

Canadian Pacific Hotels Limited *Appellant*

v.

Bank of Montreal *Respondent*

and

Morris Sands also known as Morris Sigulim also known as Morris Van Sigoulim, Dundas Discounts Limited and Sig-Mor Sales Limited *Defendants*

INDEXED AS: CANADIAN PACIFIC HOTELS LTD. v. BANK OF MONTREAL

File No.: 17330.

1985: April 24; 1987: June 4.

Present: Estey, McIntyre, Chouinard *, Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Banks and banking operations — Forged cheques — Customer's employee forging signatures of signing officers and concealing forgeries — Whether customer precluded from setting up forgeries against the bank — Whether or not duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time — Whether or not duty to maintain adequate internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, s. 49(1).

Bills of Exchange — Forged cheques — Customer's employee forging signatures of signing officers and concealing forgeries — Whether or not customer precluded from setting up forgeries against bank — Whether or not duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time — Whether or not duty to maintain adequate internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery.

A number of forged cheques were drawn on the chequing account, at respondent bank, of one of appellant's operating units and were made payable to defendant companies which were controlled by defendant

Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée *Appelante*

c.

Banque de Montréal *Intimée*

et

Morris Sands alias Morris Sigulim ainsi que Morris Van Sigoulim, Dundas Discounts Limited et Sig-Mor Sales Limited *Défendeurs*

RÉPERTORIÉ: SOCIÉTÉ HÔTELIÈRE CANADIEN PACIFIQUE LTÉE c. BANQUE DE MONTRÉAL

c

N° du greffe: 17330.

1985: 24 avril; 1987: 4 juin.

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Chouinard *, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

d

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

Banques et opérations bancaires — Faux chèques — Contrefaçons des signatures des signataires autorisés et dissimulation des contrefaçons par un employé du client — Le client est-il empêché d'opposer les faux à la banque? — Y avait-il, en l'absence d'un accord de vérification, une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable? — Y avait-il une obligation de maintenir un système adéquat de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes imputables aux faux? — Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 49(1).

Lettres de change — Faux chèques — Contrefaçons des signatures des signataires autorisés et dissimulation des contrefaçons par un employé du client — Le client est-il empêché d'opposer les faux à la banque? — Y avait-il, en l'absence d'un accord de vérification, une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable? — Y avait-il une obligation de maintenir un système adéquat de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes imputables aux faux?

Un certain nombre de faux chèques ont été tirés sur le compte de chèque qu'avait à la banque intimée une des divisions de l'appelante, dont les bénéficiaires étaient les sociétés contrôlées par le défendeur Sands. Les chèques

* Chouinard J. took no part in the judgment.

* Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

Sands. The cheques in question required the signature of both the unit's manager and its accountant. Sands, as assistant accountant for the unit forged both signatures and then, when he became the unit's accountant, that of the manager. The procedure manual required the accountant of the unit to prepare monthly bank reconciliations with a list of outstanding cheques and to forward them to the assistant accountant of the head office of the appellant. The responsibility for the bank reconciliations based on the daily bank statements and disbursement records was delegated to Sands, as assistant accountant, by the unit's accountant and was later exercised by Sands as accountant. The unit's accountant received a summary statement of the monthly bank reconciliation from Sands, generally without a list of the outstanding cheques, but otherwise did not check his work in the preparation of the bank reconciliation, or examine the daily bank statements or the cancelled cheques.

Appellant's banking operations were part of the overall banking arrangements made with the bank by Canadian Pacific Limited ("CP") for itself and its subsidiary and associated companies. CP was not required by the bank to sign a verification agreement obliging it and its subsidiary and associated companies to verify bank statements and report discrepancies within a specified period of time. Neither the general agreement between CP and the bank respecting the bank's remuneration nor the "Operation of Account Agreement" contained any reference to the verification of bank statements. The daily bank statement sent to the operating unit of the appellant contained the following statement: "Please check this statement promptly. Any errors, irregularities, or omission found therein should be reported within 30 days of delivery or mailing, otherwise it will be considered correct."

The trial judge, who was upheld by a majority of the Court of Appeal, found two duties on the part of the appellant: the duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, and the duty to maintain an acceptable system of internal controls for the prevention and minimization of loss through forgery. He found that the appellant was in breach of both duties, that its negligence was the cause of the loss, and that it was precluded by such negligence from setting up the forgeries against the bank. He accordingly dismissed the appellant's action for recovery of the amount by which its account had been debited for the payment of the forged cheques.

en question devaient porter la signature du gérant de la division et de son comptable. Sands, à titre de comptable adjoint de la division a contrefait les deux signatures et ensuite, lorsqu'il est devenu le comptable de la division, celle du gérant. Selon le manuel d'instructions, le comptable de la division devait préparer chaque mois des conciliations bancaires avec une liste des chèques en circulation et les transmettre au comptable adjoint au siège social de l'appelante. La responsabilité d'établir les conciliations bancaires à partir des relevés bancaires quotidiens et des états des débours avait été déléguée à Sands, en qualité de comptable adjoint, par le comptable de la division et elle a par la suite été exercée par Sands en qualité de comptable. Le comptable de la division recevait de Sands un état récapitulatif de la conciliation bancaire mensuelle, lequel n'était généralement sans liste des chèques en circulation, et il ne vérifiait pas par ailleurs le travail accompli par Sands en dressant la conciliation bancaire et n'examinait ni les relevés bancaires quotidiens ni les chèques payés.

Les opérations bancaires de l'appelante faisaient partie d'une entente générale conclue avec la banque par Canadien Pacifique Ltée («CP») pour elle-même, ses filiales et ses sociétés affiliées. La banque n'a pas exigé de CP qu'elle signe un accord de vérification l'obligeant, elle, ses filiales et ses sociétés affiliées à vérifier les relevés bancaires et à signaler les irrégularités dans un délai déterminé. Ni l'entente générale entre CP et la banque portant sur la rémunération de celle-ci ni «l'entente sur l'administration du compte» ne parlaient de la vérification des relevés bancaires. Le relevé bancaire quotidien envoyé à la division de l'appelante portait la mention suivante: «Prière de vérifier ce relevé sans délai. Toute erreur, irrégularité ou omission doit être signalée dans les trente jours de la livraison ou de la mise à la poste, sinon le relevé sera considéré comme exact.»

Le juge de première instance, dont la décision a été confirmée par la Cour d'appel à la majorité, a conclu que l'appelante avait deux obligations: l'obligation, en l'absence d'un accord de vérification, d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable, et l'obligation de maintenir un système acceptable de contrôles internes pour prévenir et minimiser les pertes imputables aux faux. Il a conclu que l'appelante a manqué à l'une et l'autre obligations, que sa négligence a occasionné la perte et que cette négligence l'empêche d'opposer les faux à la banque. Il a en conséquence rejeté l'action de l'appelante visant à recouvrer le montant dont son compte a été débité en paiement des faux chèques.

The issue was whether the appellant was precluded, within the meaning of s. 49(1) of the *Bills of Exchange Act*, from setting up the forgeries against the respondent. That question turned on whether, apart from the question of policy, there was a sound basis in law for either of the duties of care affirmed by the trial judge.

Held: The appeal should be allowed.

Per Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: The appellant was not in breach of any duty owing to the respondent and was therefore not precluded from setting up the forgeries against the bank. A customer of a bank does not, in the absence of a verification agreement, owe a duty to the bank to examine bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, nor does a customer, "sophisticated" or otherwise, owe a duty to its bank to maintain an adequate system of internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery. There is no basis under any of the categories of implication for holding either duty to be an implied term of the contract between banker and customer. Any such implication would have to apply to all customers and not merely to customers of a certain size or kind, characterized as "sophisticated commercial customers". In view of the established law and practice with respect to a customer's duty of care in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of his cheques, neither duty can be implied on the basis of presumed intention, as resting on custom or usage or on the business efficacy or "officious bystander" tests. Nor is there any basis for implication of either duty as a legal incident of a particular class of contract. The test for such implication is also one of necessity and not mere reasonableness. It was not argued whether, if either of the duties contended for by the respondent did not exist in contract, they could arise in tort. Nor was any consideration given as to whether, as a matter of principle, a duty of care in tort could be held to arise in a contractual relationship from which the same duty had been excluded by the courts as an implied term of the contract. Assuming it to be arguable that a duty to examine bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time could arise in tort, the principle of concurrent or alternate liability in contract and in tort affirmed in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, cannot extend to the recognition of a duty of care in tort when the same duty of care has been rejected or excluded by

La question est de savoir si l'appelante est empêché, au sens du par. 49(1) de la *Loi sur les lettres de change*, d'opposer les faux à l'intimée. Cette question repose sur celle de savoir si, indépendamment de la question de principe, il existe un fondement solide en droit pour appuyer l'une ou l'autre des obligations de diligence reconnues par le juge de première instance.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain: L'appelante n'a manqué à aucune obligation envers l'intimée et elle est donc admise à opposer les faux à la banque. Le client d'une banque, en l'absence d'un accord de vérification, n'est pas tenu envers la banque d'examiner ses relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable, et le client «averti» ou autre, n'est pas non plus tenu envers la banque de maintenir un système adéquat de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes attribuables aux faux. Rien dans les catégories de termes implicites ne permet de conclure que l'une ou l'autre obligation puisse constituer un terme implicite du contrat entre banquier et client. Un tel terme implicite devrait s'appliquer à tous les clients et non simplement au client d'une certaine taille ou d'un certain genre, qualifié de «client commercial averti». Compte tenu du droit et de la pratique établis relativement à l'obligation de diligence d'un client en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage de ses chèques, ni l'une ni l'autre obligation ne peut être introduite sur le fondement de l'existence d'une intention présumée, reposant sur la coutume ou l'usage ou sur les critères de l'efficacité commerciale ou de «d'observateur objectif». Il n'y a pas non plus de fondement pour introduire l'une ou l'autre obligation en tant qu'accessoire juridique d'une catégorie particulière de contrats. Le critère applicable pour introduire un tel terme est également celui de la nécessité et pas simplement celui du caractère raisonnable. On n'a pas fait valoir que, si aucune des obligations de diligence invoquées par l'intimée n'existait sur le plan contractuel, elles pouvaient exister sur le plan délictuel. On n'a pas examiné non plus la question de savoir si, en principe, on pouvait conclure qu'une obligation de diligence sur le plan délictuel pouvait découler d'une relation contractuelle dont cette même obligation avait été exclue par les tribunaux en tant que terme implicite du contrat. Si l'on présume qu'il est soutenable que l'obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable puisse exister sur le plan délictuel, le principe de responsabilité concurrente ou alternative sur les plans contractuel et délictuel confirmé dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*,

the courts as an implied term of a particular class of contract.

Per La Forest J.: Notwithstanding general agreement with the judgment of Le Dain J., the issue of concurrent liability in contract and tort should not be approached by focussing discretely on the banker-customer contract but in the context of the general system or code governing bills of exchange which developed without regard to the distinction between tort and contract. This system requires clear rules of general application; exceptions, based on estoppel, are narrow. To introduce a wider duty today under the rubric of the tort of negligence would effect the same uncertainties as those perceived by earlier authorities.

Parliament, by the *Bills of Exchange Act* and in particular s. 49(1), generally sought to codify the pre-existing law. The word "precluded" in that section cannot be read as authorizing at this late date a wide divergence from the rules for loss allocation that it sought to codify. This does not mean that the law is completely frozen, but it does mean that it cannot be expanded in such a way as to give rise under a new label to a wider duty that is inconsistent with the basic policy choice it sought to codify.

Cases Cited

By Le Dain J.

Considered: *Arrow Transfer Co. v. Royal Bank of Canada*, [1972] S.C.R. 845; *Leather Manufacturers' Bank v. Morgan*, 117 U.S. 96 (1886); *London Joint Stock Bank v. Macmillan*, [1918] A.C. 777; *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, [1933] A.C. 51, affirming [1932] 1 K.B. 371; *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1986] 1 A.C. 80, reversing [1984] 1 Lloyd's Rep. 555; *Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada* (1916), 38 O.L.R. 326; *Ewing v. Dominion Bank*, [1904] A.C. 806, refusing leave to appeal from (1904), 35 S.C.R. 133, affirming (1904), 7 O.L.R. 90; *Freeman v. Cooke* (1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652; *Young v. Grote* (1827), 4 Bing. 253, 130 E.R. 764; *Arnold v. Cheque Bank* (1876), 1 C.P.D. 578; *Agricultural Savings and Loan Association v. Federal Bank* (1881), 6 O.A.R. 192; *Bank of England v. Vagliano*, [1891] A.C. 107, reversing (1889), 23 Q.B.D.

[1986] 2 R.C.S. 147, ne peut s'étendre à la reconnaissance d'une obligation de diligence sur le plan délictuel lorsque cette même obligation a été rejetée ou exclue par les tribunaux en tant que terme implicite d'une catégorie particulière de contrat.

Le juge La Forest: Nonobstant l'accord général avec les motifs du juge Le Dain, la question de la responsabilité concurrente sur les plans contractuel et délictuel ne devrait pas être abordée en mettant distinctement l'accent sur le contrat entre le banquier et le client, mais dans le contexte du système ou du code général régissant les lettres de change qui a été élaboré sans tenir compte de la distinction entre les questions délictuelles et contractuelles. Ce système exige des règles d'application générale qui sont claires; les exceptions fondées sur une fin de non-recevoir sont limitées. Faire entrer maintenant une obligation de portée plus large sous la rubrique du délit de négligence amènerait les mêmes incertitudes que celles qui ont été mentionnées dans la jurisprudence antérieure.

Le législateur, au moyen de la *Loi sur les lettres de change* et en particulier du par. 49(1), a essentiellement tenté de codifier le droit déjà existant. On ne peut interpréter l'expression «n'est pas admis» comme permettant à cette date tardive une divergence marquée par rapport aux règles de répartition des pertes qu'il essayait de codifier. Cela ne signifie pas que le droit est complètement figé, mais cela signifie qu'il ne peut pas être étendu de façon à donner naissance sous une nouvelle appellation à une obligation de portée plus large qui soit incompatible avec le choix de règles fondamentales qu'il tentait de codifier.

Jurisprudence

^g Citée par le juge Le Dain

Arrêts examinés: *Arrow Transfer Co. c. Banque Royale du Canada*, [1972] R.C.S. 845; *Leather Manufacturers' Bank v. Morgan*, 117 U.S. 96 (1886); *London Joint Stock Bank v. Macmillan*, [1918] A.C. 777; *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, [1933] A.C. 51, confirmant [1932] 1 K.B. 371; *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1986] 1 A.C. 80, infirmant [1984] 1 Lloyd's Rep. 555; *Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada* (1916), 38 O.L.R. 326; *Ewing v. Dominion Bank*, [1904] A.C. 806, refusant l'autorisation de pourvoi contre (1904), 35 R.C.S. 133, confirmant (1904), 7 O.L.R. 90; *Freeman v. Cooke* (1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652; *Young v. Grote* (1827), 4 Bing. 253, 130 E.R. 764; *Arnold v. Cheque Bank* (1876), 1 C.P.D. 578; *Agricultural Savings and Loan Association v. Federal Bank* (1881), 6 O.A.R. 192; *Bank of England v. Vagliano*, [1891] A.C. 107,

243; *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India*, [1909] 2 K.B. 1010; *M'Kenzie v. British Linen Co.* (1881), 6 App. Cas. 82; *Ogilvie v. West Australian Mortgage, and Agency Corp.*, [1896] A.C. 257; *Fung Kai Sun v. Chan Fui Hing*, [1951] A.C. 489; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555; **distinguished**: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; **referred to**: *Bank of Montreal v. The King* (1907), 38 S.C.R. 258; *Bank of Montreal v. Attorney General (Que.)*, [1979] 1 S.C.R. 565; *Devaynes v. Noble* (generally referred to as *Clayton's Case*) (1816), 1 Mer. 529, 35 E.R. 767; *Glassell Development Co. v. Citizens' National Bank of Los Angeles*, 191 Cal. 375 (1923); *Basch v. Bank of America*, 22 C.2d 316 (1943); *Pacific Coast Cheese, Inc. v. Security First National Bank of Los Angeles*, 286 P.2d 353 (1955); *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950; *Swan v. North British Australasian Co.* (1863), 2 H. & C. 175, 159 E.R. 73; *Rutherford v. Royal Bank of Canada*, [1932] S.C.R. 131; *Mackenzie v. Imperial Bank of Canada*, [1938] O.W.N. 166; *B. and G. Construction Co. v. Bank of Montreal*, [1954] 2 D.L.R. 753; *Banque Provinciale du Canada v. Syndicat des Camionneurs Artisans du Québec Métropolitain*, [1970] C.A. 425, (1969), 11 D.L.R. (3d) 610; *Bad Boy Appliances and Furniture Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (1972), 25 D.L.R. (3d) 257; *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239, varying [1976] 1 Q.B. 319; *The "Moorcock"* (1889), 14 P.D. 64; *Reigate v. Union Manufacturing Co. (Ramsbottom)*, [1918] 1 K.B. 592; *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206; *Greaves & Co. (Contractors) Ltd. v. Baynham Meikle and Partners*, [1975] 3 All E.R. 99; *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177; *Shell UK Ltd. v. Lostock Garage Ltd.*, [1977] 1 All E.R. 481; *Mears v. Safecar Security Ltd.*, [1982] 2 All E.R. 865; *Harvela Investments Ltd. v. Royal Trust Co. of Canada (CI) Ltd.*, [1985] 1 All E.R. 261; *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No. 3)*, [1968] 1 W.L.R. 1555; *Karak Rubber Co. v. Burden (No. 2)*, [1972] 1 W.L.R. 602; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Esso Petroleum Co. v. Marden*, [1976] Q.B. 801; *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs and Kemp*, [1979] Ch. 384; *Hutton v. Warren* (1836), 1 M. & W. 446, 150 E.R. 517; *The "Freiya" v. The "R.S."*, [1922] 1 W.W.R. 409; *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110; *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461.

infirmant (1889), 23 Q.B.D. 243; *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India*, [1909] 2 K.B. 1010; *M'Kenzie v. British Linen Co.* (1881), 6 App. Cas. 82; *Ogilvie v. West Australian Mortgage, and Agency Corp.*, [1896] A.C. 257; *Fung Kai Sun v. Chan Fui Hing*, [1951] A.C. 489; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555; **distinction faite d'avec l'arrêt**: *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; **arrêts mentionnés**: *Bank of Montreal v. The King* (1907), 38 R.C.S. 258; *Banque de Montréal c. Procureur général (Qué.)*, [1979] 1 R.C.S. 565; *Devaynes v. Noble* (généralement appelé l'arrêt *Clayton*) (1816), 1 Mer. 529, 35 E.R. 767; *Glassell Development Co. v. Citizens' National Bank of Los Angeles*, 191 Cal. 375 (1923); *Basch v. Bank of America*, 22 C.2d 316 (1943); *Pacific Coast Cheese, Inc. v. Security First National Bank of Los Angeles*, 286 P.2d 353 (1955); *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950; *Swan v. North British Australasian Co.* (1863), 2 H. & C. 175, 159 E.R. 73; *Rutherford v. Royal Bank of Canada*, [1932] R.C.S. 131; *Mackenzie v. Imperial Bank of Canada*, [1938] O.W.N. 166; *B. and G. Construction Co. v. Bank of Montreal*, [1954] 2 D.L.R. 753; *Banque Provinciale du Canada v. Syndicat des Camionneurs Artisans du Québec Métropolitain*, [1970] C.A. 425, (1969), 11 D.L.R. (3d) 610; *Bad Boy Appliances and Furniture Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (1972), 25 D.L.R. (3d) 257; *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239, modifiant [1976] 1 Q.B. 319; *The "Moorcock"* (1889), 14 P.D. 64; *Reigate v. Union Manufacturing Co. (Ramsbottom)*, [1918] 1 K.B. 592; *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206; *Greaves & Co. (Contractors) Ltd. v. Baynham Meikle and Partners*, [1975] 3 All E.R. 99; *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177; *Shell UK Ltd. v. Lostock Garage Ltd.*, [1977] 1 All E.R. 481; *Mears v. Safecar Security Ltd.*, [1982] 2 All E.R. 865; *Harvela Investments Ltd. v. Royal Trust Co. of Canada (CI) Ltd.*, [1985] 1 All E.R. 261; *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No. 3)*, [1968] 1 W.L.R. 1555; *Karak Rubber Co. v. Burden (No. 2)*, [1972] 1 W.L.R. 602; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Esso Petroleum Co. v. Marden*, [1976] Q.B. 801; *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs and Kemp*, [1979] Ch. 384; *Hutton v. Warren* (1836), 1 M. & W. 446, 150 E.R. 517; *The "Freiya" v. The "R.S."*, [1922] 1 W.W.R. 409; *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110; *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461.

