so places the incentive with the party who can take action.

[134] Our colleague points out that banks are significant beneficiaries of the bills of exchange system, and should therefore carry the risk of loss. We would place the risk of loss on the party best able to prevent it. Both businesses and banks benefit from the bills of exchange system. As Justice La Forest explained (*Boma*, at para. 96):

liée contractuellement au tireur et insère habituellement des clauses de protection dans ses contrats, la banque d'encaissement ne bénéficie pas d'une telle mesure de protection. Elle n'a pas de lien contractuel avec le tireur (Ogilvie, p. 735).

[132] Notre collègue dit s'inquiéter pour les petites entreprises et laisse entendre que les banques sont bien placées pour répartir entre un grand nombre d'utilisateurs la perte découlant d'une fraude. Avec égards, il est contraire aux considérations de principe pertinentes de faire du client bancaire un garant contre la fraude dont est victime une entreprise qui ne contrôle pas efficacement les actes de ses employés. Ce même client bancaire peut fort bien être lui-même une petite entreprise ou un simple particulier. Qui plus est, une petite entreprise est « très bien placé[e] pour déceler rapidement la fraude et pour réduire ainsi au minimum la perte » (*Boma*, motifs des juges dissidents, par. 95). L'encourager à agir de la sorte plutôt que de demander aux autres clients de la banque de pallier une mauvaise gestion est plus logique et de loin préférable. Signalons au passage que le tireur est en l'espèce une importante société pharmaceutique en mesure de rembourser des dizaines de millions de dollars à ses clients. Nous sommes loin d'une petite entreprise.

[133] Mais peu importe la taille de l'entreprise en cause, tous bénéficient de la diminution du nombre de fraudes. Nous convenons donc de l'importance de la dissuasion (voir Mohamed et McJannet). Comme le tireur est le mieux placé pour prendre des mesures de nature à décourager la fraude, nous sommes d'avis que c'est également lui qui devrait supporter toute perte éventuelle. Ce faisant, on incite à agir la partie qui est la plus en mesure de le faire.

[134] Notre collègue souligne que les banques bénéficient grandement du régime des lettres de change et qu'elles devraient donc se voir imputer le risque de perte. Nous croyons que c'est la partie la plus à même d'empêcher la perte qui devrait la supporter. Tant les entreprises que les banques bénéficient du régime des lettres de change. Comme l'explique le juge La Forest (*Boma*, par. 96) :

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 chequing system to facilitate the function of commerce.

Allocating the risk of loss to banks simply because they would be better able to absorb the loss compared to their customers does little to prevent fraud at its source. Faced with two innocent parties, a much stronger justification exists for placing the risk of loss on the party best able to control that risk (*Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534, at para. 54). Furthermore, corporate clients can benefit from fraud insurance, transferring the risk to an insurance company — another institution well placed to absorb any such losses.

[135] In summary, the drawer is in the best position to identify and detect fraud. Ergo, it is sound policy for the drawer to assume the risk of not doing so. We highlight, however, that under our approach, s. 20(5) will not always find application and thus the banks will not always have a defence. Our approach increases the scope of s. 20(5), but it does not make its application automatic. Rather, the effect of our interpretation is to limit successful actions in conversion to situations where the converted cheque is payable to a real person who is entitled to the proceeds of the cheque. This will happen for example where a person, whether an employee of the drawer or a third party, steals a cheque issued by the drawer for a real transaction and cashes it on a forged endorsement. In such cases, the loss is allocated to the banks by virtue of s. 48 of the *BEA*.

[136] The second policy rationale for our approach is that it simplifies the analysis to be performed *ex post facto* by courts to determine whether a payee is non-existing or fictitious under s. 20(5). The adoption of a subjective approach by Canadian jurisprudence has led courts to struggle with the question of whose intention is relevant, and, as in the present case, of whether the relevant intention can be presumed or inferred. In cases where non-existence has been in issue, courts have had to undertake a delicate analysis of whether the person whose intention was relevant

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

Imputer à la banque le risque de perte pour la seule raison qu'elle est plus à même que ses clients d'absorber la perte contribue peu à contrer la fraude à la source. En présence de deux parties innocentes, il est beaucoup plus justifié d'imputer le risque à la partie la mieux placée pour le contrôler (*Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534, par. 54). De plus, les entreprises clientes peuvent s'assurer contre la fraude et transférer le risque à un assureur, qui est lui aussi bien placé pour absorber la perte.

