

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Teva Canada Ltée *c.* TD Canada Trust, 2017 CSC 51, [2017] 2 R.C.S. 317 | **Appel entendu :** 24 février 2017**Jugement rendu :** 27 octobre 2017**Dossier :** 36918 |

Entre :

Teva Canada Limitée

Appelante

et

TD Canada Trust et Banque de Nouvelle-Écosse

Intimées

- et -

Association canadienne du médicament générique

Intervenante

**Traduction française officielle**

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

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**(par. 1 à 76) | La juge Abella (avec l’accord des juges Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Brown) |
| **Motifs conjoints dissidents :**(par. 77 à 156): | Les juges Côté et Rowe (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et du juge Wagner) |

Teva Canada Ltée *c.* TD Canada Trust, 2017 CSC 51, [2017] 2 R.C.S. 317

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

No 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 véritables 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, 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 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.

 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 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’uneintention 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 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, 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 (puisqu’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 puissedéterminer 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.

 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.

**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, no 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 (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 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.

 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.

 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]](#footnote-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.

1. 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 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]

1. 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.
2. 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 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.
3. 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

1. 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.
2. 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 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.
3. Après avoir découvert la fraude en 2006, les dirigeants de Teva ont congédié M. McConachie.
4. En juin 2007, Teva a poursuivi les banques d’encaissement pour détournement, alléguant qu’elles devaient supporter la perte.
5. 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.
1. 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.
2. 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 » (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’ellesont été condamnées à payer à Teva le montant total des chèques.
3. 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

1. 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.
2. 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.
3. 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 *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.
4. 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)

1. 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.)

1. 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 quelquevaleur commerciale au chèque, était préclus de contester le paiement du chèque au porteur.
2. 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.).
3. 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).
4. 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.
5. 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 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* (7e éd. 1969), par A. W. Rogers, p. 482‑486)

1. 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.
2. 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 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.
3. 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.

1. 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.)

1. 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 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.
2. 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[aient] 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.
3. En ce qui a trait à la seconde série de preneurs, celle constituée d’employés deConcrete 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.
4. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le jugePigeon 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.

1. 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).

1. 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]

1. 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. 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.
2. 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).
3. 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).
4. 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. Mme 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 endossement et d’autres sur endossement falsifié du preneur.
5. 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.
6. 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).
7. 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, Mme Alm, ou celle de l’âme dirigeante des sociétés qui avait tiré les chèques mais qui ignorait tout du stratagème frauduleux, Boris Mange.
8. 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* (2e éd. 1995)), il est, à mon avis, important dans les circonstances de la présente affaire d’établir une distinction entre le signataire et le tireur. En l’espèce, le tireur est l’entité sur le compte bancaire de laquelle les chèques ont été tirés, c’est‑à‑dire les compagnies appelantes. Alm n’était pas le tireur, mais simplement la signataire. En conséquence, c’est l’intention des compagnies appelantes, en tant que tireur, qui doit être déterminée. À mon avis, il est erroné de conclure qu’il était possible en quelque sorte de considérer que Alm, en tant que signataire autorisée des appelantes, exprimait l’intention du tireur appelant. [par. 55 et 58]

1. 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.

1. 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.
2. 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.
3. 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 endossements valides et non falsifiés étaient requis. [par. 60‑61]

1. 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.
2. Le juge Iacobucci a aussi catégoriquementrejetéla 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).

1. 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*.)

1. 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.
2. 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’uneintention précise de la ou des âmes dirigeantes 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. 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]

1. 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*, Qc, no 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.
2. 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 preneur avec une personne avec laquelle il avait une relation établie. L’évaluation se veut alors objective.
3. 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.)).
4. 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.
5. 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.
6. 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* 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* (3e 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.)