By La Forest J.

Citée par le juge La Forest

Referred to: *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950; *Kepitigalla Rubber*

Arrêts mentionnés: *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950; *Kepitigalla*

Estates, Ltd. v. National Bank of India, [1909] 2 K.B. 1010.

Statutes and Regulations Cited

Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, s. 49(1).
Uniform Commercial Code, s. 4-406.

Authors Cited

Cheshire, Geoffrey Chevalier, and Cecil H. Stuart Fifoot. *Law of Contract*, 10th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1981.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 5th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1982), 139 D.L.R. (3d) 575, dismissing an appeal from a judgment of Montgomery J. (1981), 32 O.R. (2d) 560, 122 D.L.R. (3d) 519, dismissing appellant's action. Appeal allowed.

John P. Bassel, Q.C., and *Robert M. Zarnett*, for the appellant.

John W. Adams, Q.C., and *Ian V. B. Nordheimer*, for the respondent.

The judgment of Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and Le Dain JJ. was delivered by

LE DAIN J.—The general question raised by this appeal is the extent of the duty of care owed by a customer to a bank in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of the customer's cheques. The particular issue is whether, in the absence of an express agreement (generally referred to as a "verification agreement"), the customer owes a duty to examine bank statements and vouchers with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time. There is also the question whether a "sophisticated commercial customer" owes a duty to its bank to maintain an acceptable system of internal controls, reflecting proper accounting practices and procedures, for the prevention and minimization of loss through forgery.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Ontario Court of Appeal on June 25, 1982 (1982), 139 D.L.R. (3d) 575; dismissing

Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India, [1909] 2 K.B. 1010.

Lois et règlements cités

a *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 49(1).
Uniform Commercial Code, art. 4-406.

Doctrines citées

b Cheshire, Geoffrey Chevalier, and Cecil H. Stuart Fifoot. *Law of Contract*, 10th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1981.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 5th ed. London: Stevens & Sons, 1979.

c POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 139 D.L.R. (3d) 575, qui a rejeté un appel contre le jugement du juge Montgomery (1981), 32 O.R. (2d) 560, 122 D.L.R. (3d) 519, qui a rejeté l'action de l'appelante. Pourvoi accueilli.

John P. Bassel, c.r., et *Robert M. Zarnett*, pour l'appelante.

e *John W. Adams, c.r.*, et *Ian V. B. Nordheimer*, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et Le Dain rendu par

f LE JUGE LE DAIN—Ce pourvoi soulève la question générale de l'étendue de l'obligation de diligence d'un client envers une banque en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage des chèques du client. La question précise est de savoir si, en l'absence d'une entente expresse (généralement appelée «accord de vérification»), le client est tenu d'examiner avec un soin raisonnable les relevés bancaires et les pièces justificatives et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable. Il y a en outre la question de savoir si un [TRADUCTION] «client commercial averti» est tenu vis-à-vis de sa banque de maintenir un système acceptable de contrôles internes qui soit conforme aux bonnes pratiques et méthodes comptables, afin de prévenir et de minimiser les pertes imputables aux faux.

j Le pourvoi, autorisé par cette Cour, attaque un arrêt rendu le 25 juin 1982 par la Cour d'appel de l'Ontario (1982), 139 D.L.R. (3d) 575, rejetant un

an appeal from the judgment of Montgomery J. in the Supreme Court of Ontario on May 11, 1981 (1981), 122 D.L.R. (3d) 519, which dismissed the appellant's action against the respondent bank for \$219,644.92, being the total amount debited to the appellant's account for the payment of twenty-three cheques bearing the forged signatures of signing officers, on the ground that the appellant was precluded by negligence from setting up the forgeries against the bank.

I

The cheques in issue were drawn during the period April 1976 to July 1977 inclusive on the chequing account, at the respondent Bank of Montreal ("the Bank"), of the operating unit or division of the appellant Canadian Pacific Hotels Limited ("CP Hotels"), at the Toronto International Airport, known as the Chateau Flight Kitchen (sometimes referred to as the "Malton Flight Kitchen" and hereinafter referred to as the "Flight Kitchen"). The banking operations of CP Hotels, including those of the Flight Kitchen, were part of the over-all banking arrangements made with the Bank by Canadian Pacific Limited ("CP") for itself and its subsidiary and associated companies. CP operated a centralized banking arrangement known as Treasury under which the Flight Kitchen maintained separate deposit and disbursement accounts with the Bank and a Treasury account with CP. Deposits were transferred on a daily basis to the Treasury account, and an amount was transferred daily from the Treasury account to the disbursement account to restore the balance in that account to zero. Disbursements by the Flight Kitchen to other participants under the Treasury banking arrangement were made by intercompany payment orders (ICPO's), which were non-negotiable cheques drawn on the Treasury account. The Bank submitted a daily bank statement with vouchers to the Flight Kitchen. The CP Hotels procedure manual required the accountant of the Flight Kitchen to prepare monthly bank reconciliations with a list of outstanding cheques and to forward them to the assistant accountant of the head office of CP Hotels.

appel d'une décision du 11 mai 1981 rendu par le juge Montgomery de la Cour suprême de l'Ontario (1981), 122 D.L.R. (3d) 519, qui avait rejeté, pour le motif que la négligence de l'appelante l'empêchait d'opposer les faux à la banque intimée, l'action visant à obtenir de cette dernière la somme de 219 644,92 \$, soit le montant total dont le compte de l'appelante avait été débité pour le paiement de vingt-trois chèques portant les signatures contre-faites des signataires autorisés.

I

Les chèques en cause ont été tirés au cours de la période d'avril 1976 à juillet 1977 inclusivement sur le compte de chèques qu'avait à la Banque de Montréal («la Banque»), intimée en l'espèce, la division de l'appelante, Société hôtelière Canadienne Pacifique Limitée («CP Hôtels»), qui se trouve à l'aéroport international de Toronto, division connue sous le nom de Chateau Flight Kitchen (mais appelée parfois «Malton Flight Kitchen» et appelée ci-après «Flight Kitchen»). Les opérations bancaires de CP Hôtels, y compris celles de Flight Kitchen, faisaient partie des arrangements bancaires généraux conclus avec la Banque par Canadien Pacifique Limitée («CP») pour elle-même, pour ses filiales et pour ses sociétés affiliées. CP possédait un système bancaire centralisé dit [TRADUCTION] «trésorerie» dans lequel Flight Kitchen avait des comptes distincts de dépôts et de décaissement à la Banque ainsi qu'un compte de trésorerie chez CP. Les dépôts étaient virés quotidiennement au compte de trésorerie et on transférait chaque jour du compte de trésorerie au compte de décaissement une somme destinée à ramener à zéro le solde de ce compte-là. Les virements de Flight Kitchen à d'autres participants au système bancaire de trésorerie s'effectuaient au moyen de mandats de paiement entre sociétés (MPES), qui étaient des chèques non négociables tirés sur le compte de trésorerie. La Banque remettait à Flight Kitchen un relevé bancaire quotidien avec pièces justificatives. Le manuel d'instructions de CP Hôtels exigeait que le comptable de Flight Kitchen établisse des conciliations bancaires mensuelles avec une liste des chèques en circulation et qu'il les fasse parvenir au comptable adjoint au siège social de CP Hôtels.

During the relevant period the staff of the Flight Kitchen concerned with banking and accounting matters consisted of the manager, Donald Saunders; the accountant, Robert Hird, who left in January 1977; the assistant accountant, Morris Sands (also known and referred to by the trial judge as "Morris Sigulim"), who assumed the position of accountant some two months after the departure of Hird; the disbursement clerk, W. Uddin; and the purchasing agent, the payroll clerk and the general clerk, whose functions and responsibilities, unlike those of the others, were not the subject of comment by the trial judge. During the relevant period the cheques of the Flight Kitchen required the signature of two signing officers: that of the manager, Saunders, and that of the accountant, Hird, and later that of Sands. As the accountant, Hird was responsible for the bank reconciliations based on the daily bank statements and the disbursement records, including the cancelled cheques, but he delegated that function to the assistant accountant, Sands. Uddin was responsible for keeping the disbursement records, including the cancelled cheques. Hird received a summary statement of the monthly bank reconciliation from Sands, generally without a list of the outstanding cheques. He did not otherwise check the work of Sands in the preparation of the bank reconciliation. He did not examine the daily bank statements or the cancelled cheques, nor did he check the work of Uddin.

During the relevant period the defendant Sands forged the signature of Saunders on all twenty-three, and the signature of Hird on nineteen, of the cheques for which the claim is made. He made the cheques payable to the defendant companies, Dundas Discounts Limited and Sig-Mor Sales Limited, which were controlled by him. The forgeries were not discovered until August, 1977. CP Hotels gave the Bank notice of them on August 25, 1977.

The daily bank statement sent to the Flight Kitchen contained the following statement: "Please check this statement promptly. Any errors, irregularities, or omissions found therein should be reported within 30 days of delivery or mailing,

Au cours de la période en cause, le personnel de Flight Kitchen qui s'occupait des affaires bancaires et comptables se composait du gérant, Donald Saunders, du comptable, Robert Hird, qui est parti en janvier 1977, du comptable adjoint, Morris Sands (alias «Morris Sigulim» et ainsi appelé par le juge de première instance), qui a assumé le poste de comptable environ deux mois après le départ de Hird, de l'agent payeur, W. Uddin, et de l'acheteur, du commis à la paye et du commis général, dont les fonctions et les responsabilités, à la différence de celles des autres, n'ont fait l'objet d'aucune observation de la part du juge de première instance. Pendant la période en cause, les chèques de Flight Kitchen devaient porter la signature de deux signataires autorisés, savoir: celle du gérant, Saunders, et celle du comptable, d'abord Hird, puis Sands. En sa qualité de comptable, Hird avait pour fonction d'établir les conciliations bancaires à partir des relevés bancaires quotidiens et des états des débours, y compris les chèques payés, mais il a délégué cette tâche au comptable adjoint, Sands. C'est Uddin qui avait la charge de conserver les états des débours et les chèques payés. Hird recevait de Sands un état récapitulatif de la conciliation bancaire mensuelle, généralement sans liste des chèques en circulation. Il ne vérifiait pas par ailleurs le travail accompli par Sands en dressant la conciliation bancaire. Il n'examinait ni les relevés bancaires quotidiens ni les chèques payés et ne contrôlait pas non plus le travail d'Uddin.

Au cours de cette période, le défendeur Sands a contrefait la signature de Saunders sur les vingt-trois chèques faisant l'objet de la réclamation et celle de Hird sur dix-neuf. Les bénéficiaires des chèques étaient les sociétés défenderesses Dundas Discounts Limited et Sig-Mor Sales Limited dont Sands avait le contrôle. Les faux n'ont été découverts qu'en août 1977. CP Hôtels en a donné avis à la Banque le 25 août 1977.

Le relevé bancaire quotidien envoyé à Flight Kitchen portait la mention suivante: [TRADUCTION] «Prière de vérifier ce relevé sans délai. Toute erreur, irrégularité ou omission doit être signalée dans les trente jours de la livraison ou de

otherwise it will be considered correct.” CP was not required by the Bank to sign a verification agreement obliging it and its subsidiary and associated companies to verify bank statements and report discrepancies within a specified period of time. Neither the general agreement between CP and the Bank respecting the Bank’s remuneration nor the “Operation of Account Agreement” contained any reference to the verification of bank statements.

The action of CP Hotels against the Bank for recovery of the amount of \$219,644.92 is framed as one for conversion and alternatively for money had and received and alleges breach of contract and negligence by the Bank in honouring the forged cheques. In its defence the Bank alleges that CP Hotels is “estopped or otherwise denied” from recovering the amounts debited in respect of the forged cheques by the breach of a duty, arising out of the banker and customer relationship, to check its bank statements and vouchers on at least a monthly basis, with a bank reconciliation for such purpose, and to notify the Bank immediately of any errors. The Bank also sets up in relation to this alleged duty the defence of a stated or settled account. The Bank further alleges the breach by CP Hotels of a duty to take reasonable precautions to prevent fraud by its employees in relation to dealings with the Bank by the maintenance of adequate supervision and internal accounting controls and also invokes the responsibility of a principal for the fraud of an agent acting within the scope of his actual or apparent authority.

Both CP Hotels and the Bank rely on s. 49(1) of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5, which provides:

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

la mise à la poste, sinon le relevé sera considéré comme exact.» La Banque n’a pas exigé de CP qu’elle signe un accord de vérification l’obligeant ainsi que ses filiales et ses sociétés affiliées à vérifier les relevés bancaires et à signaler les irrégularités dans un délai déterminé. Ni l’entente générale entre CP et la Banque portant sur la rémunération de celle-ci ni [TRADUCTION] «l’entente sur l’administration du compte» ne parlait de la vérification des relevés bancaires.

L’action en recouvrement de la somme de 219 644,92 \$ que CP Hôtels a intentée contre la Banque revêt la forme d’une action pour appropriation illicite et, subsidiairement, en répétition de l’indu et allègue une rupture de contrat et la négligence de la Banque qui a honoré des chèques contrefaits. Dans sa défense, la Banque allègue que CP Hôtels est [TRADUCTION] «empêchée ou autrement privée» de recouvrer les montants débités relativement aux chèques contrefaits à cause d’un manquement à l’obligation, découlant de la relation entre le banquier et le client, de vérifier ses relevés bancaires et pièces justificatives au moins mensuellement avec une conciliation bancaire établie à cette fin et d’aviser immédiatement la Banque de toute irrégularité. La Banque invoque également à l’égard de cette obligation alléguée la défense que constitue un compte apuré. La Banque allègue en outre que CP Hôtels a manqué à son obligation de prendre des précautions raisonnables pour empêcher la fraude de ses employés dans leur rapport avec la Banque en assurant une supervision et des contrôles comptables internes adéquats; elle invoque aussi la responsabilité du mandant pour la fraude d’un mandataire qui agit dans le cadre de son pouvoir réel ou apparent.

Et CP Hôtels et la Banque invoquent le par. 49(1) de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5, dont voici le texte:

49. (1) Sous réserve de la présente loi, lorsqu’une signature sur une lettre de change est contrefaite où 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

payment of the bill is precluded from setting up the forgery or want of authority.

CP Hotels relies on s. 49(1) for the rule that a forged signature is wholly inoperative and thus the Bank had no authority to pay the cheques and debit CP Hotels for the amount of them. Both the Bank and CP Hotels rely on s. 49(1) for the extent to which the general rule respecting the effect of a forged signature has been qualified by the words "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." Thus the issue in the case is whether CP Hotels is precluded, within the meaning of s. 49(1), from setting up the forgeries against the Bank.

Despite the absence of a verification agreement, Montgomery J. in the Supreme Court of Ontario held that CP Hotels owed a duty to the Bank to examine its bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time. He also held that a "sophisticated commercial customer", such as CP Hotels, owed a duty to its bank to maintain an acceptable system of internal controls for the prevention and minimization of loss through forgery. Such controls included a division or segregation of duties and supervision and verification of the work of those responsible for the bank reconciliation and the records on which it must be based. The trial judge found that CP Hotels was in breach of both duties and that its negligence was the cause of the loss resulting from the forgeries. In particular, he found that the accountant, Robert Hird, had been negligent in delegating the bank reconciliation to Sands and not supervising or checking his work and that of the disbursement clerk, Uddin. He also found a lack of supervision by the manager of the Flight Kitchen and by the head office of CP Hotels, particularly after Sands had assumed the duties of accountant. The trial judge found that it was the lack of supervision and other internal controls that permitted Sands to conceal the forgeries for as long as he did by manipulation of the bank reconciliation and the accounting records on

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.

- a CP Hôtels s'appuie sur le par. 49(1) parce qu'il établit la règle qu'une signature contrefaite est sans effet et donc la Banque n'était donc pas autorisée à payer les chèques ni à débiter le compte de CP Hôtels du montant correspondant.
- b La Banque et CP Hôtels invoquent toutes deux le par. 49(1) dans la mesure où la règle générale relative à l'effet d'une signature contrefaite est tempérée par les termes «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». Donc la question en litige en l'espèce est de savoir si CP Hôtels n'est pas admise, au sens du par. 49(1), à établir le faux à l'encontre de la Banque.

Malgré l'absence d'un accord de vérification, le juge Montgomery a conclu que CP Hôtels avait une obligation envers la Banque d'examiner ses relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable. Il a estimé aussi qu'un «client commercial averti» comme CP Hôtels est tenu envers sa banque de maintenir un système acceptable de contrôles internes destinés à prévenir et à minimiser les pertes imputables au faux. Ces contrôles comprennent une division ou répartition des fonctions ainsi que la surveillance et la vérification du travail de ceux qui s'occupent de la conciliation bancaire et des états sur lesquels celle-ci doit être fondée. Selon le juge de première instance, CP Hôtels a manqué à l'une et l'autre obligations et sa négligence est la cause de la perte résultant des faux. En particulier, il a conclu que le comptable, Robert Hird, avait fait preuve de négligence en déléguant à Sands l'établissement de la conciliation bancaire et en ne surveillant ni ne contrôlant aucunement le travail de Sands ou celui de l'agent payeur, Uddin. Il a conclu en outre à un manque de surveillance de la part du gérant de Flight Kitchen et de la part du siège social de CP Hôtels, notamment après que Sands eut assumé les fonctions de comptable. Le juge de première instance a estimé que c'est grâce à cette absence de surveillance et d'autres contrôles internes que

which it was based, and that but for the negligence of CP Hotels the irregularities would have been discovered as early as April 1976. The trial judge also found that the Bank, which employed verification clerks to verify the signatures of customers, had not been negligent. He held that CP Hotels was precluded by its negligence from setting up the forgeries against the Bank, and he accordingly dismissed its action.

A majority of the Ontario Court of Appeal (Jessup and Houlden JJ.A.) dismissed the appeal from this judgment for the reasons of Montgomery J. Lacourcière J.A., dissenting, was of the view that it was not open to the trial judge, on the existing authorities and in the absence of a verification agreement, to base a dismissal of the action of CP Hotels on the breach of a duty to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time. While intimating that the imposition of such a duty might be desirable, he held that it could only be properly imposed by an amendment to s. 49 of the *Bills of Exchange Act* or by a judgment of this Court departing from "its traditional interpretation of s. 49". I quote his brief dissenting reasons in full because they serve to indicate the general focus of the issue in the appeal:

In my opinion the learned trial judge was not free to dismiss the appellant's action on the basis of its failure to examine the bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time. In the absence of a verification agreement, no such duty has ever been fastened upon bank customers in Canada. If this is to be done, as I think perhaps it should, it is for Parliament to modify s. 49 of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5, along the lines of the United States *Uniform Commercial Code*, the relevant provisions of which are quoted in *Arrow Transfer Co. Ltd. v. Royal Bank of Canada et al.*, [1972] S.C.R. 845, 27 D.L.R. (3d) 81, [1972] 4 W.W.R. 70. Alternatively, it is open to the Supreme Court of Canada to depart from its

Sands a pu dissimuler les faux aussi longtemps en falsifiant la conciliation bancaire et les pièces comptables sur lesquelles elle était fondée et que, n'eût été la négligence de CP Hôtels, les irrégularités auraient été découvertes dès le mois d'avril 1976. De plus, le juge du procès est arrivé à la conclusion que la Banque, qui employait des commis à la vérification chargés de vérifier les signatures des clients, n'avait pas été négligente. À son avis, CP Hôtels n'était pas admise vu sa négligence, à établir les faux à l'encontre de la Banque et il a en conséquence rejeté l'action.