[135] En résumé, le tireur est le mieux placé pour déceler la fraude. Il est donc logique que ce soit lui qui court le risque découlant de la non-détection d'une fraude. Soulignons toutefois que, suivant notre approche, le par. 20(5) ne trouvera pas toujours application, si bien que les banques ne disposeront pas toujours d'un moyen de défense. Notre démarche élargit la portée du par. 20(5), mais n'en rend pas l'application automatique. Elle circonscrit plutôt la situation dans laquelle la poursuite pour détournement pourra être fructueuse : celle où le chèque frauduleux est payable à une personne réelle qui a droit au montant du chèque. Tel sera le cas, par exemple, lorsqu'une personne — un employé du tireur ou un tiers — vole le chèque émis par le tireur en corrélation avec une opération réelle et l'encaisse sur la foi d'un endossement contrefait. En pareil cas, la perte est imputée à la banque suivant l'art. 48 de la *LLC*.

[136] La seconde considération de principe qui milite en faveur de notre démarche réside dans la simplification de l'analyse à laquelle doivent se livrer les tribunaux a posteriori pour décider si le preneur est une personne qui n'existe pas ou une personne fictive au sens du par. 20(5). Étant donné l'approche subjective retenue dans la jurisprudence canadienne, les cours ont dû traiter de façon laborieuse la question de l'intention, à savoir quelle est l'intention qui doit être prise en compte, et se demander, comme en l'espèce, si cette intention

had a reasonable and honest but mistaken belief that the payee was legitimate (e.g. *Westboro Flooring and Décor Inc. v. Bank of Nova Scotia* (2004), 71 O.R. (3d) 723 (C.A.)).

[137] In our view, the objective approach we propose avoids these convolutions. Under our approach, the court tasked with determining whether s. 20(5) applies to a cheque only has to assess whether the cheque was made to a payee who does not exist, or to a payee with whom the drawer has no real underlying transaction. This assessment is solely based on objective facts — not on anyone’s intention.

E. *Stare Decisis*

[138] The rule of precedent, or *stare decisis*, is essential to the common law. It “promotes predictability, reduces arbitrariness, and enhances fairness, by treating like cases alike” (*Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609, at para. 18). By safeguarding certainty and consistency, adherence to precedent allows for an orderly administration of justice predicated on the rule of law.

[139] Accordingly, this Court does not lightly depart from its own precedents. There must be compelling reasons to do so (*R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 849; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at pp. 1352-53; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 130; *Craig*, at para. 25). The Court is especially reluctant to overturn recent precedents that are the product of strong majorities (*Fraser*, at para. 57; *Craig*, at para. 24; *Nishi v. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 SCC 33, [2013] 2 S.C.R. 438, at paras. 23-24).

[140] When deciding whether to overrule a precedent, this Court must balance the certainty that comes with adhering to precedent with the benefit of

peut être présumée ou déduite. Dans les affaires où le preneur était une personne qui n’existe pas, les tribunaux ont dû se livrer à une analyse subtile pour décider si la personne dont l’intention importante avait cru à tort, mais de bonne foi et de façon raisonnable, que le preneur avait droit à la somme (p. ex. *Westboro Flooring and Décor Inc. c. Bank of Nova Scotia* (2004), 71 O.R. (3d) 723 (C.A.)).

[137] À notre sens, l’approche objective que nous proposons permet d’éviter tous ces méandres. Grâce à elle, le tribunal appelé à décider si le par. 20(5) s’applique à un chèque n’a qu’à se demander si le chèque a été fait payable à un preneur qui n’existe pas ou à un preneur avec lequel le tireur n’a pas conclu de véritable opération sous-jacente. Cette appréciation est fondée uniquement sur des faits objectifs, non sur quelque intention que ce soit.