1. 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) corresponde à l’état de la common law (J. D. Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange* (6e 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. »
2. 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 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* (6e éd. 2014), p. 537-541 et 543-544).
3. 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.
4. 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.
5. 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 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.
6. 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.
7. 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.
8. *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 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. »
9. 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]

1. 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.
2. 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).
3. 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

1. 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* (8e éd. 1986), par B. Crawford, vol. 2, p. 1386).
2. La question se pose alors de savoir si les banques peuvent invoquer le par. 20(5), et la réponse dépend de ce que les six preneurs nommés sur les chèques sont ou non des personnes fictives ou qui n’existent pas.
3. 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 ».
4. Par conséquent, les preneurs ne sont donc ni des personnes fictives ni des personnes qui n’existent pas.
5. 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

1. 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.

1. 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 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 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.
2. 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.
3. 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.
4. 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.
5. Notre approche objective est en adéquation avec la raison d’être du régime des lettres de change en ce qu’elle promeut 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).
6. 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’infirmer, 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.
7. Les faits
8. 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.
9. Analyse
	1. Approche préconisée pour l’application du par. 20(5)
10. 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 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.
11. 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 (puisqu’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.
12. 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* (6e 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 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.
13. 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).
14. 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.
15. 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 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 conclurons en justifiant pourquoi les arrêts *Concrete Column* et *Boma* doivent être infirmés.
	1. Appui jurisprudentiel
16. 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*
17. 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).
18. 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 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).
	* 1. Interprétation dans *Vagliano* de la *Bills of Exchange Act* du Royaume‑Uni
19. 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. »
20. 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.
21. 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* 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.
22. 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* (4e 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).

1. 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).
2. 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).

1. Les éléments qui précèdent étayent 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, 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* (18e 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* (9eéd. 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.]

1. 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.
2. 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 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.

1. 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).
2. 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 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 nommément 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 ».

1. 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 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.
2. 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 — étayent 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.
3. 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.]

* + 1. Rupture d’avec l’approche objective
1. 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*. »
2. 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.]

1. Le doyen Falconbridge a consacré le rôle clé de l’intention par la formulation de ses deux principes et quatre propositions (p. 468‑469) :

 [traduction] La question de savoir si un preneur nommé est une personne qui n’existe pas est une simple question de fait qui ne dépend de l’intention de personne. Celle de savoir si le preneur est une personne fictive dépend de l’intention de l’auteur de l’effet, à savoir le tireur d’une lettre 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.]

1. 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*.
2. 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.
3. 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.]

1. 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.
2. 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*.
3. Dans l’affaire *Boma*, une employée malhonnête, Mme 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 Mme 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 Mme 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 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).
4. 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* eta 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* (8e 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.

1. 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 » 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.
2. 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.
	1. Considérations téléologiques qui militent en faveur de la démarche préconisée
3. 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 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.

1. 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 puissedéterminer 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.
2. 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 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] « contrer 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.)

1. 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.
2. 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 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*.
3. 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.
4. 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.
	1. Considérations de principe qui militent en faveur de la démarche préconisée
5. 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.
6. 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.
7. 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.)

1. 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.

1. 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 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).
2. 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.
3. 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.
4. 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) :

 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.

1. 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*.
2. 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 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 importait 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.)).
3. 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.
	1. Le stare decisis
4. 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.
5. 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).
6. Lorsqu’elle s’interroge sur l’opportunité d’écarter l’une de ses propres décisions, la Cour doit mettre en balance la certitude qu’assure le respect 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?

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

1. 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*.
2. 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).
3. 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, 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).
4. 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.
5. 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.
6. En ce qui a trait à l’étape de la mise en balance, nous croyons qu’infirmer les arrêts *Concrete Column* et *Boma* correspond à la mesure nécessaire 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.
7. 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).
8. 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*.
9. 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).
10. 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). 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).
11. 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.

1. En résumé, nous sommes d’avis qu’il y a lieu d’infirmer 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.
2. 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 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*.
	1. Application
3. 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.
4. Dispositif
5. 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.

1. *Loi sur les lettres de change,* L.R.C. 1985, c. B‑4. [↑](#footnote-ref-1)