La Cour d'appel de l'Ontario à la majorité, composée des juges Jessup et Houlden, adoptant les motifs du juge Montgomery, a rejeté l'appel interjeté du jugement de ce dernier. Le juge Lacourcière, dissident, a exprimé l'avis que, compte tenu de la jurisprudence existante et en l'absence d'un accord de vérification, le juge de première instance ne pouvait fonder le rejet de l'action de CP Hôtels sur le manquement à une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable. Bien qu'il ait laissé entendre qu'il puisse être souhaitable d'imposer une telle obligation, il a conclu que cela ne pouvait légitimement se faire que par voie de modification de l'art. 49 de la *Loi sur les lettres de change* ou par un arrêt de cette Cour dans lequel elle abandonnerait [TRADUCTION] «son interprétation traditionnelle de l'art. 49». Je reproduis intégralement les brefs motifs de dissidence du juge Lacourcière parce qu'ils font ressortir la portée générale de la question soulevée par le pourvoi:

[TRADUCTION] À mon avis, le savant juge de première instance n'était pas libre de rejeter l'action de l'appelante en raison de son omission d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable. À défaut d'un accord de vérification, aucune obligation de ce genre n'a jamais été imposée aux clients d'une banque au Canada. Si on leur impose une telle obligation, et je crois qu'il y a peut-être lieu de le faire, il faut que le Parlement modifie l'art. 49 de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5, en s'inspirant de l'*Uniform Commercial Code* des États-Unis, dont les dispositions pertinentes sont citées dans l'arrêt *Arrow Transfer Co. Ltd. c. Banque Royale du Canada et autres*, [1972]

traditional interpretation of s. 49. Only in that way will the desirable uniformity be achieved. Unless that is done, a bank which debits a customer's account in respect of forged cheques as the respondent bank did in the present case is liable to the customer in the absence of a suitable verification agreement or other circumstances creating a true estoppel: see *Arrow Transfer*, *supra*, at p. 851 S.C.R., p. 84 D.L.R. In my view, the doctrine of *stare decisis* was departed from by the learned trial judge, albeit in a progressive and well-reasoned judgment.

II

As suggested by the reasons of Montgomery J. and the dissenting reasons of Lacourcière J.A., the issue in the appeal turns initially on the view which one takes of the judgment of the majority of this Court, delivered by Martland J., and the separate reasons, concurring in the result, of Laskin J. (as he then was) in *Arrow Transfer Co. v. Royal Bank of Canada*, [1972] S.C.R. 845. In that case the majority of the Court held that the customer was precluded by a verification agreement from recovering the amount debited to its account by the bank pursuant to the payment of cheques on which the customer's signature had been forged. In the course of his judgment for the majority, Martland J. said at p. 851 (the statement to which Lacourcière J.A. was presumably referring): "In the absence of the verification agreement, a bank which debited a customer's account in respect of a forged cheque would be liable to him." Laskin J. was of the view that the verification agreement did not apply to the forged drawing of a cheque, but he found that the customer was precluded by negligence from recovering against the bank. After concluding that the verification agreement did not provide the bank with a defence, Laskin J. said at p. 870: "Is then the Royal Bank's only defence to the claim of the appellant that the latter is (to refer to what is stated in s. 49(1) of the *Bills of Exchange Act*) precluded from setting up any or all of the forgeries?" After referring to the American law, as reflected in the judgment of the United States Supreme Court in *Leather Manufacturers' Bank v. Morgan*, 117 U.S. 96 (1886), and in

R.C.S. 845, 27 D.L.R. (3d) 81, [1972] 4 W.W.R. 70. Une autre possibilité est que la Cour suprême du Canada abandonne son interprétation traditionnelle de l'art. 49. Ce n'est qu'ainsi qu'on atteindra l'uniformité souhaitable. Sans cela, une banque qui débite le compte d'un client du montant d'un chèque contrefait, comme l'a fait la banque intimée en l'espèce, est responsable envers le client, à moins qu'il n'y ait un accord de vérification approprié ou d'autres circonstances donnant lieu à une véritable fin de non-recevoir: voir l'arrêt *Arrow Transfer*, précité, à la p. 851 R.C.S., à la p. 84 D.L.R. À mon avis, le savant juge de première instance s'est écarté du principe du *stare decisis*, quoique son jugement soit à la fois progressif et bien motivé.

II

Comme l'indiquent les motifs du juge Montgomery et de l'opinion dissidente du juge Lacourcière, la question en litige en l'espèce dépend au départ de l'interprétation que l'on donne aux motifs de la majorité de cette Cour, rendus par le juge Martland, et des motifs distincts du juge Laskin (alors juge puîné) qui a souscrit au résultat dans l'arrêt *Arrow Transfer Co. c. Banque Royale du Canada*, [1972] R.C.S. 845. Dans cette affaire, la majorité de la Cour a conclu que l'accord de vérification empêchait le client de recouvrer le montant débité de son compte par la banque en paiement de chèques sur lesquels la signature du client avait été contrefaite. Dans son jugement rédigé au nom de la majorité, le juge Martland dit à la p. 851 (le passage auquel le juge Lacourcière doit se référer): «En l'absence d'un accord de vérification, la banque qui porterait le montant d'un faux chèque au débit du compte d'un client serait responsable envers ce dernier.» Le juge Laskin a estimé que l'accord de vérification ne s'appliquait pas au tirage contrefait d'un chèque, mais il a conclu que la négligence imputable au client l'empêchait de poursuivre la banque. Après avoir conclu que la banque ne pouvait pas opposer l'accord de vérification en défense, le juge Laskin a dit à la p. 870: «La Banque Royale a-t-elle donc pour unique défense à la réclamation de l'appelante que cette dernière (d'après ce qui est énoncé à l'art. 49(1) de la *Loi sur les lettres de change*) n'est pas admise à établir quelque faux que ce soit ou tous les faux?» Après avoir parlé du droit américain qui ressort de l'arrêt de la Cour suprême

§ 4-406 of the *Uniform Commercial Code* (to which Lacourcière J.A. referred), Laskin J. said at p. 873: "I do not think it is too late to fasten upon bank customers in this country a duty to examine bank statements with reasonable care and to report account discrepancies within a reasonable time." In the result, Laskin J. held that the customer was precluded by the breach of a wider duty of care, comparable to the wider duty found by Montgomery J., from recovering against the Bank. It was contended by counsel for CP Hotels, as was apparently assumed by Lacourcière J.A., on the basis of the statement quoted above from the judgment of Martland J., that the majority judgment of this Court in *Arrow Transfer* decided, in effect, that a customer could not, in the absence of a verification agreement, be precluded from recovering against a bank by the breach of a duty to examine bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time. For the reasons indicated more fully in the later discussion of *Arrow Transfer*, I am of the respectful opinion that this was not the case, and that having based its conclusion on the verification agreement the majority did not purport to address the question raised by Laskin J., which is the issue in the present appeal.

While we are not, in my opinion, prevented by the opinion of the majority in *Arrow Transfer* from adopting the view expressed by Laskin J. in that case, as Montgomery J. did, that result would undoubtedly represent a departure in the law respecting the duties owed by a customer to a bank in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of his cheques, in the absence of a verification agreement. It would involve the recognition of a duty of care extending beyond those that have been recognized by judicial authority in England, as reflected in *London Joint Stock Bank v. Macmillan*, [1918] A.C. 777 (H.L.), *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, [1933] A.C. 51 (H.L.), and most recently, *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1986] 1 A.C. 80 (P.C.) These are the duty of a customer to use reasonable care to draw his cheques in such a

des États-Unis *Leather Manufacturers' Bank v. Morgan*, 117 U.S. 96 (1886) et de § 4-406 de l'*Uniform Commercial Code* (dont le juge Lacourcière parle), le juge Laskin dit à la p. 873: «Je ne crois pas qu'il soit trop tard pour imposer aux clients des banques, dans notre pays, l'obligation d'examiner avec une diligence raisonnable les états bancaires et de signaler dans un délai raisonnable les irrégularités qui y figurent.» En définitive, le juge Laskin a conclu que le client était empêché par le manquement à une obligation de diligence large, comparable à l'obligation large établie par le juge Montgomery, de poursuivre la Banque. L'avocat de CP Hôtels, comme l'a apparemment présumé le juge Lacourcière, a prétendu en se fondant sur l'extrait précité du jugement du juge Martland, que, dans l'affaire *Arrow Transfer*, le jugement de la majorité en cette Cour a en fait décidé qu'un client ne pouvait pas, en l'absence d'un accord de vérification, être empêché de poursuivre la banque par le manquement à une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable. Pour les motifs développés plus loin dans la discussion de l'arrêt *Arrow Transfer*, je suis humblement d'avis que ce n'était pas le cas et qu'ayant fondé sa conclusion sur l'accord de vérification, la majorité n'a pas examiné la question soulevée par le juge Laskin et qui est précisément en cause dans le présent pourvoi.

Bien qu'à mon avis l'opinion de la majorité dans l'affaire *Arrow Transfer* ne nous empêche pas d'adopter le point de vue exprimé par le juge Laskin, comme l'a fait le juge Montgomery, ce résultat représentait indubitablement une modification du droit relatif aux obligations du client envers sa banque en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage de ses chèques en l'absence d'un accord de vérification. Il entraînait une reconnaissance d'une obligation de diligence qui dépasse les obligations reconnues par la jurisprudence anglaise représentée par les arrêts *London Joint Stock Bank v. Macmillan*, [1918] A.C. 777 (H.L.); *Greenwood v. Martins Bank, Ltd.*, [1933] A.C. 51 (H.L.), et l'exemple le plus récent, *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1986] 1 A.C. 80 (P.C.) Il s'agit de l'obligation d'un client d'user de diligence raison-

manner as not to facilitate forgery or material alteration of them, and the duty, upon learning of forgery, to give the bank prompt notification of it. At least until the opinion of Laskin J. in *Arrow Transfer*, these duties were accepted in Canadian law as indicating the limits, in the absence of a verification agreement, of the customer's duties in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of his cheques. See *Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada* (1916), 38 O.L.R. 326 (H.C.) Montgomery J. acknowledged that he was breaking new ground. Referring to the decisions of this Court in *Ewing v. Dominion Bank* (1904), 35 S.C.R. 133, *Bank of Montreal v. The King* (1907), 38 S.C.R. 258 and *Arrow Transfer*, and the decision of the Ontario High Court in *Columbia Graphophone*, *supra*, Montgomery J. said at p. 528:

There is no explicit statement that the customer will be estopped by reason of his own negligence in failing to adequately examine the bank statements or in failing to adequately supervise the fraudulent clerk.

It is to this last point that counsel for the defence addressed a most reasoned and persuasive argument. Can it reasonably be said that principles of law enunciated at the beginning of the century must remain unchanged in the context of the present-day relationship between an extremely sophisticated commercial customer and his bank?

Counsel for the Bank also conceded in argument that the Court was being invited to extend the customer's duty of care. Referring to the two duties of a customer clearly established by the existing authority, which counsel described as a duty "not to draw a cheque in a manner which might facilitate alteration" and a duty "promptly to report the forgery of his signature on a cheque when he becomes aware of it", counsel for the Bank stated in their factum: "Given these duties, it is but a short and logical step to suggest that a customer who receives a periodic statement of his account (daily in the case of the Appellant) and, more importantly, the original vouchers, should be required to look at them and report discrepancies." Counsel also referred to the trial judge's "extension of the customer's duty of care." Counsel for the Bank did argue an estoppel by silence on the

nable en tirant ses chèques, de manière à ne pas faciliter leur contrefaçon ou leur falsification ainsi que l'obligation, dès qu'il se rend compte du faux, d'en avertir immédiatement la banque. Antérieurement à l'opinion du juge Laskin dans l'affaire *Arrow Transfer* du moins, il était accepté en droit canadien que c'étaient là les limites, en l'absence d'un accord de vérification, des obligations du client en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage de ses chèques. Voir l'arrêt *Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada* (1916), 38 O.L.R. 326 (H.C.) Le juge Montgomery a reconnu qu'il innovait. Parlant des arrêts de cette Cour *Ewing v. Dominion Bank* (1904), 35 R.C.S. 133; *Bank of Montreal v. The King* (1907), 38 R.C.S. 258, et *Arrow Transfer* et de la décision de la Haute Cour de l'Ontario dans l'affaire *Columbia Graphophone*, précitée, le juge Montgomery a dit à la p. 528:

[TRADUCTION] Il n'y a pas d'énoncé explicite qu'un client ne pourra pas poursuivre parce que, à cause de sa propre négligence, il n'a pas adéquatement examiné les relevés bancaires ou surveillé un commis fraudeur.

C'est sur ce dernier point que l'avocat de la défense a plaidé de la façon la mieux motivée et convaincante. Peut-on raisonnablement dire que les principes juridiques énoncés au début du siècle doivent rester intacts dans le contexte des relations actuelles entre un client commercial des plus avisés et sa banque?

Les avocats de la Banque ont aussi admis au cours des plaidoiries qu'on invitait la Cour à étendre l'obligation de diligence du client. Parlant des deux obligations d'un client établies clairement par la jurisprudence existante et que les avocats ont respectivement décrite comme l'obligation [TRADUCTION] «de ne pas tirer de chèque de manière à faciliter les faux» et celle de [TRADUCTION] «signaler promptement la signature contrefaite sur un chèque dès qu'il s'en aperçoit», les avocats de la Banque ont déclaré dans leur mémoire: [TRADUCTION] «Vu ces obligations, il n'y a qu'un petit pas, d'ailleurs logique, de là à dire qu'un client qui reçoit périodiquement un relevé de compte (quotidiennement dans le cas de l'appelante) et, qui plus est, les pièces justificatives originales, soit tenu de les examiner et de signaler les irrégularités». Les avocats ont également parlé de [TRADUCTION]

basis of what would amount to imputed knowledge of forgery but this also would appear to involve finding a duty to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time.

The breach of such a contractual duty, if it existed, would in my opinion clearly fall within the meaning of "precluded" in s. 49(1), assuming of course that it could be shown to have caused prejudice or detriment, because it could be properly characterized (as it was in *Leather Manufacturers' Bank*) as resulting in that species of estoppel by representation often referred to as estoppel by conduct or estoppel by negligence. I am therefore of the view that it is necessary to determine whether such a duty exists. I do not find it necessary or desirable for purposes of the present appeal to express a view as to the extent to which a party may be precluded by negligence under s. 49(1) from setting up a forgery. I am satisfied that whatever be the proper scope and meaning to be assigned to the word "precluded" in s. 49(1) it cannot be construed as freezing the kinds of duties, the breach of which may be properly characterized as resulting in an estoppel by representation.

The issue, as I see it, is whether, apart from the question of policy, on which opinions obviously differ, there is a sound basis in law for such a duty. Laskin J. did not address this issue in *Arrow Transfer*, nor did Montgomery J. explore it in any depth in the present case. It was, however, fully canvassed in relation to a wider duty of care in the judgments of the Hong Kong Court of Appeal and the Judicial Committee of the Privy Council in *Tai Hing*. The consideration of this issue requires a review of the existing authorities with respect to a customer's duty of care to a bank in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of his cheques.

«d'élargissement de l'obligation de diligence du client» effectué par le juge de première instance. Les avocats de la Banque ont effectivement plaidé une fin de non-recevoir par défaut fondée sur ce
a qui constituerait une connaissance imputée du faux, mais cela impliquerait aussi de conclure à l'existence d'une obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable.

b Le manquement à cette obligation contractuelle, s'il existait, relèverait clairement à mon avis du sens de l'expression «n'est pas admis» au par. 49(1), si l'on présume évidemment qu'on puisse
c démontrer un préjudice, car on pourrait à bon droit considérer (comme dans l'affaire *Leather Manufacturers' Bank*) qu'il entraîne ce genre de fin de non-recevoir fondée sur une déclaration,
d souvent appelée fin de non-recevoir fondée sur la conduite ou la négligence. Je suis donc d'avis qu'il faut déterminer si cette obligation existe. Je n'estime ni nécessaire ni souhaitable aux fins de ce pourvoi d'exprimer une opinion sur la question de
e savoir dans quelle mesure une partie peut être empêchée, à cause de la négligence, d'établir le faux aux termes du par. 49(1). Je suis convaincu que quels que soient la portée et le sens corrects à donner à l'expression «n'est pas admis» au par. 49(1), on ne peut l'interpréter comme figeant les
f types d'obligation dont la violation peut à bon droit entraîner une fin de nonrecevoir fondée sur une déclaration.

g La question, à mon sens, est de savoir si, indépendamment de la question de politique générale sur laquelle les opinions manifestement diffèrent, il existe un fondement solide en droit pour appuyer
h une telle obligation. Le juge Laskin ne s'est pas penché ce point dans l'affaire *Arrow Transfer* et le juge Montgomery ne l'a pas approfondie en l'espèce. Elle a toutefois fait l'objet d'une analyse complète par rapport à une obligation de diligence
i large dans les arrêts de la Cour d'appel de Hong Kong et du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Tai Hing*. L'examen de cette question exige une revue de la jurisprudence existante
j sur l'obligation de diligence d'un client envers une banque en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage de ses chèques.

Before undertaking this review something should perhaps be said about the apparent scope, relationship and basis of the two duties affirmed by Montgomery J.: the duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, and the duty to maintain an acceptable system of internal controls for the prevention and minimization of loss through forgery. It would appear that Montgomery J. regarded both of these duties as applicable to the "sophisticated" customer, and that he found the basis for them in "commercial custom" adopted as an implied term of the contract between banker and customer. He began his reasons for judgment with the following question at p. 520: "What is the duty a sophisticated customer owes to its banker?" After referring to what was said by Pratte J. in *Bank of Montreal v. Attorney General (Que.)*, [1979] 1 S.C.R. 565 at pp. 569-70, concerning the role of commercial custom in the banker and customer relationship, and quoting at length from the opinion of Laskin J. in *Arrow Transfer*, Montgomery J. said at p. 532:

In my view the majority judgment in *Bank of Montreal v. A.-G. Que.*, *supra*, by referring to "commercial custom" permits me to imply the type of duty contemplated by Laskin J. in *Arrow Transfer*, *supra*, to the banking relationship between CP and the bank, quite apart from their express banking agreement. I cannot see that a large sophisticated bank customer who receives daily statements of account from its bank, whose daily bank transactions amount to many thousands of dollars, can be absolved of responsibility for checking the accuracy of those statements in respect of cheques bearing forged signatures. If the bank is to be held liable to its customer for honouring cheques bearing forged signatures surely it must be considered a part of commercial custom that the customer take steps to identify forgeries and prevent their recurrence as part of normal business practice. The Price Waterhouse report indicated unequivocally that had CP Hotels followed proper accounting practices and procedures, Sigulim would not have been able to succeed in his scheme. Such practices and procedures necessarily include proper bank reconciliations.

Avant d'entreprendre cet examen, il convient peut-être de dire un mot sur l'étendue, la relation et le fondement apparents des deux obligations mentionnées par le juge Montgomery, savoir: a l'obligation, en l'absence d'un accord de vérification, d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable, ainsi que l'obligation de b maintenir un système acceptable de contrôles internes afin de prévenir et de minimiser les pertes imputables aux faux. Le juge Montgomery paraît avoir considéré ces deux obligations comme applicables aux clients «avertis» et, selon lui, elles se c dégagent de «l'usage du commerce» adopté comme terme implicite du contrat entre banquier et client. Il a commencé ses motifs de jugement en posant la question suivante, à la p. 520: [TRADUCTION] «Qu'elle est l'obligation d'un client averti d envers son banquier?» Le juge Montgomery s'est référé aux propos tenus par le juge Pratte dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Procureur général (Qué.)*, [1979] 1 R.C.S. 565 aux pp. 569 et 570, relativement au rôle joué par l'usage du commerce e dans les relations banquier-client, a cité un long extrait tiré de l'opinion du juge Laskin dans l'affaire *Arrow Transfer*, puis a dit, à la p. 532:

[TRADUCTION] Selon moi, puisque les motifs de la majorité dans l'affaire *Banque de Montréal c. P.G. Qué.*, précitée, font mention de «l'usage du commerce», cela me permet de supposer que le type d'obligation envisagé par le juge Laskin dans l'arrêt *Arrow Transfer*, précité, existe dans les rapports entre CP et la banque indépendamment des termes exprès de leur contrat bancaire. Je ne conçois pas qu'un grand client d'une banque, un client averti, qui reçoit de sa banque des relevés de compte quotidiens et dont les opérations bancaires quotidiennes se chiffrent à plusieurs milliers de dollars, puisse être dégagé de toute responsabilité de vérifier l'exactitude de ces relevés en ce qui concerne les chèques revêtus de signatures contrefaites. Si la banque doit être responsable envers son client du fait d'avoir honoré des chèques portant des signatures contrefaites, l'usage du commerce doit certainement exiger que le client prenne dans le cadre normal des affaires des mesures visant à déceler les faux et à empêcher qu'ils ne se reproduisent. Le rapport Price Waterhouse déclare sans équivoque que, si CP Hôtels avait suivi des pratiques et des méthodes comptables appropriées, le dessein de Sigulim aurait j échoué. Ces pratiques et méthodes comprennent nécessairement l'établissement de conciliations bancaires convenables.

