

Carl B. Potter Limited *Appellant*;

and

The Mercantile Bank of Canada *Respondent*.

1980: March 27; 1980: July 18.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA, APPEAL DIVISION

Banks and banking — Bank deposits — Performance guarantee — Breach of trust by bank put upon inquiry — Whether contributory negligence by cestui que trust — Contributory Negligence Act, R.S.N.S. 1967, c. 54, s. 1.

The appellant bid for the construction of an industrial waste treatment plant. The tender was accompanied by a certified cheque made payable to the owner as evidence of good faith that if awarded the contract, the bidder would carry out the construction. It was the manner in which this certified cheque was dealt with by the respondent and by the owner which gave rise to the present litigation. An officer of the owner, notwithstanding the terms of the performance guarantee, exchanged the cheque for a certificate of deposit in the name of the owner and eventually the proceeds of appellant's cheque found their way into the owner's collateral account at the bank where they were available for use and were in fact used to bolster up the shaky credit position of the owner. The owner went bankrupt, the appellant could not recover from it and sued the respondent. The trial judge found the respondent to have been in breach of trust. The Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, varied the award of the trial judge by recognizing contributory negligence on the part of the appellant and in apportioning liability equally under s. 1 of the *Contributory Negligence Act* of Nova Scotia.

Held: The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed.

A banker may be a constructive trustee of money in his customer's account and in breach of that trust if he pays the money away, even on the customer's mandate, in circumstances which put him upon inquiry. After having considered the findings both at trial and on appeal, the Court was satisfied that the respondent was in possession of sufficient information which required its

Carl B. Potter Limited *Appelante*;

et

La Banque Mercantile du Canada *Intimée*.

1980: 27 mars; 1980: 18 juillet.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA DIVISION D'APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Banques et opérations bancaires — Dépôts bancaires — Cautionnement d'exécution — Violation de fiducie par la banque dont la méfiance est éveillée — Possibilité de négligence contributive du bénéficiaire de la fiducie — Contributory Negligence Act, S.R.N.-É. 1967, chap. 54, art. 1.

L'appelante a soumissionné pour la construction d'une usine de traitement de déchets industriels. La soumission était accompagnée d'un chèque certifié payable à la propriétaire comme preuve de bonne foi et garantie que s'il est l'adjudicataire, le soumissionnaire s'engagera à mener la construction à bonne fin. Ce sont les opérations de l'intimée et de la propriétaire relativement à ce chèque certifié qui ont donné lieu au présent litige. Malgré les termes du cautionnement d'exécution, un administrateur de la propriétaire a échangé le chèque contre un certificat de dépôt au nom de la propriétaire et finalement le produit du chèque de l'appelante a été versé dans le compte de la propriétaire nanti auprès de la Banque; il pouvait alors servir et a en fait servi à consolider la situation chancelante du crédit de la propriétaire. La propriétaire a fait faillite et l'appelante ne pouvant recouvrer son argent a poursuivi l'intimée. Le juge de première instance a établi que c'était une violation de fiducie de la part de l'intimée. La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a modifié la décision du juge de première instance en reconnaissant la négligence contributive de l'appelante et en répartissant également la responsabilité aux termes de la *Contributory Negligence Act* de la Nouvelle-Écosse.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident est rejeté.

Le banquier peut être un fiduciaire par interprétation des fonds portés au compte de son client et commettre une violation de cette fiducie s'il en tire des fonds, même s'il agit selon le mandat de son client, dans des circonstances qui ont éveillé sa méfiance. Après avoir examiné les conclusions tant de première instance que d'appel, la Cour est convaincue que l'intimée disposait de ren-

vice-president and assistant manager to take steps to ascertain the character of the funds which were being deposited to the owner's credit. Notwithstanding the fact that the exact terms of the performance guarantee may not have been known to the bankers, they must be taken to have known that their customer was contemplating the construction of a waste treatment plant and the presentation of two cheques from construction companies was enough to alert them to the nature of the transaction.

With respect to the Appeal Division's conclusion that there was evidence indicating negligence on the appellant's part in that a whole summer had been allowed to slip by without any affirmative steps being taken to trace the destination of the proceeds of its deposit cheque, it should be recalled that there was no plea of negligence in the present case and that the cause of action was founded exclusively on a claim for "general damages and damages for breach of trust". Whether or not the word "fault" in s. 1 of the *Contributory Negligence Act* connotes more than negligence and is to be read as embracing a breach of trust, "fault" must involve a breach of duty of some kind. In the present case the relationship of the appellant to the respondent was that of *cestui que trust* and trustee and there is no authority for the proposition that a *cestui que trust* owes a duty to its trustee to ensure that the terms of the trust are observed.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division, varying the award of the trial judge. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Arthur R. Moreira, Q.C., and *Robert W. Wright*, for the appellant.

