

Fok Cheong Shing Investments Co. Ltd.*Appellant;*

and

The Bank of Nova Scotia *Respondent.*

File No.: 16646.

1982: June 3; 1982: September 28.

Present: Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Bills of Exchange — Fictitious person — Endorsement of payee (a real person) forged by drawer — Drawer intending that payee not cash cheque — Whether payee a fictitious person — Whether bank liable — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 21(5), 49(1).

The president of the appellant's company, an authorized signer, made a cheque payable to one of the company's creditors. The drawer, however, never intended that the payee should benefit. He fraudulently endorsed the cheque and cashed it. The trial judge considered that the cheque was from the very outset not intended to be paid to the payee and deemed the cheque as made payable to a fictitious person—that is, payable to bearer in accordance with s. 21(5) of the *Bills of Exchange Act*. This judgment was affirmed by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The finding of fraudulent intent on the drawer's part in drawing the cheque made the payee of this cheque a fictitious person within the meaning of s. 21(5) of the Act. The payee's name was inserted by way of pretence only, without any intention that payment should be made in conformity therewith. The bank was therefore entitled to treat the cheque as payable to bearer and to charge it against the appellant's account. There was no negligence by the bank.

Bank of England v. Vagliano Brothers, [1891] A.C. 107, applied.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario (1981), 123 D.L.R. (3d) 416, 32 O.R. (2d) 705, affirming a judgment of Hughes J. (1979), 123 D.L.R. (3d) 416, 32 O.R. (2d) 705, dismissing appellant's action. Appeal dismissed.

Fok Cheong Shing Investments Co. Ltd.*Appelante;*

et

La Banque de Nouvelle-Écosse *Intimée.*

N° du greffe: 16646.

1982: 3 juin; 1982: 28 septembre.

Présents: Les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Wilson.

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

Lettres de change — Personne fictive — Endossement de la preneuse (une personne réelle) contrefait par le tireur — L'intention du tireur était que la preneuse n'encaisse pas le chèque — La preneuse est-elle une personne fictive? — La banque est-elle responsable? — Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 21(5), 49(1).

Le président et signataire autorisé de la société appelante a tiré un chèque payable à l'un des créanciers de celle-ci. Il n'a toutefois jamais été l'intention du tireur d'en faire bénéficier la preneuse. Il a frauduleusement endossé le chèque et l'a encaissé. Le juge de première instance a estimé que, dès le début, l'intention était que le chèque ne soit pas payé à la preneuse, et qu'il s'agissait d'un chèque payable à une personne fictive — c'est-à-dire, payable au porteur conformément au par. 21(5) de la *Loi sur les lettres de change*. Ce jugement a été confirmé par la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Etant donné la conclusion d'intention frauduleuse de la part du tireur lorsqu'il a tiré le chèque, la preneuse est une personne fictive au sens du par. 21(5) de la Loi. Le nom inscrit comme celui de la preneuse n'était qu'un simulacre et il n'y avait aucune intention que le paiement soit fait à celle-ci. La banque était donc en droit de considérer le chèque comme payable au porteur et de débiter le compte de l'appelante du montant y figurant. La banque n'a pas été négligente.

Jurisprudence: arrêt appliqué: *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1981), 123 D.L.R. (3d) 416, 32 O.R. (2d) 705, qui a confirmé le jugement du juge Hughes (1979), 123 D.L.R. (3d) 416, 32 O.R. (2d) 705, rejetant l'action de l'appelante. Pourvoi rejeté.

Alvin B. Rosenberg, Q.C., and Mary G. Critelli,
for the appellant.

F. J. C. Newbould, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—In my opinion, having regard to the concurrent findings of fact made at trial and on appeal in this case, the present appeal must proceed on the basis that the \$20,000 cheque drawn by Chan who was the president of the appellant company upon whose account the cheque was drawn at the respondent bank, was never intended by the drawer to be paid to the payee Looing Weir and that he fraudulently endorsed the cheque in her name so that when cashed by the bank the proceeds were paid to him personally.