With reference to the requirement of an acceptable system of internal controls, he said at p. 533:

In a commercial context an efficient internal control system is designed to prevent frauds against the corporation without regard to specific provisions of the *Bills of Exchange Act*. In my opinion a bank dealing with a sophisticated commercial customer has a right to expect that the customer will have such internal controls in place. The customer owes a duty to the bank to operate an acceptable internal control system so that both the bank and its customer are jointly engaged in prevention and minimization of losses occurring through forgeries.

To impose such a duty on a sophisticated customer does not run counter to the spirit of the *Bills of Exchange Act*

In this Court counsel for the Bank contended chiefly for a duty of general application to examine bank statements with reasonable care and report discrepancies within a reasonable time, as indicated by his opening submission in oral argument that the Court should recognize a duty of the kind set out in § 4-406 of the *Uniform Commercial Code*, although I did not understand him to abandon reliance on a duty to maintain an adequate system of internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery.

III

I find it convenient to begin the consideration of judicial opinion with reference to the basis of the customer's duties to a bank in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of his cheques with the judgment of the Supreme Court of the United States in *Leather Manufacturers' Bank*, *supra*, because it contains an early analysis of the issues of law and policy and has been invoked over the years in the English and Canadian cases by those contending that the customer should have a wider duty of care than that which has been recognized in those cases. *Leather Manufacturers' Bank* was a case of material alteration by a confidential clerk in which the amounts of cheques were raised after the cheques had been signed by his employer. The customer's pass-book

En ce qui concerne l'exigence d'un système acceptable de contrôles internes, le juge Montgomery a dit, à la p. 533:

[TRADUCTION] Dans un contexte commercial, un système efficace de contrôles internes est conçu pour éviter que la société soit fraudée, indépendamment des dispositions précises de la *Loi sur les lettres de change*. À mon avis, une banque qui fait affaire avec un client commercial averti est en droit de s'attendre que ce client ait instauré de tels contrôles internes. Le client a une obligation envers la banque de posséder un système acceptable de contrôles internes afin que la banque et le client participent ensemble à la prévention et à la réduction au minimum des pertes occasionnées par les faux.

Imposer une telle obligation à un client averti ne va nullement à l'encontre de l'esprit de la *Loi sur les lettres de change* . . .

Devant nous, les avocats de la Banque ont essentiellement fait valoir l'existence d'une obligation d'application générale d'examiner les relevés bancaires avec une diligence raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable, vu qu'il ressort de l'entrée en matière de leur plaidoirie orale que la Cour devrait reconnaître une obligation comparable à celle prévue par § 4-406 de l'*Uniform Commercial Code*, quoique je n'aie pas l'impression qu'ils aient abandonné leur argument relatif à utilisation d'un système acceptable de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes imputables aux faux.

III

Par souci de commodité, je prends comme point de départ de cette étude de l'opinion des tribunaux concernant le fondement des obligations du client envers une banque en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage de ses chèques, l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Leather Manufacturers' Bank*, précité. En effet, cet arrêt contient l'une des premières analyses des questions de droit et de politique générale et il a été invoqué au cours des années devant les tribunaux anglais et canadiens par les tenants du point de vue selon lequel le client devrait avoir une obligation de diligence plus large que celle établie par la jurisprudence en question. Dans l'affaire *Leather Manufacturers' Bank*, un commis de confiance avait apporté des changements importants à des

had been returned to him at intervals with his cancelled cheques, but the necessary bank reconciliation was left to the clerk who, among other things, destroyed the cheques that had been altered, with the result that the fraud remained concealed for several months. It was a case of an employee's being left in complete control of the verification of the pass-book and vouchers and the accounting records on which such verification would have to be based. The principle or rule to be derived from the reasons of the Supreme Court in this case is conveniently stated in the head-note as follows: "A depositor in a bank, who sends his pass-book to be written up and receives it back with entries of credits and debits and his paid checks as vouchers for the latter, is bound personally or by an authorized agent, and with due diligence, to examine the pass-book and vouchers, and to report to the bank, without unreasonable delay, any errors which may be discovered in them; and if he fails to do so, and if the bank is thereby misled to its prejudice, he cannot afterwards dispute the correctness of the balance shown by the pass-book." Interestingly, in view of the subsequent development of English law on this question, Harlan J., who delivered the opinion of the Supreme Court, relied in part on two English cases: *Devaynes v. Noble* (generally referred to as *Clayton's Case*) (1816), 1 Mer. 529, 35 E.R. 767, and *Freeman v. Cooke* (1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652. He relied on these cases with reference to usage as the basis of the customer's duty and to estoppel as the result of a breach of that duty. With reference to *Devaynes v. Noble*, Harlan J. said at pp. 106-07:

chèques en en augmentant les montants après leur signature par son employeur. Le carnet de banque de client lui avait été remis à certains intervalles accompagné de ses chèques payés, mais la préparation de la conciliation bancaire requise était confiée au commis qui a, entre autres choses, détruit les chèques falsifiés, de sorte que la fraude est restée cachée pendant plusieurs mois. C'était un cas où un employé s'occupait tout seul de la vérification du carnet de banque, des pièces justificatives et des registres comptables sur lesquels cette vérification devait être fondée. Le sommaire de cet arrêt contient un résumé pratique du principe ou de la règle qui se dégage des motifs de la Cour suprême des États-Unis: [TRADUCTION] «Un déposant à une banque qui envoie son carnet pour qu'il soit mis à jour, lorsque le carnet lui est renvoyé avec inscription des sommes créditées et débitées, accompagné dans ce dernier cas de ses chèques payés à titre de pièces justificatives, doit soit personnellement soit par l'intermédiaire d'un mandataire autorisé, et avec une diligence raisonnable, examiner le carnet et les pièces justificatives et signaler à la banque dans un délai raisonnable toute erreur qui a pu y être découverte; s'il ne le fait pas et si, par la suite, la banque est induite en erreur et subit en conséquence un préjudice, il ne saurait alors contester l'exactitude du solde inscrit dans le carnet.» Chose intéressante compte tenu de l'évolution subséquente du droit anglais dans ce domaine, le juge Harlan, qui a exposé l'avis de la Cour suprême, s'est fondé en partie sur deux décisions anglaises: *Devaynes v. Noble* (généralement appelée l'affaire *Clayton*) (1816), 1 Mer. 529, 35 E.R. 767 et *Freeman v. Cooke* (1848), 2 Ex. 654, 154 E.R. 652. Il s'est appuyé sur ces décisions relativement à l'usage en tant que fondement de l'obligation du client et relativement à l'irrecevabilité résultant du manquement à cette obligation. Au sujet de l'affaire *Devaynes v. Noble*, le juge Harlan a dit, aux pp. 106 et 107:

In *Devaynes v. Noble*, 1 Meriv. 530, 535, it appeared that the course of dealing between banker and customer, in London, was the subject of inquiry in the High Court of Chancery as early as 1815. The report of the master stated, among other things, that for the purpose of having the pass-book "made up by the bankers from their own books of account, the customer returns it to them from time to time as he thinks fit; and, the proper

[TRADUCTION] Il ressort de l'affaire *Devaynes v. Noble*, 1 Meriv. 530, 535, que déjà en 1815 les relations banquier-client à Londres faisaient l'objet d'un examen de la part de la High Court of Chancery. Le rapport du master dit notamment que, pour «la mise à jour [du carnet de banque] par les banquiers à partir de leurs propres livres comptables, le client le leur renvoie de temps à autre selon ce qu'il juge à propos; les banquiers

entries being made by them up to the day on which it is left for that purpose, they deliver it again to the customer, who thereupon examines it, and if there appears any error or omission, brings or sends it back to be rectified; or, if not, his silence is regarded as an admission that the entries are correct." This report is quite as applicable to the existing usages of this country as it was to the usages of business in London at the time it was made. The depositor cannot, therefore, without injustice to the bank, omit all examination of his account, when thus rendered at his request. His failure to make it or to have it made, within a reasonable time after opportunity given for that purpose, is inconsistent with the object for which he obtains and uses a pass-book.

With reference to *Freeman v. Cooke*, in which Parke B. stated the conditions for estoppel by representation, Harlan J. placed particular reliance on the words, "and conduct, by negligence or omission, where there is a duty cast upon a person, by usage of trade or otherwise, to disclose the truth, may often have the same effect." After referring to American decisions illustrating the application of what he variously spoke of as "estoppel by conduct" and "estoppel by negligence", Harlan J. stated the applicable principle as follows at p. 112:

These cases are referred to for the purpose of showing some of the circumstances under which the courts, to promote the ends of justice, have sustained the general principle that, where a duty is cast upon a person, by the usages of business or otherwise, to disclose the truth—which he has the means, by ordinary diligence, of ascertaining—and he neglects or omits to discharge that duty, whereby another is misled in the very transaction to which the duty relates, he will not be permitted, to the injury of the one misled, to question the construction rationally placed by the latter upon his conduct. This principle commends itself to our judgment as both just and beneficent . . .

With reference to what counsel for the Bank in the present case called the "short step", Harlan J. said at p. 113: "But if the evidence showed that the

y ayant porté les inscriptions appropriées jusqu'au jour où ils l'ont reçu à cette fin, ils le renvoient au client, qui l'examine et, s'il y constate une erreur ou une omission, il le rapporte ou le renvoie pour rectification, à défaut de quoi son silence est considéré comme une reconnaissance de l'exactitude des inscriptions». Ce rapport est tout aussi applicable aux usages actuels chez nous qu'il l'était aux usages commerciaux à Londres à l'époque où il a été établi. Le déposant ne peut donc, sans commettre une injustice envers la banque, omettre d'examiner son carnet lorsqu'il lui est ainsi rendu à sa demande. Son omission de procéder à un tel examen ou d'y faire procéder dans un délai raisonnable après que la possibilité lui a été donnée de le faire, est incompatible avec l'objet de l'obtention et de l'utilisation d'un carnet de banque.

Dans son examen de l'affaire *Freeman v. Cooke*, où le baron Parke a énoncé les conditions de l'irrecevabilité fondée sur une déclaration, le juge Harlan a attaché une importance particulière aux mots: [TRADUCTION] «et lorsqu'une personne se trouve assujettie, par l'usage du commerce ou autrement, à une obligation de divulguer la vérité, la conduite, qu'il s'agisse d'une négligence ou d'une omission, peut souvent avoir le même effet.» Après avoir passé en revue les décisions américaines illustrant l'application de ce qu'il a qualifié tantôt de [TRADUCTION] «fin de non-recevoir fondée sur la conduite», tantôt de [TRADUCTION] «fin de non-recevoir fondée sur la négligence», le juge Harlan a formulé ainsi le principe pertinent, à la p. 112:

[TRADUCTION] La mention de ces décisions vise à indiquer certaines des circonstances dans lesquelles les tribunaux, dans l'intérêt de la justice, ont soutenu le principe général selon lequel, lorsqu'une personne est tenue, par les usages du commerce ou autrement, de divulguer la vérité—ce qu'il peut déterminer en faisant preuve d'une diligence ordinaire—et que cette personne néglige ou omet de s'acquitter de cette obligation, si bien qu'une autre personne est induite en erreur dans l'opération même à laquelle s'applique l'obligation en question, il ne lui sera pas permis, au préjudice de la personne ainsi induite en erreur, de mettre en doute l'interprétation que cette personne a en toute logique donnée à sa conduite. Ce principe nous paraît à la fois juste et salutaire . . .

En ce qui concerne le «petit pas» évoqué en l'espèce par les avocats de la Banque, le juge Harlan a dit, à la p. 113: [TRADUCTION] «Mais, s'il ressort de la

depositor intentionally remained silent, after discovering the forgeries in question, would the law conclusively presume that he had acquiesced in the account as rendered, and infer previous authority in the clerk to make the checks, and yet forbid the application of the same principle where the depositor was guilty of neglect of duty in failing to do that, in reference to the account, which he admits would have readily disclosed the same fraud? It seems to the court that the simple statement of this proposition suggests a negative answer to it." There is also reference in the judgment of Harlan J. to ratification or adoption, as distinct from estoppel, as the basis on which the customer was precluded from setting up the alterations against the bank, but in the end the case appears to have been treated as one of estoppel by negligence, as indicated by the following statement at the end of the judgment of Harlan J. at p. 122: "Whether the plaintiffs are estopped, by the negligence of their representative, to dispute the correctness of the account as rendered by the bank from time to time, is, in view of all the circumstances of this case, a mixed question of law and fact." There was further reference to negligence in the following statement concerning the issue of policy at pp. 115-16: "In their relations with depositors, banks are held, as they ought to be, to rigid responsibility. But the principles governing those relations ought not to be so extended as to invite or encourage such negligence by depositors in the examination of their bank accounts, as is inconsistent with the relations of the parties or with those established rules and usages, sanctioned by business men of ordinary prudence and sagacity, which are or ought to be known to depositors." With reference to the standard of care required of the customer in the examination of his pass-book and vouchers, Harlan J. said at p. 116:

We must not be understood as holding that the examination by the depositor of his account must be so close and thorough as to exclude the possibility of any error

preuve que le déposant a intentionnellement gardé le silence après avoir découvert les faux en cause, le droit tiendrait-il pour avéré que le déposant a approuvé le compte tel qu'il avait été établi et conclurait-il que le commis avait été préalablement investi du pouvoir de faire les chèques, tout en interdisant l'application du même principe lorsque le déposant se rendait coupable de manquement à son obligation en omettant d'accomplir, relativement au compte, un acte qui, de son propre aveu, aurait clairement révélé la même fraude? De l'avis de la cour, cette question invite une réponse négative.» Les motifs de jugement du juge Harlan mentionnent en outre la ratification ou l'adoption, par opposition à l'irrecevabilité, comme raisons empêchant le client d'invoquer les falsifications contre la banque mais, en dernière analyse, l'affaire semble avoir été considérée comme un cas d'irrecevabilité fondée sur la négligence, ce qui ressort de la déclaration suivante à la fin des motifs du juge Harlan, à la p. 122: [TRADUCTION] «La question de savoir si la négligence du représentant des demandeurs vient les empêcher de contester l'exactitude du compte apuré par la banque de temps à autre est, vu toutes les circonstances de la présente affaire, une question mixte de droit et de fait.» La négligence est mentionnée aussi dans la déclaration suivante portant sur la question de politique générale, aux pp. 115 et 116: [TRADUCTION] «Dans leurs relations avec les déposants, les banques se voient assujetties à une responsabilité stricte, ce qui n'est d'ailleurs que normal. Toutefois, les principes régissant ces relations ne devraient pas être élargis de manière à inviter ou à encourager les déposants à faire preuve dans la vérification de leurs relevés de banque d'un degré de négligence qui soit incompatible avec les rapports entre les parties ou avec les règles et les usages établis, sanctionnés par les hommes d'affaires d'une prudence et d'une sagacité ordinaires et dont les déposants sont au courant ou sont censés l'être.» Au sujet de la norme de diligence à laquelle doit satisfaire le client dans l'examen de son carnet de banque et des pièces justificatives, le juge Harlan a dit, à la p. 116:

[TRADUCTION] Il ne faut pas nous prêter la conclusion qu'un déposant doit vérifier son compte avec une attention et une minutie qui écartent toute possibilité

whatever being overlooked by him. Nor do we mean to hold that the depositor is wanting in proper care, when he imposes upon some competent person the duty of making that examination and of giving timely notice to the bank of objections to the account. If the examination is made by such an agent or clerk in good faith and with ordinary diligence, and due notice given of any error in the account, the depositor discharges his duty to the bank. But when, as in this case, the agent commits the forgeries which misled the bank and injured the depositor, and, therefore, has an interest in concealing the facts, the principal occupies no better position than he would have done had no one been designated by him to make the required examination—without, at least, showing that he exercised reasonable diligence in supervising the conduct of the agent while the latter was discharging the trust committed to him. In the absence of such supervision, the mere designation of an agent to discharge a duty resting primarily upon the principal, cannot be deemed the equivalent of performance by the latter. While no rule can be laid down that will cover every transaction between a bank and its depositor, it is sufficient to say that the latter's duty is discharged when he exercises such diligence as is required by the circumstances of the particular case, including the relations of the parties, and the established or known usages of banking business.

The Court further held that the customer would not be estopped by negligence from setting up the forgeries if the bank had itself been negligent in paying the forged or altered cheques. Harlan J. said at p. 112: "Of course, if the defendant's officers, before paying the altered checks, could by proper care and skill have detected the forgeries, then it cannot receive a credit for the amount of those checks, even if the depositor omitted all examination of his account."

The common law rule, as affirmed in *Leather Manufacturers' Bank* and other American decisions before the adoption of the *Uniform Commercial Code*, was summed up in *Glassell Development Co. v. Citizens' National Bank of Los Angeles*, 191 Cal. 375 (1923), as follows at p. 380:

qu'une erreur lui échappe. Nous ne concluons pas non plus qu'un déposant manque à la diligence requise lorsqu'il impose à une personne compétente la tâche de procéder à la vérification et de signaler à la banque en temps utile les erreurs relevées. Si ce mandataire ou commis effectue la vérification de bonne foi et avec une diligence ordinaire, et qu'un avis en bonne et due forme soit donné de toute erreur, le déposant s'acquitte de son obligation envers la banque. Si toutefois, comme c'est le cas en l'espèce, le mandataire est l'auteur des faux qui ont induit la banque en erreur et qui ont lésé le déposant, de sorte que ce mandataire a tout intérêt à dissimuler la vérité, le mandant n'est pas en meilleure posture qu'il ne l'aurait été s'il n'avait désigné personne pour procéder à l'examen requis—du moins tant qu'il n'aura pas justifié d'une diligence raisonnable dans la surveillance de la conduite de son mandataire pendant que celui-ci remplissait la tâche que le mandant lui avait confiée. À défaut d'une telle surveillance, la simple désignation d'un mandataire pour remplir une obligation qui incombe principalement au mandant ne saurait être considérée comme valant exécution par celui-ci. Bien qu'on ne puisse pas poser de règle qui soit applicable à toutes les opérations qui interviennent entre une banque et un de ses déposants, il suffit de faire remarquer que ce dernier s'acquitte de son obligation lorsqu'il exerce la diligence commandée par les circonstances de l'espèce, qui comprennent notamment les relations qui existent entre les parties, et par les usages établis ou connus en matière bancaire.

La Cour a conclu en outre que la négligence du client ne l'empêcherait pas d'invoquer les faux si la banque s'était elle-même montrée négligente en payant les chèques contrefaits ou falsifiés. Le juge Harlan a dit, à la p. 112: [TRADUCTION] «Bien sûr, si les employés de la défenderesse, avant de payer les chèques falsifiés, avaient pu, en faisant preuve d'une diligence et d'une habileté raisonnables, découvrir les faux, elle ne saurait porter à son crédit le montant de ces chèques, même dans l'hypothèse où le déposant n'aurait soumis son compte à aucun examen.»

La règle de *common law*, énoncée dans l'arrêt *Leather Manufacturers' Bank* et d'autres décisions américaines antérieures à l'adoption de l'*Uniform Commercial Code*, a été ainsi résumée dans la décision *Glassell Development Co. v. Citizens' National Bank of Los Angeles*, 191 Cal. 375 (1923), à la p. 380:

And the weight of authority, and perhaps of reason, supports the view that when a depositor's pass-book has been written up and returned to him with canceled checks which have been charged to his account, it is his duty to examine such checks within a reasonable time, and if they disclose forgeries or alterations to report them to the bank, failing in which he cannot, if his failure results in detriment to the bank, dispute the correctness of payments thereafter made by it on similar checks . . .

This rule, however, assumes that the bank itself has not been guilty of negligence in making the payment, for when by the exercise of proper care it could have discovered the alteration or forgery, it must bear the loss notwithstanding that the depositor failed in his duty to examine the accounts . . .

An important feature of the common law rule, before the adoption of the *Uniform Commercial Code*, was that a bank, in order to be able to rely on the negligence of the customer, had the burden first of showing that it had not been negligent in failing to detect the forgery or alteration. In *Basch v. Bank of America*, 22 C.2d 316 (1943) at p. 322, the following statement in 7 *Am. Jur.*, Banks, § 516 of this aspect of the rule was accepted as authoritative:

... a bank which is guilty of negligence in failing to discover an alteration or forgery cannot avoid liability on the ground that the depositor was negligent in failing to examine his balanced passbook, statement of account, or returned checks. Consequently, in every case where suit is brought by a depositor to recover from a bank money deposited by him, which the bank has paid out otherwise than in conformity with his orders, and the bank sets up the defense that it is nevertheless entitled to charge the depositor with such payments because of conduct of the depositor subsequent to such payment, the preliminary question to be determined is whether the bank was or was not guilty of negligence in making the payments. If it was negligent, if its officers are found to have failed to exercise due and reasonable care in detecting the forgery or fraud, then the subsequent negligence of the depositor, his failure to perform his duty in examining his passbook and vouchers with reasonable care and to report to the bank in a reasonable time any errors or mistakes, will constitute no defense.