John M. Barker and *Daniel M. Campbell*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal and a cross-appeal brought with leave of this Court from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia which invoked s. 1 of the *Contributory Negligence Act*, R.S.N.S. 1967, c. 54, and would have divided the fault equally between the plaintiff and the Mercantile Bank of

seignements suffisants qui obligeaient son vice-président et son directeur adjoint à prendre des mesures pour vérifier la nature des fonds déposés au crédit de la propriétaire. Même si les banquiers pouvaient ne pas connaître les dispositions précises du cautionnement d'exécution, on doit considérer qu'ils savaient que leur cliente envisageait la construction d'une usine de traitement de déchets et la présentation des deux chèques émis par des compagnies de construction était suffisante pour éveiller leur méfiance quant à la nature de l'opération.

Quant à la conclusion de la Division d'appel que la preuve révèle qu'il y a eu négligence de la part de l'appelante qui a laissé passer tout l'été sans chercher à découvrir ce qui était advenu du produit de son chèque de cautionnement, il faut d'abord se rappeler qu'il n'y a pas de plaidoyer de négligence en l'espèce et que la cause d'action est exclusivement fondée sur une réclamation en «dommages-intérêts généraux et en dommages-intérêts pour violation de fiducie». Que le mot «faute» à l'art. 1 de la *Contributory Negligence Act* connote plus que la négligence et doive être interprété de façon à comprendre une violation de fiducie ou que ce ne soit pas le cas, il doit impliquer la violation d'une obligation. En l'espèce, la relation de l'appelante avec l'intimée était celle de bénéficiaire de la fiducie et de fiduciaire et il n'y a aucune jurisprudence qui appuie la proposition qu'un bénéficiaire de fiducie a l'obligation envers son fiduciaire d'assurer que les conditions de la fiducie sont respectées.

POURVOI et POURVOI INCIDENT à l'encontre d'un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, qui a modifié le jugement du juge de première instance. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Arthur R. Moreira, c.r., et *Robert W. Wright*, pour l'appelante.

John M. Barker et *Daniel M. Campbell*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Le pourvoi et le pourvoi incident formés sur autorisation de cette Cour attaquent un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui s'appuie sur l'art. 1 de la *Contributory Negligence Act*, S.R.N.-É. 1967 chap. 54, et répartit la faute également entre la demanderesse et la Banque Mercan-

Canada (hereinafter referred to as the bank) in respect of the bank's liability for having so dealt with a tender deposit cheque issued to Anil Canada Limited (hereinafter referred to as Anil) by the plaintiff as to make it ultimately available to meet other current liabilities of Anil.

When tenders for the construction of an industrial waste treatment plant were called by Anil late in February or early in March 1975, five or six companies responded, but no consideration was given to any except those of the appellant and R. A. Douglas Ltd. (hereinafter sometimes referred to as the Douglas Company.)

It is important to note that the "Instructions to Bidders" in which Anil is referred to as "the owner" contained a Bid and Performance Guarantee which reads in part as follows:

IB. 3—BID & PERFORMANCE GUARANTEE

1)—Each tender shall be accompanied by a certified cheque made payable to the Owner in the amount of at least ten percent of the amount of the tender as evidence of good faith that if awarded the Contract, the Bidder will execute and enter into a formal contract to carry out and will carry out the construction in accordance with the drawings and specifications.

2)—Should the successful Bidder fail to enter into the required contractual agreement, or become in default of the Contract, the certified cheque shall be realized by the Owner.

3)—The certified cheques of unsuccessful Bidders will be returned to them immediately following the award of the Contract.

4)—The certified cheque of the successful bidder may be cashed by the Owner provided that:

(a)—the proceeds are placed on deposit in an interest bearing trust account which contains no other funds with a chartered bank or trust company in Canada in the Owners name;

(b)—the Owner forthwith gives written notice to the successful Bidder of the particulars of the deposit and;

(c)—the Owner does not make any withdrawals from the deposit account (save and except withdrawals of interest earned on the same) prior to the Owner making the payment to the successful Bidder in accordance with the following clause unless the suc-

tile du Canada (ci-après appelée la banque) relativement à un chèque émis par la demanderesse au nom d'Anil Canada Limited (ci-après appelée Anil). La responsabilité de la banque est en cause vu la façon dont elle a traité ce chèque émis à titre de cautionnement d'une soumission, de telle sorte qu'il a finalement servi à payer d'autres dettes à court terme d'Anil.

Lorsque vers la fin de février ou le début de mars 1975, Anil a fait un appel d'offres pour la construction d'une usine de traitement de déchets industriels, cinq ou six compagnies ont répondu, mais seules ont été considérées les soumissions de l'appelante et de R. A. Douglas Ltd. (ci-après parfois appelée la compagnie Douglas.)