E. *Le stare decisis*

[138] Le principe du respect des précédents — ou *stare decisis* — est fondamental en common law. « En faisant en sorte que des affaires semblables reçoivent un traitement semblable, [il] favorise la prévisibilité et l’équité tout en limitant le recours à l’arbitraire » (*Sriskandarajah c. États-Unis d’Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 18). En assurant la certitude et la cohérence, le respect des précédents permet la bonne administration de la justice sur le fondement de la primauté du droit.

[139] La Cour n’écarte donc pas à la légère ses décisions antérieures; elle doit avoir des raisons impérieuses de le faire (*R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, p. 849; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1352-1353; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 130; *Craig*, par. 25). La Cour répugne particulièrement à rompre avec des arrêts récents qui emportent l’assentiment d’une majorité claire de ses juges (*Fraser*, par. 57; *Craig*, par. 24; *Nishi c. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 CSC 33, [2013] 2 R.C.S. 438, par. 23-24).

[140] Lorsqu’elle s’interroge sur l’opportunité d’écartier l’une de ses propres décisions, la Cour doit mettre en balance la certitude qu’assure le respect

correcting the jurisprudence (*Craig*, at para. 27). The “benefits must outweigh the costs” (*Sriskandarajah*, at para. 19). As Justice Rothstein (concurring in the result) explained in *Fraser* (at paras. 133 and 139):

What the courts are doing when deciding whether to overrule a precedent is a balancing exercise between two important values: correctness and certainty. A court must ask whether it is preferable to adhere to an incorrect precedent to maintain certainty or to correct the error. . . .

. . . Fundamentally, the question in every case involves a balancing: Do the reasons in favour of following a precedent — such as certainty, consistency, predictability and institutional legitimacy — outweigh the need to overturn a precedent that is sufficiently wrong that it should not be upheld and perpetuated?

[141] Generally, adhering to precedent enshrines certainty. However, in some instances continued recognition of prior decisions has the effect of *creating* uncertainty. For example, in *Minister of Indian Affairs and Northern Development v. Ranville*, [1982] 2 S.C.R. 518, Dickson J. (as he then was) found that “adherence to the *stare decisis* principle would generate more uncertainty than certainty” and he therefore refused to follow it (p. 528). In that case, the continued recognition of the concept of *persona designata* “approved by this Court in *Commonwealth of Puerto Rico v. Hernandez*, [[1975] 1 S.C.R. 228], can only have the effect of creating doubt” (p. 528). Chief Justice Dickson later explained the rationale for the *Ranville* decision (*Bernard*, at p. 858):

The prior decision itself was a cause of uncertainty, and therefore following the prior decision because of *stare decisis* would be contrary to the underlying value behind that doctrine, namely, clarity and certainty in the law.

This view was echoed by Chief Justice Lamer in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, where he explained that justification for overruling precedent

d’un précédent et l’avantage que présente la rectification de la jurisprudence (*Craig*, par. 27). « Les avantages doivent [. . .] l’emporter sur les inconvénients » (*Sriskandarajah*, par. 19). Le juge Rothstein (souscrivant au résultat) l’explique comme suit dans l’arrêt *Fraser* (par. 133 et 139) :

Le tribunal appelé à décider s’il convient ou non d’écarter un précédent met en balance deux valeurs importantes : la décision correcte et la certitude. Il doit se demander s’il vaut mieux suivre une décision incorrecte dans l’intérêt de la certitude ou corriger l’erreur. . . .

. . . Fondamentalement, la question qui se pose chaque fois appelle une mise en balance : les motifs qui justifient le respect d’un précédent — comme la certitude, la cohérence, la prévisibilité et la légitimité institutionnelle — l’emportent-ils sur la nécessité d’écarter un précédent dont le caractère erroné justifie qu’il ne soit ni confirmé ni perpétué?