[TRADUCTION] De plus, la jurisprudence, et peut-être aussi la raison, appuient nettement le point de vue selon lequel, dès lors que le carnet de banque d'un déposant a été mis à jour et lui a été rendu avec les chèques payés dont son compte a été débité, il lui incombe d'examiner ces chèques dans un délai raisonnable et, en cas de faux ou de falsification, d'en faire part à la banque, à défaut de quoi il ne pourra pas, si son omission entraîne un préjudice pour la banque, contester le paiement ultérieur de chèques semblables . . .

Cette règle suppose toutefois que la banque ne s'est pas rendue elle-même coupable de négligence en effectuant le paiement car, si elle avait pu en exerçant une diligence raisonnable découvrir la falsification ou le faux, elle doit supporter la perte même si le déposant a manqué à son obligation de vérifier les comptes . . .

Un élément important de la règle de *common law* antérieure à l'adoption de l'*Uniform Commercial Code* consistait en l'obligation d'une banque, pour qu'elle puisse invoquer la négligence du client, d'établir d'abord que ce n'est pas par sa propre négligence que le faux ou la falsification n'a pas été découvert. Dans l'affaire *Basch v. Bank of America*, 22 C.2d 316 (1943), à la p. 322, l'énoncé de cet aspect de la règle fait dans 7 *Am. Jur.*, Banks, § 516, a été accepté comme faisant autorité:

[TRADUCTION] ... une banque qui se rend coupable de négligence du fait de ne pas avoir découvert une falsification ou une contrefaçon ne peut se soustraire à la responsabilité en alléguant la négligence du déposant qui a omis d'examiner son carnet de banque apuré, son état de compte ou ses chèques payés. Par conséquent, dans chaque cas où un déposant poursuit une banque en recouvrement d'argent déposé par lui, que la banque a payé d'une manière non conforme à ses ordres, et où la banque oppose à cette action le moyen de défense selon lequel elle est néanmoins en droit de débiter le déposant de ces paiements en raison de la conduite de celui-ci à la suite desdits paiements, la question préliminaire qui se pose est de savoir si la banque s'est rendue coupable de négligence en effectuant les paiements en cause. Si elle a été négligente et que l'on conclue que les employés de la banque n'ont pas fait preuve d'une diligence raisonnable dans la détection du faux ou de la fraude, alors la négligence subséquente du déposant, son omission de s'acquitter de son obligation d'examiner avec un soin raisonnable son carnet de banque et les pièces justificatives et de signaler à la banque dans un délai raisonnable toute erreur ou faute, ne constituera pas un moyen de défense.

In *Pacific Coast Cheese, Inc. v. Security First National Bank of Los Angeles*, 286 P.2d 353 (Cal. S.C. 1955), which was quoted by Laskin J. in *Arrow Transfer*, it was said at p. 355: "When it appears that a bank has made payment on the basis of an altered or forged check, the burden is on the bank to justify the charge by establishing, as an affirmative defense, both that it was free from negligence and that the depositor was negligent or was estopped to deny the correctness of the payments." It was held that the evidence with respect to the absence of negligence by the bank in failing to detect material alterations did not warrant a directed verdict in its favour.

As codified in § 4-406 of the *Uniform Commercial Code*, the American rule, with the burden of proving negligence by the bank now on the customer, reads as follows:

(1) When a bank sends to its customer a statement of account accompanied by items paid in good faith in support of the debit entries or holds the statement and items pursuant to a request or instructions of its customer or otherwise in a reasonable manner makes the statement and items available to the customer, the customer must exercise reasonable care and promptness to examine the statement and items to discover his unauthorized signature or any alteration on an item and must notify the bank promptly after discovery thereof.

(2) If the bank establishes that the customer failed with respect to an item to comply with the duties imposed on the customer by subsection (1) the customer is precluded from asserting against the bank

(a) his unauthorized signature or any alteration on the item if the bank also establishes that it suffered a loss by reason of such failure; and

(b) an unauthorized signature or alteration by the same wrongdoer on any other item paid in good faith by the bank after the first item and statement was available to the customer for a reasonable period not exceeding fourteen calendar days and before the bank receives notification from the customer of any such unauthorized signature or alteration.

(3) The preclusion under subsection (2) does not apply if the customer establishes lack of ordinary care on the part of the bank in paying the item(s).

Dans l'affaire *Pacific Coast Cheese, Inc. v. Security First National Bank of Los Angeles*, 286 P.2d 353 (Cal. S.C. 1955), citée par le juge Laskin dans l'affaire *Arrow Transfer*, on a dit, à la p. 355: [TRADUCTION] «Lorsqu'il paraît que la banque a effectué un paiement sur un chèque altéré ou contrefait, il incombe à celle-ci de justifier l'imputation en établissant comme moyen de défense positif qu'elle n'a pas fait preuve de négligence et que le déposant a fait preuve de négligence ou était irrecevable à nier la légitimité des paiements.» On a conclu que la preuve établissant que ce n'était pas par négligence que la banque n'avait pas découvert des falsifications importantes, ne justifiait pas qu'un verdict soit imposé en sa faveur.

La règle américaine codifiée dans § 4-406 de l'*Uniform Commercial Code*, qui oblige maintenant le client à prouver la négligence de la banque, est ainsi formulée:

[TRADUCTION] (1) Lorsqu'une banque envoie à son client un état de compte auquel sont joints des effets payés de bonne foi pour justifier les débits inscrits, ou, à la demande ou sur les instructions de son client, conserve l'état et les effets, ou met autrement d'une façon raisonnable l'état et les effets à la disposition de son client, ce dernier doit, avec une diligence et dans un délai raisonnables, examiner l'état et les effets afin de voir si la signature de son nom a été apposée sans son autorisation ou si un effet a de quelque façon été altéré et, le cas échéant, doit notifier la banque sans délai.

(2) Si la banque établit qu'à l'égard d'un effet, le client a omis de remplir les obligations qui lui sont imposées au paragraphe (1), le client n'est pas admis à établir contre la banque

a) la signature non autorisée de son nom ou toute altération de l'effet, si la banque établit également qu'elle a subi une perte par suite de cette omission; et

b) que le même faussaire a signé, sans son autorisation, ou altéré, un autre effet, payé par la banque de bonne foi après que le premier effet et le premier état eurent été à la disposition du client durant une période raisonnable d'au plus quatorze jours civils et avant que la banque ne soit notifiée par le client de la signature non autorisée ou altération.

(3) L'inadmissibilité édictée au paragraphe (2) ne s'applique pas si le client établit que la banque a omis d'exercer une diligence normale en payant l'effet ou les effets.

(4) Without regard to care or lack of care of either the customer or the bank a customer who does not within one year from the time the statement and items are made available to the customer (subsection (1)) discover and report his unauthorized signature or any alteration on the face or back of the item or does not within 3 years from that time discover and report any unauthorized indorsement is precluded from asserting against the bank such unauthorized signature or indorsement or such alteration.

It is this rule, reflecting a legislative adjustment of liability or allocation of loss, that counsel for the Bank, at the outset of his oral argument, invited the Court to adopt.

IV

I turn to a consideration of the English and Canadian decisions, prior to *Arrow Transfer*, concerning a customer's duties to his bank in respect of the prevention and detection of forgery or alteration in the drawing of his cheques. The basis in principle of the customer's duty to draw his cheques in such a manner as not to facilitate forgery or alteration, as ultimately affirmed in *Macmillan, supra*, was suggested in *Young v. Grote* (1827), 4 Bing. 253, 130 E.R. 764, where the Court of Common Pleas held that a customer was precluded by negligence from setting up a material alteration against his bank when he had left a cheque signed in blank with his wife, who had filled it up in such a manner as to permit the amount to be raised. Best C.J. quoted in support of his conclusion a statement of principle by Pothier from the law of mandate, as applied to the banker and customer relationship. He said at p. 258 Bing., 766 E.R.:

Undoubtedly, a banker who pays a forged check, is in general bound to pay the amount again to his customer, because, in the first instance, he pays without authority. On this principle the two cases which have been cited were decided, because it is the duty of the banker to be acquainted with his customer's hand-writing, and the banker, not the customer, must suffer if a payment is made without authority.

(4) Indépendamment de la question de la diligence, ou du défaut de diligence, tant du client que de la banque, le client qui ne décèle pas et ne signale pas, au cours de l'année qui suit le jour où l'état et les effets ont été mis à sa disposition (paragraphe (1)), que la signature de son nom a été apposée sans son autorisation ou qu'un effet a été altéré au recto ou à l'endos ou qui ne décèle pas et ne signale pas tout endossement non autorisé dans les trois ans à compter de ce jour, n'est pas admis à établir contre la banque la signature ou l'endossement non autorisé ni l'altération.

C'est cette règle, qui reflète une modification par voie législative de la responsabilité ou de l'obligation de supporter les pertes, que l'avocat de la Banque, au début de son argumentation orale, a demandé à la Cour d'adopter.

IV

J'aborde maintenant la jurisprudence anglaise et canadienne antérieure à l'arrêt *Arrow Transfer*, portant sur les obligations d'un client envers sa banque en matière de prévention et de détection des faux ou de la falsification de ses chèques. Le principe sur lequel repose l'obligation du client de tirer ses chèques de manière à ne pas faciliter les faux ou la falsification, confirmé ultérieurement dans l'arrêt *Macmillan*, précité, fut proposé dans la décision *Young v. Grote* (1827), 4 Bing. 253, 130 E.R. 764 où la Court of Common Pleas a conclu que la négligence d'un client l'empêchait d'opposer une falsification importante à sa banque dans un cas où le client avait remis à sa femme un chèque signé en blanc qu'elle avait rempli de manière que le montant puisse être augmenté. À l'appui de sa conclusion, le juge en chef Best a cité un principe énoncé par Pothier dans le droit du mandat, dans son application aux relations entre banquier et client. Le juge en chef Best a dit, à la p. 258 Bing., 766 E.R.:

[TRADUCTION] Sans aucun doute, un banquier qui honore un chèque contrefait est d'une manière générale tenu de verser le montant de nouveau à son client parce que, au premier chef, il a payé sans en avoir l'autorisation. Voilà le principe sur lequel reposent les deux décisions citées, car il est du devoir du banquier de connaître l'écriture de son client et c'est le banquier et non le client qui doit subir les conséquences si un paiement est effectué sans autorisation.

But though that rule be perfectly well established, yet if it be the fault of the customer that the banker pays more than he ought, he cannot be called on to pay again. That principle has been well illustrated by Potier [*sic*], in commenting on the case put by Scacchia [and here I reproduce the passage quoted by Best C.J. from Pothier, as it appears, with the exact reference, at p. 792 of *Macmillan*.] "Cependant, si c'était par la faute du tireur que le banquier eût été induit en erreur, le tireur n'ayant pas eu le soin d'écrire sa lettre de manière à prévenir les falsifications, puta, s'il avait écrit en chiffres la somme tirée par la lettre, et qu'on eût ajouté zéro, le tireur serait, en ce cas, tenu d'indemniser le banquier de ce qu'il a souffert de la falsification de la lettre, à laquelle le tireur, par sa faute, a donné lieu; c'est à ce cas qu'on doit restreindre la décision de Scacchia."

In *Macmillan*, Lord Finlay L.C. approved the adoption of this statement of principle in Pothier as the basis of the decision in *Young v. Grote*, the proper rationale of which had been for many years a matter of differing judicial opinion, and said at p. 792: "This passage appears to me to be strictly relevant to the case of banker and customer with which Best C.J. was dealing and to embody the principles of English as well as of the civil law." The duty that was affirmed was the contractual duty of a customer to draw his mandate in such a manner as not to mislead his bank. The duty was restated by Lord Finlay L.C. in *Macmillan* as follows at p. 789:

The relation between banker and customer is that of debtor and creditor, with the superadded obligation on the part of the banker to honour the customer's cheques if the account is in credit. A cheque drawn by a customer is in point of law a mandate to the banker to pay the amount according to the tenor of the cheque. It is beyond dispute that the customer is bound to exercise reasonable care in drawing the cheque to prevent the banker being misled. If he draws the cheque in a manner that facilitates fraud, he is guilty of a breach of duty between himself and the banker, and he will be responsible to the banker for any loss sustained by the banker as a natural and direct consequence of this breach of duty.

The customer's duty appears to have been regarded as the necessary counterpart of the banker's duty or obligation to honour the customer's cheques. Viscount Haldane put it thus in *Macmillan* at p. 814:

Toutefois, bien que cette règle soit très bien établie, si c'est par la faute du client que le banquier se trouve à payer plus qu'il aurait dû, on ne saurait l'obliger à payer de nouveau. Ce principe a été bien expliqué par Potier [*sic*] dans ses observations sur l'affaire de Scacchia [et je reproduis ici le passage tiré de Pothier cité par le juge en chef Best et que l'on trouve avec la référence exacte, à la p. 792 de l'arrêt *Macmillan*]. «Cependant, si c'était par la faute du tireur que le banquier eût été induit en erreur, le tireur n'ayant pas eu le soin d'écrire sa lettre de manière à prévenir les falsifications, puta, s'il avait écrit en chiffres la somme tirée par la lettre, et qu'on eût ajouté zéro, le tireur serait, en ce cas, tenu d'indemniser le banquier de ce qu'il a souffert de la falsification de la lettre, à laquelle le tireur par sa faute, a donné lieu; c'est à ce cas qu'on doit restreindre la décision de Scacchia.»

Dans l'arrêt *Macmillan*, le lord chancelier Finlay a approuvé l'adoption du principe énoncé par Pothier comme fondement de la décision *Young v. Grote*, sur le véritable fondement de laquelle les avis des tribunaux avaient été partagés pendant bien des années. Il a dit, à la p. 792: [TRADUCTION] «Ce passage me paraît se rapporter directement au cas banquier-client dont le juge en chef Best se trouvait saisi et donner expression aux principes tant du droit anglais que du droit civil.» Ce qu'on a confirmé était l'obligation contractuelle d'un client d'exprimer son mandat de manière à ne pas induire sa banque en erreur. Cette obligation a été formulée de nouveau par le lord chancelier Finlay dans l'arrêt *Macmillan*, à la p. 789:

[TRADUCTION] Le rapport entre un banquier et un client est celui de débiteur et de créancier, avec en plus l'obligation du banquier d'honorer les chèques du client à condition qu'il y ait provision. Du point de vue juridique, un chèque tiré par un client constitue un mandat donné au banquier de payer la somme inscrite sur le chèque. Il ne fait pas de doute que le client est tenu de faire preuve d'une diligence raisonnable en tirant le chèque afin que le banquier ne soit pas induit en erreur. S'il tire le chèque d'une manière qui facilite la fraude, il se rend coupable d'un manquement à son obligation envers le banquier et il sera responsable de toute perte subie par le banquier comme conséquence naturelle et directe de ce manquement.

L'obligation du client paraît avoir été considérée comme le pendant nécessaire de l'obligation du banquier d'honorer les chèques de son client. À ce propos, le vicomte Haldane a fait les observations suivantes dans l'arrêt *Macmillan*, à la p. 814:

But the customer of a bank is under a yet more specific duty. The banker contracts to act as his mandatory and is bound to honour his cheques without delay to the extent of the balance standing to his credit. The customer contracts reciprocally that in drawing his cheques on the banker he will draw them in such a form as will enable the banker to fulfil his obligation, and therefore in a form that is clear and free from ambiguity. The correlative obligation is thus complementary to the obligation of the mandatory to apply the balance in paying without delay the cheques as and when presented to him.

There was a possible suggestion in the reasons of Best C.J. and Park J. in *Young v. Grote* that the negligence for which the customer was held to be responsible was viewed not only as the negligence of his wife, acting as his agent, but his own negligence in leaving cheques signed in blank, with authority to fill them up, with an inexperienced person. This would have suggested a wider duty of care with respect to the drawing of cheques than that which was ultimately affirmed in *Macmillan*. In subsequent cases, however, such a wider duty was rejected, and it was held that in order to preclude recovery the negligence must be in the transaction, that is, in the mode of drawing the instrument, and must be the proximate cause of the loss. This qualification of the duty of care with respect to the prevention of forgery is reflected in *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950, and *Swan v. North British Australasian Co.* (1863), 2 H. & C. 175, 159 E.R. 73, which involved fraudulent share transfers but were applied in subsequent cases involving negotiable instruments. In *Bank of Ireland*, it was held that the alleged negligence in the custody of the corporate seal was too remote from the share transfer by powers of attorney to which the seal had been fraudulently affixed to give rise to an estoppel by negligence. With respect to the contention that there should be a wider duty of care, Parke B. said at pp. 410-11 M. & W. and at p. 959 E.R.: "If such negligence could disentitle the Plaintiffs, to what extent is it to go? If a man should lose his cheque-book, or neglect to lock the desk in which it is kept, and a servant or stranger should take it up, it is impossible in our opinion to contend that a banker paying his forged cheque would be entitled to charge his customer with that

[TRANSDUCTION] Mais le client d'une banque a une responsabilité encore plus précise. Le banquier s'engage à agir en tant que mandataire du client et est à ce titre tenu d'honorer sans délai les chèques de celui-ci jusqu'à concurrence du montant du solde créditeur de son compte. Le client pour sa part s'engage à tirer ses chèques sur le banquier dans une forme qui permettra à ce dernier de remplir son obligation, c'est-à-dire dans une forme qui est claire et sans ambiguïté. L'obligation corrélatrice du client constitue donc la contrepartie de l'obligation du mandataire d'affecter le solde au paiement immédiat des chèques quand ils lui sont présentés.

Les motifs du juge en chef Best et du juge Park dans l'affaire *Young v. Grote* donnent peut-être à entendre que la négligence dont le client a été jugé responsable était considérée non seulement comme la négligence de sa femme, qui a agi en tant que mandataire, mais comme sa propre négligence du fait d'avoir confié des chèques signés en blanc à une personne sans expérience avec l'autorisation de les remplir. Cela aurait donc porté à croire, dans le cas du tirage de chèques, à l'existence d'une obligation de diligence plus large que celle finalement énoncée dans l'arrêt *Macmillan*. Dans des affaires subséquentes, cependant, cette obligation de portée plus large a été écartée et on a décidé que, pour qu'elle empêche le recouvrement, la négligence doit se manifester dans l'opération elle-même, c'est-à-dire dans la façon dont l'effet a été tiré, et doit être la cause immédiate de la perte. Cette interprétation restrictive de l'obligation de diligence en matière de prévention du faux se dégage des affaires *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950, et *Swan v. North British Australasian Co.* (1863), 2 H. & C. 175, 159 E.R. 73, qui portaient sur des cessions frauduleuses d'actions, mais qui ont été appliquées dans des affaires subséquentes où il s'agissait de titres négociables. Dans l'affaire *Bank of Ireland*, on a conclu que le lien entre la négligence dont on aurait fait preuve dans la garde du sceau de la société et la cession d'actions en vertu de procurations sur lesquelles le sceau avait été frauduleusement apposé était trop faible pour permettre d'invoquer une fin de non-recevoir fondée sur la négligence. En ce qui concerne l'argument préconisant une obligation de diligence de portée plus large, le baron Parke a dit, aux pp. 410 et 411 M. & W. et à la p. 959 E.R.: [TRANSDUCTION] «Si

payment.” In *Swan*, which involved the fraudulent transfer of shares by means of share transfers signed in blank, the court, quoting with approval what was said concerning estoppel by Parke B. in *Freeman v. Cooke*, emphasized that for negligence to preclude recovery there must have been a duty, and reaffirmed, with reference to *Bank of Ireland*, that it must be negligence in the transaction and must be the proximate cause of the other party’s having been misled.