Il est important de souligner que les [TRADUCTION] «Directives aux soumissionnaires», dans lesquelles Anil est appelée «le propriétaire», contiennent un cautionnement de soumission et d'exécution dont voici un extrait:

[TRADUCTION] IB. 3—CAUTIONNEMENT DE SOUMISSION ET D'EXÉCUTION

1)—Chaque soumission doit être accompagnée d'un chèque certifié payable au Propriétaire, égal au moins à dix pour cent du montant de la soumission, comme preuve de bonne foi et garantie que s'il est l'adjudicataire, le Soumissionnaire signera le contrat et s'engagera à mener à bonne fin la construction conformément aux plans et devis.

2)—Si le Soumissionnaire choisi ne signe pas le contrat, ou n'en respecte pas les modalités, le Propriétaire encaissera le chèque certifié.

3)—Les chèques certifiés des Soumissionnaires éliminés leur seront retournés immédiatement après l'adjudication du contrat.

4)—Le chèque certifié du Soumissionnaire choisi peut être encaissé par le Propriétaire à la condition que:

a)—le produit soit déposé au nom du Propriétaire dans un compte en fiducie productif d'intérêts, séparément de tous autres fonds, auprès d'une banque à charte ou d'une compagnie de fiducie au Canada

b)—le Propriétaire fournisse immédiatement par avis écrit au Soumissionnaire choisi les détails du dépôt et

c)—le Propriétaire n'effectue aucun retrait du compte de dépôt (à l'exception des retraits d'intérêts produits) avant d'avoir payé le Soumissionnaire choisi conformément à la clause suivante, à moins que celui-ci ne termine pas les travaux prévus conformé-

cessful Bidder does not complete the work of the Contract in accordance with the Contract. The Owner shall be entitled to receive all interest earned on the deposit account as earned and credited to the deposit account.

5)—The Owner shall deliver to the successful Bidder sixty days after the acceptance of the work of the Contract by the Owners a certified cheque made payable to the successful bidder in an amount equal to the amount of the certified cheque delivered to the Owner by the Successful Bidder.

All bids were accompanied by certified cheques as required by para. (1) of the above guarantee but all cheques other than those of the appellant and the Douglas Company were returned to the bidders as soon as the decision had been made that the contract would go to one or other of the latter two companies. After this decision had been reached, however, there ensued a period of 18 days during which Anil was examining the two tenders in order to determine which was the more suitable to fulfil the requirements of the waste treatment plant.

It is the manner in which these two tender cheques were dealt with by the bank and Anil which has given rise to this litigation and in my view the difficulties are in large measure centered around a meeting held between Mr. Raju, who was the vice-president in charge of finance and administration at Anil, and the vice-president and assistant manager of the Mercantile Bank at Halifax.

Mr. Raju attended this meeting armed with the two certified cheques from the appellant and Douglas, and notwithstanding the fact that he must have known that these two cheques were subject to the terms of the performance guarantee and particularly to para. 4(a) thereof, he nevertheless exchanged them for one 18-day certificate of deposit in the name of Anil and thus took the first step which eventually led to the proceeds of the Potter cheque finding their way into the Anil collateral account at the bank where they were available for use and were in fact used to bolster up the increasingly shaky credit position of Anil with the bank and with its many other creditors.

ment au contrat. Le Propriétaire aura le droit de recevoir tous les intérêts que le compte de dépôt aura produits et qui y auront été crédités.

5)—Le Propriétaire doit remettre au Soumissionnaire choisi, soixante jours après son acceptation des travaux prévus au contrat, un chèque certifié payable au Soumissionnaire choisi d'un montant égal au montant du chèque certifié que ce dernier lui a remis.

Toutes les soumissions étaient accompagnées de chèques certifiés comme l'exige le par. (1) du cautionnement susmentionné; tous les chèques, sauf ceux de l'appelante et de la compagnie Douglas, ont été retournés aux soumissionnaires dès que la décision d'adjuger le contrat à l'une ou l'autre de ces deux dernières compagnies a été prise. Cependant, Anil a pris les dix-huit jours suivant cette décision pour examiner les deux soumissions afin de décider laquelle pouvait le mieux satisfaire aux exigences de l'usine de traitement de déchets.

Ce sont les opérations de la banque et d'Anil relativement à ces deux chèques joints aux soumissions qui ont donné lieu au présent litige et, à mon avis, les difficultés tournent principalement autour d'une réunion entre M. Raju, qui était le vice-président responsable des finances et de l'administration chez Anil, et le vice-président et le directeur adjoint de la Banque Mercantile à Halifax.