It is contended on behalf of the appellant that under the provisions of s. 49 (1) of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5, the admittedly forged endorsement rendered the cheque wholly inoperative so that the bank was not entitled to charge the \$20,000 to the account of the appellant. Section 49(1) reads as follows:

49. (1) Subject to this Act, where a signature on a bill is forged, or placed thereon without the authority of the person whose signature it purports to be, the forged or unauthorized signature is wholly inoperative, and no right to retain the bill or to give a discharge therefor or to enforce payment thereof against any party thereto can be acquired through or under that signature, unless the party against whom it is sought to retain or enforce payment of the bill is precluded from setting up the forgery or want of authority.

This section must be read in light of the terms of s. 21(5) of the same statute which provides:

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

It was the appellant's contention that as the payee in the present case was a real person who in fact gave evidence at the trial and to whom the appellant company was indeed indebted, she could not be characterized as "a fictitious or non-

Alvin B. Rosenberg, c.r., et Mary G. Critelli,
pour l'appelante.

F. J. C. Newbould, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Vu les conclusions de fait concordantes tirées en l'espèce en première instance et en appel, j'estime qu'aux fins de ce pourvoi, il faut tenir pour établi d'une part, que lorsque Chan, le président de la société appelante, a tiré le chèque de \$20,000 sur le compte de celle-ci à la banque intimée, il n'avait nullement l'intention que ce montant soit payé à la preneuse Looing Weir et, d'autre part qu'il a frauduleusement endossé le chèque du nom de la preneuse de sorte que, quand la banque l'a changé, le montant lui a été versé personnellement.

On fait valoir au nom de l'appelante qu'aux termes du par. 49(1) de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5, cet endossement, incontestablement contrefait, enlevait tout effet au chèque et que la banque n'avait donc pas le droit de débiter le compte de l'appelante des \$20,000. Voici le texte du par. 49(1):

49. (1) Sous réserve de la présente loi, lorsqu'une signature sur une lettre de change est contrefaite ou y est apposée sans l'autorisation de la personne dont elle paraît être la signature, la signature contrefaite ou non autorisée n'a aucun effet, et aucun droit de garder la lettre, d'en donner libération ou d'en exiger le paiement de qui que ce soit qui y est devenu partie, ne peut être acquis à cause ou en vertu de cette signature, sauf si celui de qui l'on veut détenir la lettre ou en exiger le paiement n'est pas admis à établir le faux ou l'absence d'autorisation.

Il faut lire ce paragraphe dans le contexte du par. 21(5) de la même loi, qui dispose:

(5) Lorsque le preneur est une personne fictive ou qui n'existe pas, la lettre de change peut être considérée comme payable au porteur.

Selon l'argument de l'appelante, comme la preneuse en l'espèce est une personne réelle qui a en fait témoigné au procès et dont la société appelante est effectivement la débitrice, on ne saurait la qualifier de «personne fictive ou qui n'existe pas»

existing person" within the meaning of s. 21(5) *supra*.

It was, however, the view of the learned trial judge, which was fully adopted by the Court of Appeal, that the cheque in question was from the very outset intended not to be cashed by the payee but rather that it should through a cleverly designed forgery be so negotiated as to be payable to the drawer himself. It is obvious that the question of whether or not the payee is to be treated as a fictitious person lies at the very heart of this appeal and in my opinion this is to be determined in accordance with the reasoning expressed by Lord Herschell in *Bank of England v. Vagliano Brothers*, [1891] A.C. 107 at p. 153 where he said:

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

In my opinion this passage accurately expresses the effect of the accepted authorities and I agree with the Court of Appeal that the finding of fraudulent intent on the part of Chan in drawing the instrument in question makes the payee of this cheque a fictitious person within the meaning of the authorities, (see also the third illustration cited in *Falconbridge on Banking and Bills of Exchange*, 7th ed., 1969, at p. 486), and the bank was accordingly entitled to treat the cheque as payable to bearer and therefore to treat it as chargeable against the account of the appellant.