The principle that the negligence must be in the transaction, that is, in the mode of drawing the cheque or other negotiable instrument, and must be the proximate cause of the bank’s having been misled, was applied in *Arnold v. Cheque Bank* (1876), 1 C.P.D. 578, and *Agricultural Savings and Loan Association v. Federal Bank* (1881), 6 O.A.R. 192, both of which involved forged endorsements. The alleged negligence in *Arnold* was in the custody and transmission of a bank draft which had been endorsed by the plaintiffs and put in a letter box outside their office for transmission through the mails without a letter of advice by separate post. The draft was stolen by the plaintiff’s clerk, who forged the endorsement of the endorsee. It was held that, even if the practice adopted by plaintiffs in the custody and transmission of the draft could be said to be negligence facilitating the fraud, it could not be negligence which precluded the plaintiffs from recovery, on the principle affirmed in *Bank of Ireland* and *Swan*. Lord Coleridge C.J. said at p. 588: “No authority whatever was cited to us for the contention that negligence in the custody of the draft will disentitle the owner of it to recover it or its proceeds from a person who has wrongfully obtained possession of it. Here, there was nothing in the draft or the endorsement with which the plaintiff had anything to do, calculated in any way

pareille négligence pouvait priver les demandeurs de leur droit d’action, jusqu’où cela va-t-il? Si un homme perd son carnet de chèques ou néglige de fermer à clé le bureau dans lequel il le range et qu’un serviteur ou un inconnu s’en empare, on ne saurait prétendre, selon nous, qu’un banquier qui honore son chèque contrefait aurait le droit de débiter son client en conséquence.» Dans l’affaire *Swan*, où il s’agissait de la cession frauduleuse d’actions au moyen d’actes de cession signés en blanc, la cour a cité et approuvé ce que le baron Parke avait dit au sujet de l’irrecevabilité dans l’affaire *Freeman v. Cooke*, puis a souligné que la négligence n’empêche pas le recouvrement, à moins qu’il n’y ait eu une obligation. De plus, la cour a répété, en se référant à l’arrêt *Bank of Ireland*, que la négligence doit se manifester dans l’opération elle-même et être la cause immédiate de ce que l’autre partie a été induite en erreur.

Le principe selon lequel la négligence doit se manifester dans l’opération elle-même, c’est-à-dire dans la façon dont le chèque ou autre titre négociable a été tiré, et qu’elle doit avoir été la cause immédiate de ce que la banque a été induite en erreur, fut appliqué dans les affaires *Arnold v. Cheque Bank* (1876), 1 C.P.D. 578, et *Agricultural Savings and Loan Association v. Federal Bank* (1881), 6 O.A.R. 192, dans lesquelles il était question d’endossements contrefaits. Dans l’affaire *Arnold*, on alléguait la négligence dans la garde et la transmission d’une traite bancaire que les demandeurs avaient endossée et déposée dans une boîte à lettres à l’extérieur de leurs bureaux en vue de son transport par la poste, et ce, sans envoyer de pli séparé pour en prévenir le bénéficiaire. Or, la traite a été volée par le commis du demandeur qui avait contrefait l’endossement de l’endossataire. La cour a conclu que, même si la pratique adoptée par les demandeurs dans la garde et la transmission de la traite pouvait constituer une négligence qui a facilité la fraude, il ne s’agissait pas, suivant le principe énoncé dans les décisions *Bank of Ireland* et *Swan*, d’une négligence qui venait empêcher les demandeurs de recouvrer les montants. Le juge en chef lord Coleridge, a dit, à la p. 588: [TRADUCTION] «Aucun précédent n’a été cité devant nous à l’appui du point de vue selon lequel la négligence dans la garde de la traite met le

to mislead the defendants. It was regularly indorsed, and was then inclosed in a letter to the plaintiffs' correspondents, to be sent through the post. There could be no negligence in relying on the honesty of their servants in the discharge of their ordinary duty, that of conveying letters to the post; nor can there be any duty to the general public to exercise the same care in transmission of the draft as if any or every servant employed were a notorious thief." Referring to the statement by Parke B. in *Bank of Ireland* quoted above, beginning, "If such negligence could disentitle the plaintiffs, to what extent is it to go?", Lord Coleridge C.J. said at pp. 589-90: "If it were the duty of the plaintiffs to guard against larceny and forgery in that way, it is impossible to say where, as observed by Parke B. in *Bank of Ireland v. Evans's Charities*, on that principle, it is to stop." *Agricultural Savings and Loan* involved the forged endorsement of cheques as part of a fraudulent mortgage loan transaction. The Ontario Court of Appeal applied *Bank of Ireland* and *Arnold* in holding that the customers were not estopped by negligence from setting up the forgeries against the bank because the negligence was not in the cheque transaction, as distinct from the mortgage loan transaction as a whole. Burton J.A., after referring to the rejection of a general duty of care by Parke B. in *Bank of Ireland*, said at p. 200: "... it appears now to be clearly established that the negligence which can operate by way of estoppel must be in the transaction itself and must be the proximate cause of leading the party into the mistake, and must also be the neglect of some duty that is owing to the person led into that belief, and not merely neglect of what would be prudent in respect to the party himself, or even of some duty owing to third

propriétaire dans l'impossibilité de recouvrer la traite ou son produit auprès d'une personne qui en a illégitimement obtenu la possession. En l'espèce, il n'y avait rien dans la traite ou dans l'endossement que le demandeur avait fait qui était de nature à induire les défendeurs en erreur. La traite a été régulièrement endossée, puis a été jointe à une lettre adressée aux correspondants des demandeurs, laquelle lettre devait être envoyée par la poste. Ce n'est pas de la négligence que de s'être fié à l'honnêteté de ses employés dans l'exercice de leurs fonctions ordinaires, savoir la mise de lettres à la poste; de plus, il n'y a aucune obligation envers le grand public de faire preuve, en transmettant la traite, de la même prudence que celle qui s'imposerait si chacun des employés était un voleur notoire.» Se référant aux propos déjà cités du baron Parke dans la décision *Bank of Ireland* qui commencent par la question: [TRADUCTION] «Si pareille négligence pouvait priver les demandeurs de leur droit d'action, jusqu'où cela va-t-il?» Le juge en chef lord Coleridge a dit, aux pp. 589 et 590: [TRADUCTION] «S'il était du devoir des demandeurs de se prémunir ainsi contre le larcin et le faux, il serait impossible, comme l'a fait remarquer le baron Parke dans la décision *Bank of Ireland v. Evans's Charities*, à propos de ce principe, de dire quand elle ne joue plus.» Dans l'affaire *Agricultural Savings and Loan*, il s'agissait d'endossements contrefaits apposés sur des chèques dans le cadre d'une opération frauduleuse de prêt hypothécaire. La Cour d'appel de l'Ontario a appliqué les décisions *Bank of Ireland* et *Arnold* et a conclu que la négligence ne venait pas empêcher les clients d'opposer les faux à la banque parce que ce n'était pas une négligence qui portait sur l'opération par chèque, par opposition à l'ensemble de l'opération de prêt hypothécaire. Le juge Burton de la Cour d'appel, après avoir fait observer que le baron Parke avait rejeté dans la décision *Bank of Ireland* la notion d'une obligation générale de diligence, a dit, à la p. 200: [TRADUCTION] «... il paraît maintenant bien établi que la négligence pouvant donner lieu à une fin de non-recevoir doit se manifester dans l'opération elle-même et doit être la cause immédiate par laquelle la partie a été induite en erreur; de plus, cette négligence doit consister en un manquement à une obligation

persons with whom those seeking to set up the estoppel are not privy.”

In the celebrated case of *Bank of England v. Vagliano*, [1891] A.C. 107, there was an issue of estoppel by negligence which occasioned statements in the House of Lords from which it might have been inferred that a customer owed a wider duty of care to his bank in respect of the prevention and detection of forgery than that which was affirmed by later authority. I refer to the statements here because counsel for the Bank placed some reliance on them. Vagliano accepted bills of exchange, payable at the Bank of England, on which his clerk, Glyka, had forged the signature of the drawer, Vucina & Co., a firm with which Vagliano did business. The clerk made the bills payable to C. Petridi & Co., also an existing firm known to Vagliano, but whose name was inserted as payee by way of pretence only with no intention that they should receive payment. The clerk forged the endorsements of the payee and appropriated the proceeds of the bills. Vagliano sought to recover the amount of the bills from the bank as having been paid without authority. The acceptor was clearly estopped, on well-established principle, from denying the genuineness of the drawer's signature. The issue was whether he could set up the forged endorsements against the bank. There were two questions: (a) whether, despite the acceptor's lack of knowledge or intention that the payee was named in the bill by way of pretence only, the payee, although an existing person, was nevertheless fictitious within the meaning of the *Bills of Exchange Act* and the bills therefore to be treated as payable to bearer, making an endorsement by the payee unnecessary; and (b) whether, in any event, the acceptor was estopped by his conduct from setting up the forgery of the payee's endorsement against the bank. The conduct on which the bank relied for an estoppel by representation included not only the repeated acceptance by Vagliano of bills apparently drawn by Vucina & Co., without verification whether there was money owing to the drawer, as well as repeated advice

envers la personne ainsi induite en erreur plutôt qu'en la simple omission de faire ce qui aurait été prudent du point de vue de la partie elle-même ou même en un manquement à une obligation envers des tiers avec lesquels ceux qui essaient d'invoquer la fin de non-recevoir n'ont aucun lien.»

Dans l'affaire célèbre *Bank of England v. Vagliano*, [1891] A.C. 107, on a soulevé une fin de non-recevoir fondée sur la négligence, ce qui a permis à la Chambre des lords de faire des déclarations dont on aurait pu conclure que l'obligation de diligence d'un client envers sa banque relativement à la prévention et à la détection du faux était plus grande que celle énoncée dans la jurisprudence subséquente. Je parle de ces déclarations ici parce que l'avocat de la Banque s'appuie dans une certaine mesure sur elles. Vagliano avait accepté des lettres de change, payables à la Bank of England, sur lesquelles son commis, Glyka, avait contrefait la signature du tireur, Vucina & Co., une maison avec laquelle Vagliano faisait affaire. Les lettres de change tirées par le commis étaient payables à C. Petridi & Co., une société qui était également connue de Vagliano, mais dont le nom n'avait été inséré comme bénéficiaire que par feinte, car elle ne devait nullement toucher les sommes en question. Le commis a contrefait les endossements de la bénéficiaire et s'est approprié le produit des lettres de change. Vagliano a cherché à recouvrer auprès de la banque le montant des lettres parce que le paiement avait été effectué sans autorisation. Évidemment, il était bien établi que l'accepteur ne pouvait nier l'authenticité de la signature du tireur. La question en litige était donc de savoir s'il pouvait opposer à la banque les endossements contrefaits. Cette question comportait deux volets: en premier lieu, bien que l'accepteur n'ait pas su que l'inscription du nom de la bénéficiaire sur la lettre de change n'était qu'une feinte et bien que celle-ci n'ait pas été voulue par l'accepteur, la bénéficiaire, malgré qu'elle assistât, était-elle néanmoins fictive au sens de la *Bills of Exchange Act*, de sorte que les lettres de change devaient être considérées comme payables au porteur, ce qui rendait superflu l'endossement par la bénéficiaire; et, en deuxième lieu, la conduite de l'accepteur venait-elle l'empêcher en tout état de cause d'invoquer contre la banque la contrefaçon

notices to the bank indicating the bills to be paid, but also the lack of supervision of the clerk and the return of the pass-book without objection. In the Court of Appeal ((1889), 23 Q.B.D. 243), Lord Esher M.R., who dissented on the issue whether the payee was fictitious, said at p. 255 that there was negligence in the lack of supervision of the clerk, but that it "was too remote from the loss suffered by the bank to enable the bank to rely on it". It was not the proximate cause of the bank's loss. Bowen L.J., delivering the judgment of the majority in the Court of Appeal, was of the same view, saying at pp. 262-63: "There was no evidence of negligence on the part of the plaintiff which so directly caused the frauds in question in this action as to prevent the plaintiff from succeeding in his claim. There was, we think, negligence on his part in leaving so much to a clerk in Glyka's position without any effective supervision or control over his proceedings. But this was not the proximate cause of the loss which has been incurred, and therefore cannot be relied on as a defence against the claim of the plaintiff, even if there were no negligence on the part of the bank." Bowen L.J. further held that the return of the pass-book without objection did not result in a settled account between the customer and his bank. In the House of Lords five of the eight members who sat on the case held in favour of the bank on the ground that the payee was fictitious. Three of them, and another member of the majority, were also of the view that the acceptor was precluded by his conduct from setting up the forged endorsements against the bank. The two dissenting members rejected both grounds for denying recovery to the acceptor. Of those who took the view that the acceptor was estopped by his conduct, Lord Halsbury L.C. expressed himself in the broadest terms, and it is on his statements that counsel for the Bank placed some reliance. Lord Halsbury stated the general principle applicable in such a case as follows at p. 114: "... a principal who has misled his agent into doing something on his behalf which the agent has honestly done, would not be entitled to claim against the agent in respect of the act so done; and upon this branch of the case the question is whether the agent was misled into doing the act by the default of the principal", and at p. 115

de l'endossement de la bénéficiaire? La fin de non-recevoir soulevée par la banque reposait non seulement sur l'acceptation répétée par Vagliano de traites apparemment tirées par Vucina & Co., sans vérifier si de l'argent était dû au tireur, et sur les avis renouvelés donnés à la banque indiquant les traites à payer, mais aussi sur le manque de surveillance exercée sur le commis et sur le fait que le carnet de banque a été rendu sans aucune contestation. En Cour d'appel ((1889), 23 Q.B.D. 243), le maître des rôles lord Esher, dissident sur la question de savoir si la bénéficiaire était fictive, a affirmé que le manque de surveillance du commis constituait une négligence, mais que [TRANSDUCTION] «le lien de causalité avec la perte subie par la banque était trop faible pour que celle-ci puisse l'invoquer». Ce n'était pas la cause immédiate de la perte de la banque. Le lord juge Bowen, qui a prononcé le jugement de la majorité en Cour d'appel, a abondé dans le même sens. Aux pages 262 et 263, il a dit: [TRANSDUCTION] «Il n'y avait aucune preuve d'une négligence de la part du demandeur qui ait causé si directement les fraudes présentement en question que le demandeur doive succomber. Nous estimons qu'il a fait preuve de négligence en confiant à un commis comme Glyka des tâches aussi importantes sans exercer sur lui aucune surveillance ni aucun contrôle efficaces. Cette négligence n'était toutefois pas la cause immédiate de la perte subie; par conséquent, on ne saurait l'opposer à la réclamation du demandeur, même si la banque ne s'est pas montrée négligente.» Le lord juge Bowen a conclu en outre que le fait de rendre le carnet de banque sans rien contester ne créait pas un compte soldé entre le client et sa banque. En Chambre des lords, sur les huit membres qui ont siégé dans l'affaire, cinq ont statué en faveur de la banque pour le motif que la bénéficiaire était fictive. Trois d'entre eux, ainsi qu'un autre membre de la majorité, ont estimé en outre que la conduite de l'accepteur venait l'empêcher d'invoquer contre la banque les endossements contrefaits. Les deux membres dissidents ont rejeté l'un et l'autre motifs de refuser le recouvrement à l'accepteur. De ceux qui ont estimé que la conduite de l'accepteur donnait lieu à une fin de non-recevoir, c'est le lord chancelier Halsbury qui s'est exprimé dans les termes les plus larges, et c'est sur

he acknowledged the limited scope of this principle as follows: "... the carelessness of the customer, or neglect of the customer to take precautions, unconnected with the act itself, cannot be put forward by the banker as justifying his own default." But then Lord Halsbury went on to distinguish the *Bank of Ireland* case as follows at pp. 115-16:

In order to make the cases of the *Bank of Ireland v. Trustees of Evans' Charities* [5 H.L.C. 389], and the *Mayor, &c., of Merchants of the Staple of England v. Bank of England* [21 Q.B.D. 160] authorities in this case, it would be necessary to assume that the plaintiffs in those cases had by some voluntary act of their own given credit and the appearance of genuineness to the particular powers of attorney which were forged in those cases, and if they had, I very much doubt whether the decision would have been what it was; but no such fact appeared; all the parties whose negligence was relied on had done, was to leave their seal carelessly in the custody of the person who abused his trust. These decisions therefore do not seem to me to touch the case.

But how can it be said in this case that the default is unconnected with the act? The very thing which the banker does is induced by the fault of the customer. Was not the customer bound to know the genuineness of Vucina's draft? Was not the customer bound to know whether there was any real transaction between himself and Vucina, effected by the instrument in question? Was not the customer bound to know the contents of his own pass-book? Was not the customer bound to know the state of his account with Vucina? It certainly is very strange that it should be suggested that without any responsibility on his part he should be entitled to accredit forty-three documents to his bankers as genuine bills when he had the means of knowledge I have indicated

les déclarations de celui-ci que l'avocat de la Banque s'appuie dans une certaine mesure. À la page 114, lord Halsbury a ainsi formulé le principe général applicable dans un tel cas: [TRADUCTION] ... lorsqu'un mandant en usant de tromperie amène son mandataire à faire quelque chose pour lui et que le mandataire s'en acquitte honnêtement, ce mandant n'est pas admis à poursuivre le mandataire relativement à l'acte ainsi accompli; et sur cet aspect de l'affaire, la question est de savoir si le mandataire a été incité par la faute du mandant à commettre l'acte en question», à la page 115, lord Halsbury reconnaît la portée restreinte de ce principe quand il dit: [TRADUCTION] «... le banquier ne peut alléguer pour justifier sa propre faute ni le manque de diligence du client ni l'omission de celui-ci de prendre des précautions, lorsque ce manque de diligence et cette omission n'ont aucun lien avec l'acte lui-mêmes. Toutefois, lord Halsbury a fait ensuite la distinction suivante d'avec la décision *Bank of Ireland*, aux pp. 115 et 116:

[TRADUCTION] Pour que les décisions *Bank of Ireland v. Trustees of Evans' Charities* [5 H.L.C. 389], et *Mayor, &c., of Merchants of the Staple of England v. Bank of England* [21 Q.B.D. 160] fassent jurisprudence en l'espèce, il faudrait présumer que les demandeurs dans ces affaires avaient par leur propre acte volontaire donner créance et l'apparence d'authenticité aux procurations particulières que l'on avait contrefaites et, dans cette hypothèse-là, je doute fort que la décision eût été la même; mais l'existence d'un tel état de choses n'a pas été établie; tout ce qu'avaient fait les parties dont on invoquait la négligence était d'imprudemment confier leur sceau à la garde de la personne qui a commis un abus de confiance. Ces précédents ne me paraissent donc pas applicables à la présente instance.

Mais comment peut-on prétendre en l'espèce que la faute n'a pas de lien avec l'acte? Le fait même du banquier a été provoqué par la faute du client. Le client n'était-il pas censé savoir si la traite de Vucina était authentique? Le client n'était-il pas censé savoir si une opération était réellement intervenue entre lui et Vucina grâce à l'effet en question? Le client n'était-il pas censé connaître la teneur de son propre carnet de banque? Le client n'était-il pas censé connaître l'état de son compte chez Vucina? Certes, il est bien étrange de prétendre que, sans engager sa propre responsabilité, le client devrait pouvoir donner à entendre à ses banquiers que quarante-trois documents constituaient des traites authentiques alors qu'il était en mesure de savoir, par les

that no one of them was a bill of exchange at all, or represented any transaction between Vucina and himself.

The bankers paid upon these documents and they paid a person who was not entitled to receive the money. There was no person entitled to receive it. The fact that it reached their hands as representing a mercantile transaction in which somebody was to be paid was itself a misleading of them; and that it did reach their hands purporting to represent such a transaction arose from the mode in which Mr. Vagliano's business was conducted by those responsible for it.

In effect, Lord Halsbury was of the view that Vagliano's conduct, taken as a whole, amounted to a representation that the bills were in every respect, including the endorsement of the payee, genuine. This appears to have been the view of the other members of the House of Lords who held that Vagliano was estopped from setting up the forgeries of the payee's signature. This possible implication of a wider duty of care, however, was not adopted by subsequent authority. In *Macmillan*, the only reference to Lord Halsbury's speech in *Vagliano* was by Lord Parmoor at pp. 834-35 to the statement which I have quoted above: "The carelessness of the customer, or neglect of the customer to take precautions, unconnected with the act itself, cannot be put forward by the banker as justifying his own default."

In *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India*, [1909] 2 K.B. 1010, Bray J., in a judgment that was approved by the House of Lords in the *Macmillan* case, considered the customer's duty of care both before and after forgery of the signature of signing officers on its cheques. The company's cheques required the signature of two directors and the secretary. The bank honoured cheques on which the signatures of directors had been forged by the secretary. During the two-month period in which the forgeries were perpetrated the company's pass-book was taken out and returned to the bank without objection to

moyens déjà indiqués, qu'il ne s'agissait dans aucun cas d'une lettre de change et qu'aucun de ces documents ne représentait une opération intervenue entre Vucina et lui-même.

a Sur la foi de ces documents, les banquiers ont effectué des paiements et ce, à une personne qui n'était pas en droit de toucher l'argent. En réalité, personne n'en avait le droit. Le seul fait que les documents leur ont été présentés comme constatant des opérations commerciales dans lesquelles quelqu'un devait recevoir un paiement a eu pour effet d'induire les banquiers en erreur; et si les documents qu'on leur a ainsi remis paraissaient représenter des opérations commerciales, c'est à cause de la manière dont les affaires de M. Vagliano ont été c menées par ceux qui en avaient la charge.