[141] En règle générale, le respect des décisions antérieures assure la certitude. Toutefois, dans certains cas, ce respect continu des décisions antérieures *crée* de l’incertitude. Ainsi, dans l’arrêt *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) opine que « suivre le principe du *stare decisis* créerait plus d’incertitude que de certitude » et il refuse donc de le suivre (p. 528), estimant que si l’on continuait à reconnaître le concept de *persona designata* « approuv[é] par [la] Cour dans l’arrêt *Commonwealth de Puerto Rico c. Hernandez*, [[1975] 1 R.C.S. 228], on ne peut que laisser planer des doutes » (p. 528). Le juge en chef Dickson précise dans un arrêt ultérieur les motifs qui sous-tendent l’arrêt *Ranville* (*Bernard*, p. 858) :

L’arrêt antérieur était lui-même une cause d’incertitude, de sorte que, en le suivant simplement par respect pour le principe du *stare decisis*, on se serait trouvé aller à l’encontre de la valeur fondamentale sous-tendant ce principe, c’est-à-dire celle de la clarté et de la certitude du droit.

Ce point de vue est repris dans l’arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, où le juge en chef Lamer explique que la Cour peut être justifiée d’infirmier un

may be found where “the rule or principle under consideration has created uncertainty or has become ‘unduly and unnecessarily complex and technical’” (p. 778).

[142] In our view, the instant appeal falls into this category. Adhering to *Concrete Column* and *Boma* creates, rather than ameliorates, uncertainty. There is “an excessive accumulation of technical precedents” (B. Geva, “Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC*” (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 177, at p. 197) which lay down unnecessarily complex and elusive rules. This has undermined certainty as courts have struggled to apply the subjective approach adopted in *Concrete Column* and *Boma*.

[143] While both *Concrete Column* and *Boma* consider subjective intention, each relies on, and attributes to the drawer, the subjective intention of a different corporate actor. In *Concrete Column*, the majority attributed the intention of the company’s signing officer to the drawer. The cheques at issue were prepared fraudulently by a payroll clerk at the company, but were signed mechanically by an officer. Based on the signing officer’s intention, the Court presumed that the drawer intended to issue cheques and thus found the fictitious payee defence inapplicable. But in *Boma*, regarding cheques issued to imaginary persons, Justice Iacobucci held that the intention of a signing officer of the company was not relevant (para. 40). Rather, the “relevant intention” is that of the “directing mind of the corporate” drawer (para. 40).

[144] This inconsistency added to the difficulty in applying *Concrete Column* and *Boma*. Courts have struggled to determine whose intention is relevant and whether the relevant intention can be presumed or inferred. For example, in *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212 (Ont. S.C.J.), aff’d (2002), 158 O.A.C. 111, the court presumed that the drawer intended to pay non-existing payees, even though no guiding mind

arrêt antérieur lorsque « le principe en cause [a] causé une incertitude ou [est] devenu “inutilement et indûment complexe et formaliste” » (p. 778).

[142] La présente affaire appartient selon nous à cette catégorie. Suivre les arrêts *Concrete Column* et *Boma* crée l’incertitude au lieu d’y remédier. [TRADUCTION] « Un trop grand nombre de précédents de nature technique » (B. Geva, « Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC* » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 177, p. 197) établissent des règles inutilement vagues et complexes, ce qui affaiblit la certitude, les tribunaux s’efforçant d’appliquer la méthode subjective issue des arrêts *Concrete Column* et *Boma*.

[143] Bien que les arrêts *Concrete Column* et *Boma* tiennent compte de l’intention subjective, dans chacun d’eux, la Cour attribue au tireur l’intention subjective d’un représentant de l’entreprise différent et se fonde sur cette intention. Dans *Concrete Column*, les juges majoritaires ont imputé au tireur l’intention du signataire autorisé de la société. Les chèques en cause avaient été préparés frauduleusement par un commis à la paie, puis signés mécaniquement par un dirigeant. Invoquant l’intention du préposé autorisé à signer les chèques, la Cour présume que le tireur a eu l’intention d’émettre les chèques, de sorte qu’elle juge irrecevable la défense du preneur fictif. Par contre, dans *Boma*, s’agissant de chèques payables à des personnes aux noms inventés, le juge Iacobucci a statué que l’intention du signataire du chèque importait peu (par. 40) et que l’« intention pertinente » est celle de « l’âme dirigeante » de la personne morale qui a tiré le chèque (par. 40).