A cette réunion, M. Raju a apporté le chèque certifié de l'appelante et celui de Douglas, et, bien qu'il ait dû savoir que ces deux chèques étaient assujettis aux conditions du cautionnement d'exécution, et particulièrement à son al. 4a), il les a néanmoins échangés contre un certificat de dépôt de 18 jours au nom d'Anil. C'est là la première étape vers le dépôt du produit du chèque de Potter dans le compte d'Anil, nanti auprès de la banque; il pouvait alors servir et a en fait servi à consolider la situation chancelante du crédit d'Anil auprès de la banque et de ses nombreux autres créanciers.

The trial judge made the following finding as to the instructions furnished to the bankers (Fournet and Sullivan) by Raju on behalf of Anil when he delivered the two certified cheques to the bank on April 21, 1975:

I cannot accept Mr. Raju's evidence that he told Mr. Fournet and Mr. Sullivan in clear terms that two cheques were not Anil's, or that they were in the nature of "trust funds". I do find, however, that Raju did inform Mr. Fournet that the cheques were from tenderers on the pollution project and that they were to be kept "separate". I accept this to mean—separate from the company's funds.

This finding was affirmed in the Appeal Division where the following passage from the judgment at trial was also approved:

After a careful review of all the evidence, I find as a fact that the Mercantile, on or before May 9, 1975, had sufficient notice of the unusual nature of the Potter funds to put the Bank on its inquiry to determine the exact nature of these funds before dealing further with them. The facts revealed at the meeting on April 21, coupled with the early withdrawal and remittance of the Douglas funds on May 7, were of sufficient significance so as to place a prudent banker on his inquiry.

The position of a banker who has been placed "on inquiry" in the manner aforesaid is summarized in the following brief paragraph from *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) vol. III, para. 60:

A banker may be a constructive trustee of money in his customer's account and in breach of that trust if he pays the money away, even on the customer's mandate, in circumstances which put him upon inquiry.

Many cases illustrating this proposition have been cited at trial and on appeal and I do not propose to refer to all of them again. It appears to me to be desirable, however, to reproduce the following passage from the judgment of the learned trial judge where he said:

In *White v. Dominion Bank*, [1935] 1 D.L.R. 42, Prendergast, C.J.M., cited with approval the case of *Cartwright v. Lyster & Bank of Nova Scotia*, [1934] 2 D.L.R. 166, O.R. 161, as follows:

Voici ce que le juge de première instance a conclu quant aux directives que Raju a données aux banquiers (Fournet et Sullivan) au nom d'Anil lorsqu'il a remis les deux chèques certifiés à la banque le 21 avril 1975:

[TRADUCTION] Je ne peux accepter le témoignage de M. Raju portant qu'il a clairement dit à MM. Fournet et Sullivan que les deux chèques n'appartenaient pas à Anil ou qu'il s'agissait de «fonds en fiducie». Cependant, je conclus que M. Raju a effectivement informé M. Fournet que les chèques provenaient de soumissionnaires du projet d'usine de traitement et qu'ils devaient être gardés «séparément». Ceci veut dire, à mon avis,—séparément des fonds de la compagnie.

Cette conclusion a été confirmée par la Division d'appel qui a également approuvé le passage suivant du jugement de première instance:

[TRADUCTION] Après un examen minutieux de toute la preuve, je conclus qu'en fait, le 9 mai 1975 ou avant cette date, la Banque Mercantile avait une connaissance suffisante de la nature particulière des fonds de Potter pour éveiller sa méfiance et l'amener à en vérifier la nature exacte avant d'effectuer d'autres opérations avec eux. Les faits révélés au cours de la réunion du 21 avril, le retrait hâtif et la remise des fonds de Douglas le 7 mai, étaient assez significatifs pour éveiller la méfiance d'un banquier prudent.

La situation d'un banquier dont «la méfiance a été éveillée» de la façon susmentionnée est résumée dans le bref paragraphe suivant de *Halsbury's Laws of England* (4^e éd.) vol. III, par. 60:

[TRADUCTION] Un banquier peut être un fiduciaire par interprétation des fonds portés au compte de son client et commettre une violation de cette fiducie s'il en tire des fonds, même s'il s'agit selon le mandat de son client, dans des circonstances qui ont éveillé sa méfiance.

Plusieurs affaires qui illustrent cette proposition ont été citées en première instance et en appel et je n'ai pas l'intention de les répéter toutes. Toutefois, il me paraît souhaitable de reproduire le passage suivant du jugement du savant juge de première instance où il a dit:

[TRADUCTION] Dans *White v. Dominion Bank*, [1935] 1 D.L.R. 42, le juge Prendergast, juge en chef du Manitoba, a cité et approuvé l'arrêt *Cartwright v. Lyster & Bank of Nova Scotia*, [1934] 2 D.L.R. 166, O.R. 161, en ces termes:

In *Cartwright v. Lyster & Bank of Nova Scotia*, [1934] 2 D.L.R. 166, O.R. 161, the Court of Appeal gave judgment against the bank, allowing the appeal. Cartwright, who was an executor of his father's estate, was personally indebted to the bank and gave as security a stock certificate endorsed in blank by himself and his brother as executors. The (O.R.) headnote says:—