Lord Halsbury a estimé en fait que la conduite de Vagliano dans son ensemble équivalait à une déclaration que les traites étaient à tous les égards, d y compris l'endossement de la bénéficiaire, authentiques. Tel paraît avoir également été l'avis des autres membres de la Chambre des lords, qui ont conclu que Vagliano n'était pas admis à établir le faux de la signature de la bénéficiaire. Cette obligation de diligence de portée plus large qui était e peut-être sous-entendue, n'a toutefois pas été adoptée dans la jurisprudence subséquente. Dans l'affaire *Macmillan*, seul lord Parmoor a fait mention des propos tenus par lord Halsbury dans f l'affaire *Vagliano*, en se référant aux pp. 834 et 835, à la déclaration que j'ai citée plus haut: [TRADUCTION] «Le banquier ne peut alléguer pour justifier sa propre faute ni le manque de diligence g du client ni l'omission de celui-ci de prendre des précautions, lorsque ce manque de diligence et cette omission n'ont aucun avec l'acte lui-même».

Dans l'affaire *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India*, [1909] 2 K.B. 1010, le h juge Bray, dont la décision a été approuvée par la Chambre des lords dans l'arrêt *Macmillan*, a examiné l'obligation de diligence du client avant et après la contrefaçon de la signature de signataires i autorisés sur ses chèques. Les chèques de la société devaient porter la signature de deux administrateurs et du secrétaire. La banque a honoré des chèques sur lesquels le secrétaire avait contrefait j les signatures d'administrateurs. Au cours de la période de deux mois pendant laquelle les faux ont été perpétrés, le carnet de banque de la société

the entries related to the forged cheques. It was contended for the bank that the company was precluded from setting up the forgeries by breach of a duty of care in issuing the cheques which had the effect of misleading the bank. It was said that the directors who signed the cheques had acted negligently and that there had not been proper supervision of the secretary. It was also contended that the taking out of the pass-book and its return to the bank without objection to the entries related to the forged cheques amounted to a settlement of account between the customer and the bank. Bray J. expressed the first contention, respecting a general duty of care, as follows at p. 1021: "They contended, first, that it was the duty of the plaintiffs to them, as their bankers and as part of the contract between them, (a) to use reasonable care in the issuing of mandates to the defendants, and (b) in the carrying out of their business relating to the issuing of mandates, and if they delegated these duties to another, they must use reasonable care to supervise the execution of the duties and to prevent the delegation from being abused." With respect to the second contention, it was argued that a customer was bound to examine entries in the pass-book when he received it and to report any errors in it, and that if he failed to do so and the bank was thereby misled to its prejudice, he could not afterwards dispute the correctness of the balance shown in the pass-book. The decision of the United States Supreme Court in *Leather Manufacturers' Bank v. Morgan* was referred to in support of both contentions.

With respect to the first contention, Bray J. held that the customer's duty of care was limited to the drawing of his cheques in a manner that would not cause the bank to be misled. He held, applying *Bank of Ireland* and *Swan*, that for a breach of this duty "the negligence must be in or immediately connected with the transaction itself and must have been the proximate cause of the loss." He held that there was no authority for the wider duty of care contended for by the bank and no basis for

avait été pris, puis rendu à la banque, sans contestation des inscriptions relatives aux chèques contrefaits. On a soutenu pour le compte de la banque que la société n'était pas admise à établir les faux car elle manqué à son obligation de diligence en émettant des chèques qui ont eu pour effet d'induire la banque en erreur. Les administrateurs signataires des chèques auraient fait preuve de négligence et on n'aurait pas exercé sur le secrétaire la surveillance qui s'imposait. On a fait valoir en outre que le fait de prendre le carnet de banque et de le rendre à la banque sans s'opposer aux inscriptions relatives aux chèques contrefaits constituait un compte soldé entre le client et la banque. Le juge Bray a donné au premier argument, qui portait sur une obligation générale de diligence, la formulation suivante, à la p. 1021: [TRADUCTION] «Elle a prétendu d'abord qu'il était du devoir de la demanderesse envers elle, en sa qualité de banquier de cette dernière et dans le cadre du contrat intervenu entre elles, a) de faire preuve d'une diligence raisonnable en investissant la défenderesse de mandats, et b) en exerçant ses activités reliées à la constitution de mandats, et si la demanderesse déléguait ces tâches à quelqu'un d'autre, elle devrait user de diligence raisonnable en surveillant l'exécution de ces tâches afin de prévenir l'abus de cette délégation.» Pour ce qui est du second argument, on a soutenu qu'un client est tenu d'examiner les inscriptions portées dans le carnet de banque dès qu'il le reçoit et de signaler toute erreur y figurant et que, s'il ne le fait pas et que la banque soit ainsi induite en erreur à son préjudice, il ne saurait par la suite contester l'exactitude du solde indiqué dans le carnet. L'arrêt *Leather Manufacturers' Bank v. Morgan* de la Cour suprême des États-Unis a été cité à l'appui de l'un et l'autre arguments.

En ce qui concerne le premier argument, le juge Bray a conclu que le client avait pour seule obligation de tirer ses chèques de manière que la banque ne soit pas induite en erreur. Appliquant les décisions *Bank of Ireland* et *Swan*, le juge Bray a dit que, pour constituer un manquement à cette obligation, [TRADUCTION] «la négligence doit se manifester dans l'opération elle-même ou présenter un lien direct avec celle-ci et doit en outre être la cause immédiate de la perte». Toujours selon le

implying it as a term of the contract between banker and customer, but he found as a fact that even if such a duty existed there had not been a breach of it. He said at p. 1026: "They have not taken all the precautions that were possible and probably not all that a good many companies do take, but I think they took reasonable precautions." The following passage in the judgment of Bray J. at pp. 1025-26 indicates the reasons of principle and policy which led him to reject the wider duty of care contended for by the bank:

I think Mr. Scrutton's contention equally fails when it is considered apart from authority. It amounts to a contention on the part of the bank that its customers impliedly agreed to take precautions in the general course of carrying on their business to prevent forgeries on the part of their servants. Upon what is that based? It cannot be said to be necessary to make the contract effective. It cannot be said to have really been in the mind of the customer, or, indeed, that of the bank, when the relationship of banker and customer was created. What is to be the standard of the extent or number of the precautions to be taken? Applying it to this case, can it be said to have been in the minds of the directors of the company that they were promising to have the pass-book and the cash-book examined at every board meeting, and to have a sufficient number of board meetings to prevent forgeries, or that the secretary should be supervised or watched by the chairman? If the bank desire that their customers should make these promises they must expressly stipulate that they shall. I am inclined to think that a banker who required such a stipulation would soon lose a number of his customers. The truth is that the number of cases where bankers sustain losses of this kind are infinitesimal in comparison with the large business they do, and the profits of banking are sufficient to compensate them for this very small risk. To the individual customer the loss would often be very serious; to the banker it is negligible.

With respect to the second contention, Bray J. held that there was no authority for the proposi-

jugé Bray, l'obligation de diligence de portée plus large invoquée par la banque était sans aucun fondement jurisprudentiel et rien ne justifiait son introduction dans le contrat entre le banquier et le client à titre de condition implicite, mais il a conclu en tant que fait que, même si une telle obligation existait, on n'y avait pas manqué. Il a affirmé, à la p. 1026: [TRADUCTION] «Elle n'a pas pris toutes les précautions possibles et n'a probablement pas pris non plus toutes les précautions que prennent en fait un bon nombre de sociétés; j'estime toutefois qu'elle a pris des précautions raisonnables.» Le passage suivant tiré des motifs du juge Bray, aux pp. 1025 et 1026, expose les raisons de principe et de politique générale qui l'ont amené à rejeter l'obligation de diligence de portée plus large préconisée par la banque:

[TRADUCTION] Je crois que l'argument de M^e Scrutton est tout aussi mal fondé quand on le considère indépendamment de la jurisprudence. Ce point de vue équivaut à une déclaration de la part de la banque que ses clients s'engagent implicitement à prendre des précautions dans l'exercice général de leurs activités afin d'empêcher que leurs employés ne commettent des faux. Sur quoi cela repose-t-il? On ne saurait prétendre que ce soit nécessaire pour que le contrat puisse être exécuté. On ne saurait prétendre que c'est ce qu'avait envisagé en réalité le client, ou même la banque, lors de la création des relations banquier-client. Quelle doit être la norme applicable à la portée ou au nombre des précautions à prendre? Si l'on applique cette norme en l'espèce, est-il possible d'affirmer que, dans leur esprit, les administrateurs de la société promettaient de faire vérifier le carnet de banque et le livre de caisse à chaque réunion du conseil d'administration et de tenir un nombre suffisant de réunions pour prévenir les faux, ou que le président du conseil d'administration devait surveiller le secrétaire? Si la banque désire que ses clients fassent ces promesses, cela doit être stipulée expressément. Or, je suis porté à croire qu'un banquier qui tenait à ce qu'il y ait une telle stipulation perdrait avant bien longtemps une bonne partie de sa clientèle. À la vérité, le nombre de cas où des banquiers subissent des pertes de ce genre sont infimes par rapport à l'importance de leurs opérations et les profits provenant de leurs activités bancaires suffisent pour couvrir ce risque fort minime. Pour le client individuel la perte serait souvent très grave; pour le banquier elle est négligeable.

En ce qui a trait au second argument, le juge Bray a conclu qu'aucun précédent n'appuyait la

tion that "when a pass-book is taken out of the bank by the customer or some clerk of his and returned without objection there is a settled account between the bank and the customer by which both are bound." With reference to *Leather Manufacturers' Bank*, he said at p. 1028: "I do not think it necessary to say more about that case than that the facts as stated in paragraph 5 on page 100 are quite sufficient to distinguish it from the present case, and that it has never been acknowledged by any Court or judge in this country as correctly stating our law." It may be that one of the facts to which Bray J. attached particular importance in the paragraph he referred to was that, unlike the English practice, in *Leather Manufacturers' Bank* the customer's cancelled cheques had been returned with the pass-book. In any event, Bray J. indicated that he did not, as a matter of policy, favour holding the customer responsible for the fraudulent concealment of a forgery by an employee. He said at p. 1029: "Apart from authority one has only to look at the facts of this case to see how absurd it would be to hold that the taking out of the pass-book and its return constituted a settled account. It would mean this, that a secretary of a company, by going to the bank for his own purposes in order to prevent the discovery of his own fraud, and without any knowledge on the part of any of the directors, and getting the pass-book (with a pencil entry in it of the balance), can bind the company for all purposes."

In *Macmillan*, which was a case of material alteration facilitated by the drawer's having left spaces permitting the amount to be raised, the House of Lords affirmed that the customer owed a duty of care to his bank to draw his cheques in such a manner as not to facilitate forgery or material alteration, but it rejected any wider duty of care, reaffirming what had been laid down in earlier cases, such as *Bank of Ireland* and *Swan*, that the negligence, in order to estop the customer or otherwise preclude recovery, must be in the transaction itself and be the proximate cause of

proposition selon laquelle, [TRADUCTION] «lorsqu'un carnet de banque est sorti de la banque par le client ou un commis de celui-ci, puis rendu sans aucune contestation, il existe entre la banque et le client un compte soldé par lequel l'un et l'autre sont liés». Se référant à l'arrêt *Leather Manufacturers' Bank*, il a dit, à la p. 1028: [TRADUCTION] «Selon moi, tout ce qu'il est nécessaire de dire au sujet de cet arrêt est que les faits exposés au paragraphe 5, à la page 100, suffisent à eux seuls pour établir une distinction d'avec la présente espèce et qu'aucun tribunal ni aucun juge de notre pays n'a jamais affirmé que ledit arrêt constitue un énoncé exact du principe de droit applicable ici.» Il se peut que, parmi les faits exposés dans le paragraphe susmentionné, le juge Bray ait attaché une importance particulière à celui-ci: dans l'affaire *Leather Manufacturers' Bank*, les chèques payés du client lui avaient été rendus avec le carnet de banque, ce qui ne se faisait pas en Angleterre. En tout état de cause, le juge Bray a souligné que, par principe, il s'opposait à ce qu'un client soit jugé responsable lorsque son employé dissimulait frauduleusement un faux. À la page 1029, le juge Bray a précisé: [TRADUCTION] «Abstraction faite de la jurisprudence, on n'a qu'à tenir compte des circonstances de la présente affaire pour constater jusqu'à quel point il serait absurde de conclure que le fait de prendre le carnet de banque et de le rendre constituait un compte soldé. Il en résulterait qu'un secrétaire d'une société, en allant à la banque, à l'insu des administrateurs de la société, en vue d'empêcher que sa fraude ne soit découverte, et en obtenant le carnet de banque (dans lequel le solde est inscrit au crayon), pourrait lier la société à toutes fins.»

Dans l'affaire *Macmillan*, où il s'agissait d'une falsification importante facilitée par le fait que le tireur avait laissé des espaces qui permettaient la majoration du montant, la Chambre des lords a déclaré que le client avait une obligation de diligence envers sa banque de tirer ses chèques de manière à ne pas faciliter le faux ou toute falsification importante, mais elle a écarté toute obligation de diligence de portée plus large, confirmant ainsi ce qu'avaient établi des décisions antérieures telles que *Bank of Ireland* et *Swan*, savoir que la négligence ne constitue une fin de non-recevoir opposa-

the loss. With reference to this point, Lord Finlay L.C. said at p. 795: "Of course the negligence must be in the transaction itself, that is, in the manner in which the cheque is drawn. It would be no defence to the banker, if the forgery had been that of a clerk of a customer, that the latter had taken the clerk into his service without sufficient inquiry as to his character. Attempts have often been made to extend the principle of *Young v. Grote* beyond the case of negligence in the immediate transaction, but they have always failed." To similar effect Viscount Haldane said at pp. 815-16: "Thus a man may be imprudent in leaving his cheque-book and pass-book in the hands of his clerk who is thereby enabled to forge a cheque. But he is not liable, for this reason, that the direct and real cause of the loss is the intervention of an act of wickedness on the part of the clerk, which the law does not call on him to anticipate in the absence of obvious ground for suspicion. In *Kepitigalla Rubber Estates v. National Bank of India* Bray J. states the principle with conspicuous lucidity." Lord Finlay L.C. also referred with approval at p. 801 to the judgment of Bray J. in *Kepitigalla*, which he said stood for the proposition "that to afford a defence to the banker the breach of duty must be, as in *Young v. Grote*, in connection with the drawing of the order or cheque, and that there is no obligation as between customer and banker that the person should take precautions in the general carrying on of his business or in examining and checking the pass-book." In *Macmillan*, Lord Finlay L.C. at pp. 793-94 and Viscount Haldane at p. 818 noted that the breach of the customer's duty to draw his cheques in such a manner as not to facilitate material alteration could be characterized as resulting in an estoppel by conduct or negligence or, alternatively, as suggested by Cockburn C.J. in *Swan*, as creating a defence of negligence that must be made available to the bank to avoid circuity of action. One explanation of the requirement that the negligence be in the transaction and be the proximate cause of the loss is that it must result in a representation

ble au client ni n'empêche de quelque autre façon le recouvrement que si elle se manifeste dans l'opération elle-même et si elle est la cause immédiate de la perte. Sur ce point, le lord chancelier Finlay a dit, à la p. 795: [TRADUCTION] «Bien entendu, la négligence doit se manifester dans l'opération elle-même, c'est-à-dire dans la manière dont le chèque est tiré. Si le faux avait été perpétré par un commis d'un client, le banquier n'aurait pu à ce moment-là invoquer comme moyen de défense que celui-ci avait engagé le commis sans procéder à une enquête suffisante sur sa moralité. On a souvent tenté d'étendre le principe posé dans la décision *Young v. Grote* au-delà du cas de négligence dans l'opération elle-même, mais ces tentatives ont toujours échoué.» Dans la même veine, le vicomte Haldane a dit aux pp. 815 et 816: [TRADUCTION] «Un homme peut donc se montrer imprudent en laissant son carnet de chèques et son carnet de banque entre les mains de son commis, lui permettant ainsi de contrefaire un chèque. Cela n'entraîne toutefois pas sa responsabilité parce que la cause directe et réelle de la perte est la perpétration d'un acte répréhensible par le commis, ce qu'en droit il n'est pas tenu de prévoir, en l'absence de motifs manifestes de suspicion. Dans l'affaire *Kepitigalla Rubber Estates v. National Bank of India*, le juge Bray énonce le principe avec une clarté remarquable.» Le lord chancelier Finlay, à la p. 801, a lui aussi donné son aval au jugement du juge Bray dans l'affaire *Kepitigalla* qui, selon lui, établissait [TRADUCTION] «que, si pour servir de défense au banquier, le manquement à l'obligation doit être, comme c'était le cas dans l'affaire *Young v. Grote*, relié au tirage de la traite ou du chèque, et qu'il n'y a aucune obligation du client envers le banquier de prendre des précautions dans l'exercice général de ses activités commerciales ou dans l'examen et la vérification du carnet de banque». Dans l'affaire *MacMillan*, le lord juge Finlay, aux pp. 793 et 794, et le vicomte Haldane, à la p. 818, ont souligné qu'on pouvait considérer que le manquement d'un client à son obligation de tirer ses chèques d'une façon qui ne facilite pas une falsification importante entraînait une fin de non-recevoir fondée sur la conduite ou la négligence ou, subsidiairement, comme l'a suggéré le juge en chef Cockburn dans l'arrêt *Swan*, qu'il

concerning the instrument that causes prejudice or detriment.

Reference should now be made to the English and Canadian cases recognizing a duty to inform a bank promptly upon learning of forgery or material alteration to determine what conclusions are to be drawn from them concerning the issue in the appeal. There are several things to be noted about these cases. They stand for the principle that an estoppel by representation will result from silence where there is a duty to speak. They recognize that such a duty may arise where there is no contractual relationship. In such a case the duty has been based on usage or on a principle of fair dealing. The cases were all cases in which there was actual knowledge of the forgery or alteration. I do not find in them an implication that the duty will arise, as was held in *Leather Manufacturers' Bank*, where there is not actual knowledge, but the means, by the exercise of reasonable care, of learning of the forgery or alteration. The consideration of these cases which follows is with particular reference to the points I have noted.

In *M'Kenzie v. British Linen Co.* (1881), 6 App. Cas. 82, the House of Lords recognized that a person who knew that his signature to a bill of exchange had been forged and that a bank was relying on the genuineness of his signature could in principle be estopped by his silence from setting up the forgery against the bank, although he was not in a contractual relationship with the bank. It was held, however, that he was not estopped because his silence had not prejudiced the bank. What was said by Parke B. concerning estoppel in *Freeman v. Cooke* was approved, and Lord Watson spoke of the basis of the duty to speak in such circumstances in terms which assumed knowledge of the

créait un moyen de défense de négligence dont la banque devait pouvoir se prévaloir pour éviter des actions en chaîne. La nécessité que la négligence se manifeste dans l'opération et soit la cause immédiate de la perte s'explique notamment parce qu'elle doit entraîner une déclaration relative à l'effet qui cause le préjudice ou le tort.

Il convient maintenant d'aborder la jurisprudence anglaise et canadienne dans laquelle on a reconnu l'existence d'une obligation d'informer la banque sans délai dès qu'on apprend qu'il y a eu faux ou falsification important, pour déterminer quelles conclusions cette jurisprudence permet de tirer concernant la question soulevée par le présent pourvoi. Plusieurs observations s'imposent relativement à ces décisions. Elles établissent qu'une fin de non-recevoir résultera du fait d'avoir gardé le silence alors qu'il y avait obligation de parler. Elles reconnaissent qu'une telle obligation peut exister même en l'absence de relations contractuelles. Dans ce cas-là, l'obligation découle de l'usage ou du principe de l'honnêteté des transactions. Dans chacune des affaires en question, on savait pertinemment qu'il y avait eu faux ou falsification. Je n'y trouve rien qui laisse entendre que l'obligation prendra naissance, comme il a été affirmé dans l'arrêt *Leather Manufacturers' Bank*, lorsqu'on possède, non pas la connaissance elle-même, mais les moyens d'apprendre l'existence du faux ou de la falsification en faisant preuve d'une diligence raisonnable. L'analyse de cette jurisprudence que j'entreprends ci-après porte tout particulièrement sur les points que je viens de noter.