[144] Cette contradiction ajoute à la difficulté d’appliquer les arrêts *Concrete Column* et *Boma*. Les tribunaux ont du mal à décider quelle est l’intention qui doit être prise en compte et si cette intention peut être présumée ou déduite. Par exemple, dans *Metroland Printing, Publishing & Distribution Ltd. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (2001), 14 B.L.R. (3d) 212 (C.S.J. Ont.), conf. par (2002), 158 O.A.C. 111, le tribunal présume que le tireur avait l’intention de payer des preneurs qui n’existaient pas,

or officer of the company reviewed the cheques. And in *Westboro Flooring & Décor Inc. v. Bank of Nova Scotia*, 2002 CanLII 7479 (Ont. S.C.J.), aff'd (2004), 71 O.R. (3d) 723 (C.A.), the Court of Appeal for Ontario inferred that the drawer formed an honest but mistaken belief regarding the cheques despite only mentioning the company's signing officer, not its guiding mind. However, in a more recent decision of that court, it held that the drawer's honest but mistaken belief could not be inferred or presumed because "no one responsible for running [the company] considered any of the cheques" (*Rouge Valley Health System v. TD Canada Trust*, 2012 ONCA 17, 108 O.R. (3d) 561, at para. 40).

[145] Even if a court successfully discerns whose subjective intention is pertinent to each branch of s. 20(5), courts may have difficulty identifying the guiding mind of a corporate drawer. Justice Iacobucci did not define the term "guiding mind" — "its boundaries are not clear" (Geva (2015), at p. 583). Even if the guiding mind is identified, rightly or wrongly, a court may have difficulty determining "what was in the employer's mind as to the payee when the cheque was drawn" (Ogilvie, at p. 742). In other words, proving his or her intention may require costly litigation fraught with uncertainty.

[146] The objective approach we propose avoids these uncertainties. Under our approach, the court tasked with determining whether s. 20(5) applies to a cheque only has to assess whether the cheque was made to a payee who does not exist, or to a payee with whom the drawer has no real underlying transaction. This assessment, which is solely based on objective facts and not on anyone's intention, will add much needed predictability to the s. 20(5) analysis. Thus, in this case, we are of the view that departing from precedent will increase certainty.

[147] Turning to the correctness side of the balancing exercise, we are of the view that overruling *Concrete Column* and *Boma* offers a needed

même si aucun dirigeant ou « âme dirigeante » de l'entreprise n'avait examiné les chèques. Et dans l'arrêt *Westboro Flooring & Décor Inc. c. Bank of Nova Scotia*, 2002 CanLII 7479 (C.S.J. Ont.), conf. par (2004), 71 O.R. (3d) 723 (C.A.), la Cour d'appel de l'Ontario a inféré que le tireur avait une croyance sincère mais erronée au sujet des chèques même si elle ne fait mention que du signataire autorisé de l'entreprise, et non de son âme dirigeante. Toutefois, dans un arrêt plus récent, la même Cour d'appel de l'Ontario estime que l'on ne peut inférer ou présumer la croyance sincère mais erronée du tireur parce qu'[TRADUCTION] « aucun membre de la direction de l'entreprise n'a examiné les chèques » (*Rouge Valley Health System c. TD Canada Trust*, 2012 ONCA 17, 108 O.R. (3d) 561, par. 40).