“Although the stock certificate would pass to any bona fide holder for value, here the Bank had knowledge of facts and circumstances that placed it upon inquiry, and having failed to inquire, it became liable to the estate and to the beneficiaries for being a party to a transaction whereby one executor used the property of the estate to pay his private debt. The manager of the defendant Bank, in the circumstances, was bound to make inquiry. Even the slightest inquiry would probably have elicited the truth, that the certificate belonged to the estate and that C. had no right to pledge it. The Bank, through its manager, having taken the certificate without the necessary inquiry, the shares must be returned to the estate.” [The underscoring is that of the trial judge.]

After having considered the findings both at trial and on appeal, I am satisfied that on April 21, 1975, and from that day forward, the bank was in possession of sufficient information which required its vice-president and assistant manager to take steps to ascertain the character of the funds which were being deposited to Anil's credit although those funds were not in fact the property of the bank's customer but rather constituted the proceeds of two cheques which were stamped with the trust imposed by the terms of the performance guarantee to which they had been subject since they were initially created. Notwithstanding the fact that the exact terms of the performance guarantee may not have been known to the bankers, they must be taken to have known that their customer was contemplating the construction of a waste treatment plant and the presentation of the two cheques from construction companies was enough in my view to alert them to the nature of the transaction.

Dans *Cartwright v. Lyster & Bank of Nova Scotia*, [1934] 2 D.L.R. 166, O.R. 161, la Cour d'appel a débouté la banque et accueilli l'appel. Cartwright, en tant qu'exécuteur de la succession de son père, était personnellement endetté envers la banque et lui a donné en garantie un certificat d'actions qu'en qualité d'exécuteurs, son frère et lui-même ont endossé en blanc. Voici le texte du sommaire du recueil (O.R.):—

«Bien que le certificat d'actions puisse être transmis à un détenteur de bonne foi contre valeur, ici la Banque avait connaissance de faits et de circonstances qui devaient éveiller sa méfiance et, n'ayant pas fait de vérifications, elle est devenue responsable envers la succession et les bénéficiaires parce qu'elle a été partie à une opération au moyen de laquelle un exécuteur a utilisé les biens de la succession pour payer ses propres dettes. Dans les circonstances, le directeur de la Banque défenderesse était tenu de vérifier. La moindre vérification aurait probablement permis de connaître la vérité, que le certificat appartenait à la succession et que C. n'avait aucun droit de le donner en garantie. Puisque par l'intermédiaire de son directeur, la Banque a accepté le certificat sans faire les vérifications nécessaires, les actions doivent être retournées à la succession.» [C'est le juge de première instance qui souligne.]

Après avoir examiné les conclusions tant de première instance que d'appel, je suis convaincu que dès le 21 avril 1975, la banque disposait de renseignements suffisants qui obligeaient son vice-président et son directeur adjoint à prendre des mesures pour vérifier la nature des fonds déposés au crédit d'Anil, bien qu'en fait ces fonds n'aient pas appartenu à la cliente de la banque mais représentent plutôt le produit de deux chèques assujettis dès leur émission à la fiducie imposée par le cautionnement d'exécution. Même si les banquiers pouvaient ne pas connaître les dispositions précises du cautionnement d'exécution, on doit considérer qu'ils savaient que leur cliente envisageait la construction d'une usine de traitement de déchets et la présentation des deux chèques émis par des compagnies de construction était suffisante, à mon avis, pour éveiller leur méfiance quant à la nature de l'opération.

What actually occurred was that some two or three days before the expiration of the 18-day certificate of deposit, personnel at the Douglas Company were made aware by the cashing of the company's cheque that their deposit was no longer being held in its original form and accordingly they at once demanded that it be returned to them. Anil was thus required to sever the certificate of deposit at the bank and thereupon caused the bank to deposit the amount of the Douglas cheque in its collateral account and proceeded to draw a cheque in favour of Douglas in the amount of that company's original deposit. The proceeds of the Potter cheque however remained on deposit until the certificate matured two days later at which time they were transferred to the collateral account of Anil together with interest earned on the said certificate.

The proceeds of the Potter cheque remained in the collateral account of Anil where it was used by the bank to be drawn upon for the purpose of meeting Anil's obligations to the bank created by an advance made to the company and secured by a series of its promissory notes.

It was not until October that any action was taken by Anil to regularize this extraordinary situation the effect of which was to reduce the company's liability to the bank by use of the proceeds of the cheque originally furnished to it in trust by Potter.

On October 15, Raju caused five cheques to be created on Anil's account payable to Potter and totalling \$114,374 being the amount of its tender cheque. By this time, however, the cupboard was bare and there was no money available in any of Anil's accounts to cover the cheques as that company was then on the verge of the receivership into which it soon dissolved.