A further issue was raised by the appellant on this appeal to the effect that negligence on the part of the bank was responsible for the cheque having been cashed as it was and that this element deprived the respondent of the right to invoke the protection of s. 21(5) of the *Bills of Exchange Act*.

It is pointed out by the respondent that negligence was not pleaded against it nor was any

au sens du par. 21(5) précité.

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

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

Selon moi, ce passage exprime avec exactitude le sens de la jurisprudence applicable et je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'étant donné la conclusion d'intention frauduleuse de la part de Chan lorsqu'il a tiré l'effet en cause, la preneuse de celui-ci est une personne fictive au sens de la jurisprudence (voir aussi le troisième exemple cité dans l'ouvrage de Falconbridge, *Banking and Bills of Exchange*, 7^e éd., 1969, à la p. 486), et que la banque était donc en droit de considérer le chèque comme payable au porteur et, en conséquence, de débiter le compte de l'appelante du montant y figurant.

Au cours du pourvoi, l'appelante a soulevé un point subsidiaire, savoir que si le chèque a été encaissé, c'est par suite de la négligence de la banque intimée, de sorte que cette dernière a perdu le droit d'invoquer la protection du par. 21(5) de la *Loi sur les lettres de change*.

L'intimée fait remarquer que l'on n'a pas allégué négligence de sa part ni présenté au cours du

evidence led at the trial to support the allegation and certainly there was no finding of fact of negligence by the trial judge. As to this contention, it appears to me to be sufficient to say that if any negligence could be attributed to the respondent in cashing this cheque in the circumstances of the present case it must be recognized that the bank acted throughout in accordance with a situation which was created exclusively by the deliberate and fraudulent forgery perpetrated by the appellant company through its president and signing officer, Mr. Chan, which forgery was expressly designed to induce the bank to honour a cheque which the plaintiff knew to be worthless. In my opinion there is no evidence to justify a finding of negligence but if I thought otherwise I would be satisfied that the plaintiff's fraud was such a controlling factor in causing the cheque to be created, presented and cashed that no action can lie at the suit of the plaintiff based on any actions of the respondent.

For the reasons so fully stated by the learned trial judge which have been affirmed by the Court of Appeal, I would dismiss this appeal with costs. I can see no overriding error in the judgment of the trial judge which affected his assessment of the facts and I see nothing to justify this Court in substituting its assessment of the balance of probabilities for the findings which he has made and which have been affirmed on appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Rosenberg, Smith, Paton & Hyman, Toronto.

Solicitors for the respondent: Tilley, Carson & Findlay, Toronto.

procès de preuve à l'appui de pareille allégation, et il est clair que le premier juge n'a pas conclu à la négligence. Quant à cet argument, il suffit, à mon avis, de dire que, si l'on peut imputer à l'intimée une négligence du fait d'avoir changé ce chèque dans les circonstances de la présente espèce, il faut reconnaître que la banque a agi en tout temps dans le contexte d'une situation née exclusivement du faux volontaire et frauduleux qu'a perpétré la société appelante par l'intermédiaire de M. Chan, son président et fondé de signature, dans l'intention expresse d'inciter la banque à honorer un chèque que la demanderesse savait sans valeur. A mon avis, aucun élément de preuve ne justifie une conclusion de négligence, mais si j'étais d'avis contraire, je serais convaincu que le chèque a été tiré, présenté et changé surtout par suite de la fraude de la demanderesse, à telle enseigne que celle-ci ne peut intenter une action fondée sur les actes de l'intimée.

Pour les motifs que le savant juge de première instance a énoncés de façon si complète et que la Cour d'appel a confirmés, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi avec dépens. Je ne vois pas dans le jugement du premier juge d'erreur à ce point flagrante qu'elle a eu une incidence sur son appréciation des faits et je ne vois rien non plus qui justifie que cette Cour substitue sa propre appréciation selon la prépondérance des probabilités aux conclusions du premier juge confirmées en appel.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Rosenberg, Smith, Paton & Hyman, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Tilley, Carson & Findlay, Toronto.