[145] Même lorsqu'elle arrive à déterminer quelle intention subjective importe pour l'application de chacun des volets du par. 20(5), une cour peut avoir du mal à identifier l'âme dirigeante de la personne morale qui a tiré les chèques. Le juge Iacobucci ne définit pas le terme « âme dirigeante », une notion dont [TRADUCTION] « la délimitation demeure incertaine » (Geva (2015), p. 583). Et même si elle identifie l'âme dirigeante, correctement ou erronément, une cour peut éprouver des difficultés à déterminer [TRADUCTION] « ce que l'employeur avait en tête au sujet du preneur lorsque le chèque a été tiré » (Ogilvie, p. 742). En d'autres termes, prouver l'intention du tireur peut nécessiter une poursuite coûteuse à l'issue incertaine.

[146] L'approche objective que nous préconisons fait disparaître toute incertitude. En effet, le tribunal appelé à décider si le par. 20(5) s'applique à un chèque n'a qu'à se demander si le chèque a été fait payable à un preneur qui n'existe pas ou avec lequel le tireur n'a pas conclu de véritable opération sous-jacente. Fondée uniquement sur des faits objectifs à l'exclusion de l'intention de qui que ce soit, cette approche répond à un besoin criant de prévisibilité dans l'application du par. 20(5). Dès lors, dans le cas qui nous occupe, nous estimons que s'écarter des précédents accroît la certitude.

[147] En ce qui a trait à l'étape de la mise en balance, nous croyons qu'infirmes les arrêts *Concrete Column* et *Boma* correspond à la mesure nécessaire

course correction that will return the jurisprudence to a proper interpretation of s. 20(5). Our objective approach mirrors that found in *Vagliano* — the intention of the parties charged is not relevant, and where there is no genuine transaction the bank is entitled to treat the bill as payable to bearer. As we have explained, this interpretation is grounded in the text and history of the provision.

[148] Further, as we have explained, our approach aligns with the purpose of the bills of exchange system as guided by the *BEA*: negotiability, certainty, and finality. The interpretation in *Concrete Column* and *Boma* does not. A precedent's failure to align with legislative purpose is a compelling reason to depart from *stare decisis* (*Henry*, at para. 45).

[149] Overturning precedent in this case is supported by additional factors. For example, significant judicial and academic criticism may justify abandoning precedent (*Craig*, at para. 29; *Rascal Trucking*, at para. 28; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683, at para. 39). Here, there has been both. Justice La Forest, supported by Justice McLachlin (as she then was), offered such a criticism of *Concrete Column* in *Boma*.

[150] Tellingly, Falconbridge's text, relied upon by the majority in *Concrete Column*, responded in its 8th edition by supporting the dissenting opinions: ". . . the reasoning of the dissents is more likely to do justice" (p. 1261). And the majority's interpretation of "fictitious", based on the intention of the drawer, has been described as "hardly plausible" (Geva (1978), at p. 424).

[151] The academic criticism has only grown following *Boma*. It has been the subject of "continuous" and "harsh" criticism (Mohamed and McJannet, at pp. 466 and 476). There have been repeated pleas for

pour ramener la jurisprudence à une interprétation correcte du par. 20(5). Notre approche objective reprend celle de l'arrêt *Vagliano* : l'intention de la personne à qui la somme est imputée n'est pas pertinente, et à défaut d'une opération véritable, la banque peut considérer l'effet comme payable au porteur. Rappelons que cette interprétation prend appui tant sur le libellé de la disposition que sur son historique.

[148] De plus, rappelons-le, notre démarche est conforme aux objectifs du régime des lettres de change qui ressortent de la *LLC*, à savoir la négociabilité, la certitude et l'irrévocabilité, contrairement à l'interprétation retenue par la Cour dans les arrêts *Concrete Column* et *Boma*. L'incompatibilité d'un précédent avec un objectif législatif justifie amplement que l'on s'écarte du *stare decisis* (*Henry*, par. 45).

[149] D'autres éléments justifient en l'espèce que l'on infirme des arrêts antérieurs. Par exemple, d'importantes critiques judiciaires et doctrinales peuvent justifier la mise à l'écart d'un précédent (*Craig*, par. 29; *Rascal Trucking*, par. 28; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683, par. 39). En l'espèce, les critiques émanent tant des tribunaux que des auteurs. Dans *Boma*, le juge La Forest, avec l'appui de la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), critique ainsi *Concrete Column*.