The present action was commenced against Anil by originating notice dated October 27, 1975, but it soon became apparent that there was no chance of effecting recovery from that company and the bank was added as a party defendant at the instance of the plaintiff by order of the Chief Justice of Nova Scotia on March 26, 1976.

En fait, deux ou trois jours avant l'expiration du certificat de dépôt de 18 jours, des employés de la compagnie Douglas ont constaté par l'encaissement du chèque de la compagnie que leur dépôt n'était plus détenu dans sa forme initiale et ils ont par conséquent immédiatement exigé qu'il leur soit retourné. Anil a donc été obligée de diviser le certificat de dépôt bancaire et elle a ensuite demandé à la banque de déposer le montant du chèque de Douglas dans son compte nanti et a émis un chèque au nom de Douglas d'un montant égal au dépôt de cette compagnie. Le produit du chèque de Potter est toutefois demeuré en dépôt jusqu'à l'échéance du certificat, deux jours plus tard, date à laquelle il a été transféré dans le compte nanti d'Anil avec les intérêts produits par ledit certificat.

Le produit du chèque de Potter est demeuré dans le compte nanti d'Anil et la banque l'a utilisé pour satisfaire aux obligations qu'Anil avait envers elle par suite d'une avance garantie par une série de billets à ordre.

Anil n'a pris aucune mesure avant octobre pour régulariser cette situation extraordinaire dont l'effet était de réduire la dette de la compagnie envers la banque en utilisant le produit du chèque que Potter lui avait remis à l'origine en fiducie.

Le 15 octobre, Raju a fait tirer cinq chèques sur le compte d'Anil au nom de Potter pour un montant total de \$114,374, soit le montant du chèque accompagnant sa soumission. A cette époque, cependant, le tiroir était vide et il n'y avait plus de fonds dans les comptes d'Anil pour couvrir les chèques puisque cette compagnie était à la veille d'être mise sous séquestre, ce qui s'est produit peu après.

La présente action a été intentée contre Anil par avis introductif en date du 27 octobre 1975, mais il est vite devenu évident qu'il n'y avait aucun espoir de recouvrer quoi que ce soit de cette compagnie et la banque a été jointe comme partie défenderesse à la requête de la demanderesse par ordre du Juge en chef de la Nouvelle-Écosse le 26 mars 1976.

As I have indicated, both the trial judge and the Appeal Division were of opinion that the evidence disclosed negligence on the part of the bank, but the Appeal Division was satisfied also that there was evidence indicating negligence on Potter's part in that the whole summer of 1975 had been allowed to slip by without any affirmative steps being taken on the part of that company to trace the destination of the proceeds of its deposit cheque. The Potter company's actions and attitudes in this regard are summarized by Mr. Justice Coffin who spoke on behalf of the Appeal Division in the following terms:

On cross-examination, it was put to Mr. Raju that he had broken the terms of the arrangement with Potter in several different ways, including three which are particularly relevant:

1. He had cashed the cheques prematurely.
2. He did not give written notice of all the particulars of the deposit to Potter and Douglas.
3. He mixed the funds in those two cheques in one deposit certificate.

He acknowledged these things were wrong, but said he was not aware that he was doing all this, even although Mr. Gerald Amirault, Potter's comptroller, began calling him about Potter's money over the summer months.

From Mr. Amirault's evidence, it appears that the Potter company may have picked up the fact that the cheque was cashed before the end of May when the April statement was reviewed. Mr. Amirault said that he was concerned that the cheques for bidders had been cashed prior to the award of the tender. Up to that time he did not even know that Mercantile was the banker, but when he saw the name on the back of the cheque, he was aware of that fact. He spoke to Mr. Raju several times through the summer and really did not get any definitive answers, but it was not until "somewheres between August, September," that Mr. Amirault called Mr. Harper of the Mercantile Bank because he was not getting any details from Anil and after looking into the matter, Mr. Harper told him that "... there wasn't anything there. There was no sign of any special account or any deposit or anything".

Anil should have known what was done because on May 9, 1975 a credit advice was issued from Mercantile to Anil stating that they had credited the Anil account with \$114,374 plus interest of \$36.04.

Mr. Justice Coffin went on to conclude as follows:

In my opinion, the trial judge in determining the factual situation as he did was not in error in concluding

Comme je l'ai dit, le juge de première instance et la Division d'appel sont d'avis que la preuve révèle qu'il y a eu négligence de la part de la banque, mais la Division d'appel est également convaincue que la preuve révèle qu'il y a eu négligence de la part de Potter qui a laissé passer tout l'été 1975 sans chercher à découvrir ce qui était advenu du produit de son chèque de cautionnement. Le juge Coffin qui a exprimé l'opinion de la Division d'appel a résumé comme suit la conduite et l'attitude de la compagnie Potter à cet égard:

[TRADUCTION] Au contre-interrogatoire, on a opposé à M. Raju qu'il avait violé les dispositions de l'entente avec Potter de diverses façons, dont trois sont particulièrement pertinentes:

1. Il a encaissé les chèques prématurément.
2. Il n'a donné ni à Potter ni à Douglas d'avis écrit contenant les détails du dépôt.
3. Il a réuni les fonds de ces deux chèques dans un même certificat de dépôt.