[150] Fait révélateur, dans la huitième édition de l'ouvrage de Falconbridge, sur lequel se fondent les juges majoritaires dans *Concrete Column*, l'auteur réagit en se rangeant à l'avis des juges dissidents : [TRADUCTION] « . . . le raisonnement des juges dissidents est davantage susceptible de rendre justice aux parties » (p. 1261). Par ailleurs, le sens que les juges majoritaires attribuent au qualificatif « fictive » en se basant sur l'intention du tireur est qualifié de [TRADUCTION] « peu vraisemblable » (Geva (1978), p. 424).

[151] Les critiques des auteurs n'ont fait que s'accroître après l'arrêt *Boma*, la Cour faisant alors l'objet de [TRADUCTION] reproches « constants » et « virulents » (Mohamed et McJannet, p. 466 et 476).

this Court to revisit its interpretation of s. 20(5) (see e.g. Ogilvie, at p. 745; Geva (2015), at p. 593).

[152] Many of the specific concerns identified in scholarly publications have been noted elsewhere in these reasons. It is sufficient here to point out two themes that emerge. First, the interpretation of s. 20(5) embraced by the majority in *Concrete Column* and *Boma* undermines negotiability, a purpose behind the bills of exchange system (see e.g. Rafferty and Hamilton; Crawford, at p. 22-50.18d). Second, the Court has “failed to see the forest for the trees” (Geva (1997), at p. 197). The meaning of s. 20(5) “has been buried under an avalanche of rules, sub-rules, and distinctions, which may not be always easily appreciated” (B. Geva, “The Fictitious Payee After *Teva v. BMO*: Has the Pendulum Swung Back Far Enough?” (2016), 31 *B.F.L.R.* 607, at p. 619). As Professor Ogilvie opines (at p. 744):

Top courts appear to have lost sight of what these cases are about, perhaps because they have been mesmerized by small factual distinctions in the means by which the defalcations have been executed, technical interpretations of the *BEA* somewhat distant from the original intentions of the draftsman, and possibly even too great a desire to ensure that a bank pays rather than a customer, notwithstanding that it will be the bank’s other customers who will bear the loss caused by the fraud rather than the employer who was in the best position to prevent and to detect early any fraudulent conduct.

[153] In summary, we are of the view that *Concrete Column* and *Boma* ought to be overturned in favour of the objective approach we have proposed. The balancing of certainty and correctness heavily favours doing so. Decades of academic and judicial criticism plot the course. And the earlier jurisprudence reveals a path.

[154] We note that an objective approach to “fictitious” would be dispositive in this case (none of the cheques were for an underlying transaction). Thus it is not strictly necessary to overrule the subjective

On a maintes fois exhorté la Cour à reconsidérer son interprétation du par. 20(5) (voir p. ex. Ogilvie, p. 745; Geva (2015), p. 593).

[152] Les présents motifs font état de bon nombre des doléances exprimées par les auteurs. Qu’il suffise d’en mentionner deux. D’abord, l’interprétation majoritaire du par. 20(5) dans les arrêts *Concrete Column* et *Boma* compromet la négociabilité, soit l’un des objectifs du régime des lettres de change (voir p. ex. Rafferty et Hamilton; Crawford, p. 22-50.18d). Ensuite, la Cour [TRADUCTION] « a échoué à dégager une vue d’ensemble de la question » (Geva (1997), p. 197). Le sens du par. 20(5) [TRADUCTION] « s’est retrouvé enfoui sous un amoncellement de règles, sous-règles et distinctions qui ne sont pas toujours d’application facile » (B. Geva, « The Fictitious Payee After *Teva v. BMO*: Has the Pendulum Swung Back Far Enough? » (2016), 31 *B.F.L.R.* 607, p. 619). Comme l’explique le professeur Ogilvie (à la p. 744) :

[TRADUCTION] Les tribunaux supérieurs semblent avoir perdu de vue les faits propres à ces affaires, peut-être parce qu’ils ont été obnubilés par de subtiles distinctions factuelles entre les moyens employés pour commettre les malversations, par des interprétations techniques de la *LLC* quelque peu éloignées de l’intention initiale du législateur et, peut-être même, par la volonté exagérée de faire en sorte que la banque, et non le client, paie, et ce, malgré le fait que ce sont les autres clients de la banque qui assumeront la perte causée par la fraude plutôt que l’employeur, qui était la personne la mieux placée pour prévenir et déceler au départ tout comportement frauduleux.

[153] En résumé, nous sommes d’avis qu’il y a lieu d’infirmes les arrêts *Concrete Column* et *Boma* et d’adopter l’approche objective que nous proposons. La mise en balance de la certitude du droit et de la rectification d’une erreur milite fortement en faveur d’un tel revirement. Des décennies de critiques doctrinales et judiciaires ont tracé la voie, sans compter que la jurisprudence antérieure offre des balises.

[154] Nous signalons qu’une interprétation objective du qualificatif « fictive » permettrait de résoudre le litige dans la présente affaire, aucun des chèques ne correspondant à une opération sous-jacente. Il

approach to “non-existent” introduced in *Boma*. However, adopting an objective approach to fictitious would, as we have explained, make the *Boma* approach to non-existence moot. In the interest of clarity in the jurisprudence, we would explicitly overrule *Boma*.

F. *Application*

[155] In the instant case, the payees PCE Pharmacare and Pharma Team System were invented by McConachie and did not in fact exist. They are therefore non-existing under s. 20(5). The payees London Drugs, Pharma Ed Advantage, Medical Pharmacies Group, and Pharmachoice are real entities. However, the cheques were for false purchase orders (Whitaker J., 2014 ONSC 828, at para. 12 (CanLII)), and thus there were no underlying transactions with the payees. Accordingly, all payees in this second group were fictitious under s. 20(5). In the result, the banks were entitled to treat all the cheques as payable to bearer.

III. Disposition

[156] We would dismiss the appeal, and overrule *Concrete Column* and *Boma*.

Appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. and WAGNER, CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fred Tayar & Associates, Toronto; Langlois Lawyers, Montréal.

Solicitors for the respondent TD Canada Trust: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the respondent the Bank of Nova Scotia: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener: Liebman Légal Inc., Montréal.

n’est donc pas absolument nécessaire d’écarter l’interprétation subjective de l’expression « qui n’existe pas » dans l’arrêt *Boma*. Cependant, l’interprétation objective de ce qualificatif rend théorique, comme nous l’expliquons précédemment, l’interprétation de l’expression « qui n’existe pas » retenue dans l’arrêt *Boma*. Pour assurer la clarté de la jurisprudence, nous sommes d’avis d’écarter explicitement l’arrêt *Boma*.

F. *Application*

[155] Dans le cas qui nous occupe, les preneurs PCE Pharmacare et Pharma Team System ont été inventés de toutes pièces par M. McConachie et n’existaient pas dans les faits. Il s’agissait donc de personnes qui n’existent pas au sens du par. 20(5). Les preneurs London Drugs, Pharma Ed Advantage, Medical Pharmacies Group et Pharmachoice sont des entités réelles. Or, les chèques ont été établis sur la foi de faux bons de commande (le juge Whitaker, 2014 ONSC 828, par. 12 (CanLII)), et aucunes opérations sous-jacentes ne sont intervenues avec ces preneurs. Par conséquent, tous les preneurs de ce second groupe étaient des personnes fictives au sens du par. 20(5), si bien que les banques pouvaient considérer tous les chèques comme payables au porteur.

III. Dispositif

[156] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi et d’écarter les arrêts *Concrete Column* et *Boma*.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges WAGNER, CÔTÉ et ROWE sont dissidents.

Procureurs de l’appelante : Fred Tayar & Associates, Toronto; Langlois avocats, Montréal.

Procureurs de l’intimée TD Canada Trust : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l’intimée la Banque de Nouvelle-Écosse : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l’intervenante : Liebman Légal Inc., Montréal.