Il a admis que c'était irrégulier, mais il a dit qu'il ignorait qu'il faisait tout cela, même si M. Gerald Amirault, le contrôleur de Potter, l'a appelé à plusieurs reprises pendant les mois d'été au sujet des fonds de Potter.

Il ressort du témoignage de M. Amirault que la compagnie Potter a pu découvrir que le chèque avait été encaissé avant la fin de mai, à l'examen du relevé d'avril. M. Amirault a dit que l'encaissement des chèques des soumissionnaires avant l'adjudication l'avait inquiété. Jusqu'à ce moment-là, il ne savait même pas que le banquier était la Banque Mercantile, il l'a su lorsqu'il a vu le nom à l'endos du chèque. Il a parlé à M. Raju plusieurs fois au cours de l'été et n'a vraiment obtenu aucune réponse précise, mais ce n'est que «quelque temps entre août et septembre», que M. Amirault a appelé M. Harper de la Banque Mercantile parce qu'il n'obtenait aucun renseignement d'Anil; après avoir examiné l'affaire, M. Harper lui a dit que «... il n'y avait rien de particulier. Il n'y avait aucune indication d'un compte spécial ni d'un dépôt ou d'autre chose».

Anil aurait dû savoir ce qui s'était passé parce que le 9 mai 1975 la Banque Mercantile lui a envoyé un avis de crédit indiquant qu'on avait porté à son compte un montant de \$114,374 plus un montant de \$36.04 à titre d'intérêts.

Le juge Coffin a ensuite conclu comme suit:

[TRADUCTION] A mon avis, dans son évaluation de la situation de fait, le juge de première instance n'a pas

that the appellant bank was negligent.

Having accepted the trial judge's finding of negligence, we still have the question whether or not the respondent Carl B. Potter Limited was guilty of contributory negligence in not going to the bank much earlier than it did to ascertain the exact disposition of the deposit of \$114,374.

We know that the contract was awarded to the respondent on June 5, 1975. The appellant's argument is that the Potter Company knew in May that its cheque had been cashed prematurely and thus there was a breach by Anil of the bidding instructions almost immediately after it received the certified cheque from the respondent.

The respondent also knew in May that Anil had failed to provide it with the details of the deposit as required by Division 1B. 3(4)(b) of those instructions.

The same finding is made with more precision later in the same judgment where it is said:

In my respectful opinion, while I accept the decision of the trial judge that the Bank was negligent in its handling of the respondent's deposit, a prompt reaction by the respondent company would have brought the matter to light at a time when Anil's credit with the Bank was good and a cheque in the required amount would have been certified and placed on deposit in an interest-bearing trust account in accordance with Division No. 1B. 3(4)(a) of the Instructions to Bidders. In my view there was negligence on the part of the respondent Carl B. Potter Limited, which contributed to the loss.

Based upon these findings the Appeal Division applied the provisions of the *Contributory Negligence Act*, R.S.N.S. 1967, c. 54, and concluded that it was not possible to establish different degrees of fault and the liability should therefore be apportioned equally between the parties. In considering the application of the *Contributory Negligence Act* to the circumstances here disclosed, it should first be recalled that there is no plea of negligence in the present case and that the cause of action is founded exclusively on a claim for "general damages and *damages for breach of trust*". (The italics are my own.)

In fact what has been found here is indeed a breach of trust on the part of the bank.

commis d'erreur en concluant que la banque appelante a été négligente.

Ayant accepté la conclusion de négligence du juge de première instance, il faut encore décider si l'intimée Carl B. Potter Limited a été coupable de négligence contributive en ne se rendant pas à la Banque beaucoup plus tôt pour découvrir ce qui était précisément advenu du dépôt de \$114,374.

Nous savons que le contrat a été adjugé à l'intimée le 5 juin 1975. L'appelante prétend que la compagnie Potter savait en mai que son chèque avait été encaissé prématurément et, donc, qu'Anil avait violé les directives aux soumissionnaires presque immédiatement après avoir reçu le chèque certifié de l'intimée.

L'intimée savait également en mai qu'Anil ne lui avait pas fourni les détails du dépôt comme l'exige la section 1B. 3(4)(b) de ces directives.

Nous retrouvons la même conclusion en termes plus précis plus loin dans le même jugement:

[TRADUCTION] Bien que j'accepte la décision du juge de première instance, savoir que la Banque a été négligente dans sa façon de traiter le dépôt de l'intimée, je suis respectueusement d'avis qu'une réaction prompte de la compagnie intimée aurait permis d'éclaircir la question à un moment où le crédit d'Anil auprès de la Banque était bon et un chèque au montant requis aurait pu être certifié et déposé dans un compte en fiducie productif d'intérêts conformément à la section 1B. 3(4)(a) des Directives aux soumissionnaires. A mon avis, la négligence de l'intimée Carl B. Potter Limited a contribué à la perte.

Vu ces conclusions, la Division d'appel a appliqué les dispositions de la *Contributory Negligence Act*, S.R.N.-É. 1967, chap. 54, et a conclu qu'il était impossible d'établir l'importance de la faute respective des parties et que la responsabilité devait donc être répartie également entre elles. Dans l'examen de l'application de la *Contributory Negligence Act* aux circonstances révélées ici, il faut d'abord se rappeler qu'il n'y a pas de plaidoyer de négligence en l'espèce et que la cause d'action est exclusivement fondée sur une réclamation en [TRADUCTION] «dommages-intérêts généraux et en *dommages-intérêts pour violation de fiducie*». (Les italiques sont de moi.)

En fait, ce que l'on a établi en l'espèce est bien sûr une violation de fiducie par la Banque.

The *Contributory Negligence Act* of Nova Scotia contains the following provision:

1 (1) Where by the fault of two or more persons damage or loss is caused to one or more of them, the liability to make good the damage or loss is in proportion to the degree in which each person was at fault but if, having regard to all the circumstances of the case, it is not possible to establish different degrees of fault, the liability shall be apportioned equally.

It was argued on behalf of the bank that the word "fault" as employed in this statute connotes more than "negligence" in the accepted tortious sense of that word and is to be read as embracing a breach of trust such as that disclosed in the evidence in the present case. To this argument I am bound to say that in my opinion whatever extended meaning may be given to the word "fault" it must involve a breach of duty of some kind. In the present case the relationship of Potter to the bank was that of *cestui que trust* and trustee and I know of no authority for the proposition that a *cestui que trust* owes a duty to its trustee to ensure that the terms of the trust are observed. Accordingly, I cannot find here any duty on the part of the Potter Company to inquire into the internal accounting of the bank or its dealing with trust moneys.

For all these reasons I would allow this appeal with costs and restore the judgment rendered at trial. It follows from what I have already said that the cross-appeal, based as it is in large measure on concurrent findings of fact at trial and in the Appeal Division, is dismissed with costs. In this latter regard it will be recalled that the respondent to the cross-appeal was not called upon at the hearing of this appeal.

Appeal allowed with costs; cross-appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Arthur R. Moreira, Halifax.

Solicitor for the respondent: John M. Barker, Halifax.

La *Contributory Negligence Act* de la Nouvelle-Écosse contient la disposition suivante:

[TRADUCTION] 1(1) Si, par la faute de deux personnes ou plus, un préjudice ou une perte est causé à une ou plusieurs d'entre elles, l'obligation de réparer le préjudice ou la perte est proportionnelle à l'importance de la faute de chacune d'elles, mais si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il n'est pas possible d'établir l'importance de la faute de chacune, la responsabilité doit être répartie également.

On a prétendu au nom de la banque que le mot «faute» au sens où il est employé dans cette loi connote plus que la «négligence» au sens accepté de ce mot en matière délictuelle et qu'il doit être interprété de façon à comprendre une violation de fiducie du genre de celle révélée par la preuve en l'espèce. Je dois répondre à cet argument qu'à mon avis, quel que soit le sens étendu que l'on puisse donner au mot «faute», il doit impliquer la violation d'une obligation. En l'espèce, la relation de Potter avec la banque était celle de bénéficiaire de la fiducie et de fiduciaire et je ne connais aucune jurisprudence qui appuie la proposition qu'un bénéficiaire de fiducie a une obligation envers son fiduciaire d'assurer que les conditions de la fiducie sont respectées. Par conséquent, je ne peux conclure ici qu'il incombait à la compagnie Potter de vérifier la comptabilité interne de la banque ou les opérations de cette dernière avec les fonds en fiducie.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir le jugement rendu en première instance. Il découle de ce que j'ai dit précédemment que le pourvoi incident, qui est fondé en grande partie sur les conclusions de fait concordantes en première instance et en division d'appel, est rejeté avec dépens. A cet égard, il convient de rappeler que l'intimée au pourvoi incident n'a pas été appelée à plaider à l'audition de ce pourvoi.

Pourvoi accueilli avec dépens; pourvoi incident rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante: Arthur R. Moreira, Halifax.

Procureur de l'intimée: John M. Barker, Halifax.