Dans l'arrêt *M'Kenzie v. British Linen Co.* (1881), 6 App. Cas. 82, la Chambre des lords a reconnu qu'une personne qui savait d'une part que sa signature apposée sur une lettre de change avait été contrefaite et d'autre part qu'une banque se fiait à l'authenticité de cette signature pouvait en principe être admise en raison de son silence à établir le faux à l'encontre de la banque, bien qu'elle n'ait pas eu de relations contractuelles avec celle-ci. On a conclu cependant qu'il n'y avait pas d'empêchement parce que son silence n'avait pas porté préjudice à la banque. La déclaration du baron Parke concernant l'irrecevabilité dans l'affaire *Freeman v. Cooke* a été approuvée et lord

forgery as follows at p. 109: "The only reasonable rule which I can conceive to be applicable in such circumstances is that which is expressed in carefully chosen language by Lord *Wensleydale* in the case of *Freeman v. Cooke*. It would be a most unreasonable thing to permit a man who knew the bank were relying upon his forged signature to a bill, to lie by and not to divulge the fact until he saw that the position of the bank was altered for the worse. But it appears to me that it would be equally contrary to justice to hold him responsible for the bill because he did not tell the bank of the forgery at once, if he did actually give the information, and if when he did so, the bank was in no worse position than it was at the time when it was first within his power to give the information."

In *Ogilvie v. West Australian Mortgage, and Agency Corp.*, [1896] A.C. 257 (P.C.), Lord Watson referred to a duty to speak which might arise from the "rules of fair dealing between man and man", but again it was a case in which the duty arose from actual knowledge. It was held that a customer was not estopped by his silence from setting up forgeries of his signature against his bank because in the particular circumstances of the case he did not have a duty to speak. An agent of the bank, who already knew of the forgeries, had asked the customer not to make them public. There was a question whether in these circumstances the customer had a duty to inform the directors of the bank of the forgeries. It was held that in the absence of ground for suspicion or belief that the agent was acting contrary to the interests of the bank there was no such duty. Lord Watson said at p. 269: "The respondent's counsel were unable to refer to any rule of law which, in the absence of any such suspicion or belief, imposed a duty upon the appellant to carry the information which he had received to the directors of the bank; and it does not appear to their Lordships that any such duty was required of him by the rules of fair dealing between man and man."

Watson a parlé du fondement de l'obligation de parler dans de telles circonstances en des termes qui supposaient la connaissance du faux, à la p. 109: [TRADUCTION] «La seule règle raisonnable qui, selon moi, puisse s'appliquer en pareil cas est celle exprimée en des mots bien pesés par lord *Wensleydale* dans l'arrêt *Freeman v. Cooke*. Il serait fort peu logique de permettre à un homme qui savait que la banque se fiait à sa signature contrefaite sur un effet de se croiser les bras et de ne révéler le faux qu'après avoir constaté que la situation de la banque a empirée. Mais, à ce qu'il me semble, il serait tout aussi injuste de le déclarer responsable de la lettre de change du fait qu'il n'a pas signalé le faux à la banque sur-le-champ, s'il a en réalité fourni les renseignements et si, quand il l'a fait, la posture de la banque n'était pas pire que celle où elle se trouvait au moment où il était en mesure de l'en informer.»

Dans l'arrêt *Ogilvie v. West Australian Mortgage, and Agency Corp.*, [1896] A.C. 257 (P.C.), lord Watson a fait mention d'une obligation de parler qui pourrait découler des [TRADUCTION] «règles de l'honnêteté des transactions entre particuliers», mais là encore il s'agissait d'une affaire où l'obligation résultait d'une connaissance réelle du faux. On a conclu que le silence d'un client ne l'empêchait pas d'invoquer contre sa banque la contrefaçon de sa signature parce que, dans les circonstances particulières, aucune obligation de parler ne lui incombait. Un mandataire de la banque, déjà au courant des faux, avait demandé au client de ne pas les rendre publics. On s'est demandé si, à ce moment-là, il était du devoir du client d'en informer les administrateurs de la banque. On a conclu qu'à défaut de motifs de soupçonner ou de croire que le mandataire agissait contrairement aux intérêts de la banque, il n'existait pas de telle obligation. Lord Watson a dit, à la p. 269: [TRADUCTION] «Les avocats de l'intimée n'ont pu citer aucune règle de droit qui, en l'absence d'un tel soupçon ou d'une telle croyance, imposait une obligation à l'appelant de communiquer aux administrateurs de la banque les renseignements qu'il avait reçus; et, selon leurs Seigneuries, les règles de l'honnêteté des transactions entre particuliers ne lui imposaient pas non plus ce genre d'obligation.»

In *Ewing v. Dominion Bank*, which, like *M'Kenzie*, was a case in which estoppel was considered in the absence of a contractual relationship of banker and customer, a majority of this Court (Girouard, Davies and Killam JJ.) held that *Ewing & Co.*, whose name had been forged as makers of a promissory note and who had received notice from the bank that it held the note and that payment should be provided at the bank on due date, were estopped by their silence, while they attempted to settle the matter with the forger, from setting up the forgery against the bank, because by prompt notice by the fastest available means on learning of the forgery they could have saved the bank from at least part of its loss. Reliance was placed on the statement of the law with respect to estoppel in *Freeman v. Cooke*, in particular, the words "and conduct, by negligence or omission, when there is a duty cast upon a person, by usage of trade or otherwise, to disclose the truth, may often have the same effect", and it was held that the principle was not confined to cases in which there was a contractual relationship. The implication is that the duty was regarded in this case as one imposed by business usage or practice. Girouard J. said at p. 143: "Speaking for myself, I cannot satisfy my mind that when a business man, familiar with banking operations, their meaning and scope, is informed, according to banking usages, that his name is being used as maker of a note in a bank, evidently for cash credit either already made or to be made, he is under no obligation to reply promptly, at least within a reasonable time, that it is used without his authority, or even that it is a forgery." Referring to the statement concerning estoppel by Parke B. in *Freeman v. Cooke*, Davies J. said at pp. 151-52:

Both parties profess to rely upon this rule in this case though I cannot find that any one of the limitations mentioned in it express or suggest the existence of the relationship of banker and customer or similar relationship as necessary to create the duty the neglect of which

Dans l'affaire *Ewing v. Dominion Bank*, où, comme dans l'affaire *M'Kenzie*, il a été question de la possibilité d'invoquer une fin de non-recevoir malgré l'absence de relations contractuelles entre banquier et client, cette Cour à la majorité, formée des juges Girouard, Davies et Killam, a conclu qu'*Ewing & Co.*, dont le nom avait été contrefait comme souscripteur d'un billet et qui avait été informée par la banque qu'elle détenait ce billet et que le paiement devrait s'effectuer à la banque à l'échéance, ne pouvait en raison du silence qu'elle avait gardé alors qu'elle tentait de régler l'affaire avec le faussaire, opposer le faux à la banque parce que, si, dès qu'elle avait eu connaissance du faux, elle avait donné à la banque un avis prompt par les moyens les plus rapides possibles, elle aurait pu lui épargner au moins une partie de sa perte. On s'est appuyé sur l'exposé du droit en matière d'irrecevabilité de l'affaire *Freeman v. Cooke*, en particulier, les propos suivants: [TRADUCTION] «et, lorsqu'une personne se trouve assujettie, par l'usage du commerce ou autrement, à l'obligation de divulguer la vérité la conduite, qu'il s'agisse d'une négligence ou d'une omission, peut souvent avoir le même effet», puis on est arrivé à la conclusion que l'application du principe ne se limitait pas aux cas où il existait des relations contractuelles. Il en découle que l'obligation était considérée dans cette affaire-là comme imposée par la pratique ou l'usage commerciaux. Le juge Girouard a dit, à la p. 143: [TRADUCTION] «Pour ma part, je ne suis pas convaincu que, quand un homme d'affaires au fait des opérations bancaires, de leur sens et leur portée, est informé, conformément aux usages en matière bancaire, qu'on se sert de son nom dans une banque comme souscripteur d'un billet, apparemment pour obtenir des avances déjà faites ou à faire, il n'est pas tenu de signaler promptement, ou du moins dans un délai raisonnable, que son nom a été utilisé sans son autorisation ou même qu'il s'agit d'un faux.» Après s'être référé à ce que le baron Parke avait dit concernant l'irrecevabilité dans l'affaire *Freeman v. Cooke*, le juge Davies a affirmé, aux pp. 151 et 152:

[TRADUCTION] Les deux autres parties prétendent invoquer cette règle en l'espèce, mais je ne puis conclure qu'il ressort directement ou indirectement de l'une ou l'autre restriction y mentionnée que l'existence des relations banquier-client ou de quelque rapport analogue

imposes the liability. It speaks of a *neglect of duty cast upon a person by the usage of trade or otherwise to disclose the truth*. I fail to appreciate the argument which would confine this duty to cases where such relationships already exist as those between banker and customer or seller and buyer. It does seem to me that in a country like Canada where such a large proportion of its business is carried on by credit evidenced by drafts and notes which are discounted by one or other of the chartered banks of the country the usages of trade which create the duty apply to all persons engaged in trade who are notified of the holding by one of these banks of a note or draft professing to be theirs. I cannot believe that such a duty would exist as between the bank and Ewing & Co. if the latter was a regular customer of the former and would not exist otherwise. It seems to me the duty naturally arises out of the usages of trade as they exist. Banks do not confine their discounts to those of their own customers only. It is known to every one engaged in trade that a large part of the bank's business consists in the discounting for its customers of commercial paper professing to be that of other merchants or traders. And when a business man receives such a notice from a bank as Ewing & Co. did in this case, if such notice contains information of a forgery and fraud being practised upon a bank, in the unauthorized use of the name of the person or persons notified, the latter are bound by every principle of justice and right dealing between man and man, and in accordance with the usages of trade, within reasonable time to give the bank notice of the fraud. Any other rule would seem to me to be fraught with grave danger; would generate want of confidence in the ordinary business relations of life and would offer a premium upon gross business negligence.

There is the question whether it is an implication of the decision in *Ewing* that there arose upon receipt of the notice from the bank a duty to determine whether the signature to the note was authorized, as well as a duty, upon learning of the forgery, to notify the bank of it, and that for this reason the decision lends support for a duty to examine bank statements and vouchers with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time. I think that the analysis of the duty in *Ewing* proceeded upon the assumption that Ewing & Co. knew the day they received

soit nécessaire pour créer l'obligation d'où naît la responsabilité si l'on y manque. La règle parle du *manquement à l'obligation de divulguer la vérité imposée à une personne par l'usage du commerce ou autrement*. Je ne saisis pas l'argument qui limiterait cette obligation aux cas où des relations comme celles entre banquier et client ou vendeur et acheteur existent déjà. Il me semble que, dans un pays comme le Canada où une grande proportion des affaires commerciales se font à crédit, l'ouverture de crédit étant constatée par des traites et des billets qui sont escomptés par l'une ou l'autre banque à charte du pays, les usages du commerce dont l'obligation procède s'appliquent à toute personne exerçant des activités commerciales qui est avisée qu'une de ces banques détient un billet ou une traite qu'elle a prétendument souscrite. Je ne puis croire qu'une telle obligation existerait entre la banque et Ewing & Co. si cette dernière était cliente habituelle de la banque, mais n'existerait dans aucun autre cas. À ce qu'il me semble, l'obligation en question résulte tout naturellement des usages commerciaux actuels. Les banques n'escomptent pas que les traites de leurs propres clients. Quiconque exerce des activités commerciales sait pertinemment que l'entreprise d'une banque consiste en grande partie à escompter pour ses clients des effets commerciaux censément émis par d'autres marchands ou négociants. Et quand un homme d'affaires reçoit d'une banque un avis semblable à celui reçu par Ewing & Co. en l'espèce, s'il se dégage de cet avis que la banque a été victime d'un faux et d'une fraude sous la forme de l'utilisation non autorisée du nom de la personne ou des personnes auxquelles l'avis a été signifié, les principes de justice et de l'honnêteté des transactions entre particuliers les obligent, conformément aux usages du commerce, à signaler la fraude à la banque dans un délai raisonnable. Toute autre règle, me semble-t-il, se révélerait fort dangereuse en ce sens qu'elle minerait la confiance dans les rapports commerciaux ordinaires et récompenserait la négligence grave en matière commerciale.

On s'est demandé s'il faut déduire de l'arrêt *Ewing* que, dès la réception de l'avis de la banque, il naissait une obligation de déterminer si la signature apposée sur le billet était autorisée, ainsi qu'une obligation, une fois qu'on apprenait la perpétration du faux, d'en informer la banque, et si, pour cette raison, l'arrêt appuie l'existence d'une obligation d'examiner avec un soin raisonnable les relevés bancaires et les pièces justificatives et de signaler toute anomalie dans un délai raisonnable. Quant à moi, j'estime d'une part que l'analyse faite de cette obligation dans l'arrêt *Ewing* repo-

the notice from the bank that their signature to the note was unauthorized and indeed had been forged, and that the duty that was being affirmed was the duty to notify the bank promptly of the forgery upon learning of it. There was no question of a failure to verify the genuineness of the signature with reasonable care or within a reasonable time. The breach of duty was the failure to notify the bank promptly of the forgery when such notification could have, in the opinion of the majority of the Court, saved the bank from at least part of the loss. It was the affirmation of a duty that arose upon the acquisition of actual knowledge of the forgery and not from imputed knowledge of it. Osler J.A. in the Court of Appeal (1904), 7 O.L.R. 90, whose judgment was affirmed by the majority in this Court, referred [at p. 97], in support of the applicable principle of estoppel, to the statement of Lord Watson in *M'Kenzie v. British Linen Co.*, *supra*, at p. 109: "It would be a most unreasonable thing to permit a man who knew the bank were relying upon his forged signature to a bill, to lie by and not to divulge the fact until he saw that the position of the bank was altered for the worse." Reference was made in both the Court of Appeal and this Court to *Leather Manufacturers' Bank*, but it appears to have been for its reliance on the statement concerning estoppel in *Freeman v. Cooke*, in particular, the notion of a duty imposed by usage of trade. Leave to appeal from the judgment of this Court was refused by the Privy Council, [1904] A.C. 806.

In *Greenwood*, *supra*, a customer of a bank who knew that his cheques had been forged was held to be estopped from setting up the forgeries against the bank because his failure to notify the bank promptly of the forgeries had caused the bank to lose its recourse against the forger. Lord Tomlin defined the conditions of estoppel by representation as follows at p. 57:

sait sur la supposition que Ewing & Co. savait, le jour où elle a reçu l'avis de la banque, que sa signature figurant sur la note n'était pas autorisée et avait en réalité été contrefaite, et d'autre part que l'obligation énoncée était celle d'aviser la banque promptement du faux dès qu'on savait qu'il avait eu lieu. Il ne s'agissait nullement d'une omission d'apporter un soin raisonnable à la vérification de l'authenticité de la signature ou de le faire dans un délai raisonnable. Le manquement consistait plutôt en l'omission de faire diligence en signalant le faux à la banque alors que, de l'avis de la Cour à la majorité, un tel avis aurait pu éviter à la banque au moins une partie de sa perte. Il s'agissait de la confirmation d'une obligation qui prenait naissance dès qu'on acquérait une connaissance réelle du faux et qui ne résultait pas d'une connaissance imputée. Le juge Osler de la Cour d'appel (1904), 7 O.L.R. 90, dont le jugement a été confirmé par cette Cour à la majorité, a mentionné [à la p. 97], à l'appui de l'application du principe de l'irrecevabilité, la déclaration de lord Watson dans l'arrêt *M'Kenzie v. British Linen Co.*, précité, à la p. 109: [TRADUCTION] «Il serait fort peu logique de permettre à un homme qui savait que la banque se fiait à sa signature contrefaite sur un effet de se croiser les bras et de ne révéler le faux qu'après avoir constaté que la situation de la banque a empiré.» Mention a été faite tant en Cour d'appel qu'en cette Cour de l'arrêt *Leather Manufacturers' Bank*, mais il semble que ce soit parce que cet arrêt reposait sur la déclaration concernant l'irrecevabilité figurant dans l'affaire *Freeman v. Cooke*, et en particulier sur la notion d'une obligation imposée par l'usage du commerce. L'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt de cette Cour a été refusée par le Conseil privé, [1904] A.C. 806.

Dans l'affaire *Greenwood*, précitée, il a été jugé que le client d'une banque qui savait que ses chèques avaient été contrefaits n'était pas admis à établir faux contre la banque parce que son omission de l'en aviser promptement avait mis la banque dans l'impossibilité d'exercer son recours contre le faussaire. À la page 57, lord Tomlin a défini ainsi les conditions de la fin de non-recevoir fondée sur une déclaration:

The essential factors giving rise to an estoppel are I think:—

(1.) A representation or conduct amounting to a representation intended to induce a course of conduct on the part of the person to whom the representation is made.

(2.) An act or omission resulting from the representation, whether actual or by conduct, by the person to whom the representation is made.

(3.) Detriment to such person as a consequence of the act or omission.

Mere silence cannot amount to a representation, but when there is a duty to disclose deliberate silence may become significant and amount to a representation.

In the Court of Appeal, [1932] 1 K.B. 371, Scrutton L.J., in referring to the “mutual” duties of customer and banker in the giving and execution of the mandate that were affirmed in *Macmillan*, said at p. 381: “This, in my view, involves a continuing duty on either side to act with reasonable care to ensure the proper working of the account.” But the duty of the customer that was affirmed by both the Court of Appeal and the House of Lords in *Greenwood* was a duty that arose upon learning of a forgery. Scrutton L.J. said at p. 381: “This, I think, would involve a corresponding duty on the customer, if he became aware that forged cheques were being presented to his banker, to inform his banker in order that the banker might avoid loss in the future.” Lord Tomlin said at pp. 57-58: “The existence of a duty on the part of the customer of a bank to disclose to the bank his knowledge of such a forgery as the one in question in this case was rightly admitted.” The case does not afford support for the view that an estoppel should arise where the customer has the means, by the exercise of reasonable care, to acquire knowledge of the forgery but fails to do so. It should perhaps also be noted that both the Court of Appeal and the House of Lords rejected the contention, based on a passage in Paget, *The Law of Banking* (4th ed. 1930), citing American authority, that a banker cannot rely on estoppel “when the loss is attributable, even in part, to his own negligence; as where he has failed to detect an obvious forgery or alteration.” A distinction was drawn between the cause of the loss resulting from

[TRADUCTION] Les facteurs essentiels pour fonder une fin de non-recevoir sont, je pense, les suivants:—

(1.) Une affirmation, ou une conduite y équivalant, qui a pour but d'inciter la personne à qui elle est faite à adopter une certaine ligne de conduite.

(2.) Une action ou une omission résultant de l'affirmation, en paroles ou en actes, de la part de la personne à qui l'affirmation est faite.

(3.) Un préjudice causé à cette personne en conséquence de cette action ou omission.

Le simple silence ne peut équivaloir à une affirmation, mais lorsqu'il existe une obligation de divulguer, le silence volontaire peut prendre de l'importance et constituer une affirmation.

En Cour d'appel, [1932] 1 K.B. 371, le lord juge Scrutton, en parlant des obligations [TRADUCTION] «réciproques» du client et du banquier dans la constitution et l'exécution du mandat, énoncées dans l'arrêt *Macmillan*, a dit, à la p. 381: [TRADUCTION] «Cela implique, selon moi, une obligation permanente de part et d'autre d'agir avec une diligence raisonnable afin d'assurer le bon fonctionnement du compte.» Toutefois, l'obligation du client énoncée par la Cour d'appel et la Chambre des lords dans l'affaire *Greenwood* prenait naissance dès qu'on apprenait la perpétration du faux. Le lord juge Scrutton a affirmé, à la p. 381: [TRADUCTION] «À mon avis, cela entraînerait une obligation corrélative chez le client, s'il se rendait compte qu'on présentait des chèques contrefaits à son banquier, d'en informer celui-ci pour qu'il puisse éviter des pertes futures.» Lord Tomlin a dit, aux pp. 57 et 58: [TRADUCTION] «C'est à bon droit qu'on a reconnu l'existence d'une obligation qui incombe au client d'une banque de communiquer à cette dernière la connaissance qu'il a de la perpétration d'un faux comme celui dont il s'agit en l'espèce.» Cet arrêt n'appuie pas le point de vue selon lequel on devrait pouvoir invoquer une fin de non-recevoir lorsque le client dispose des moyens, en faisant preuve d'une diligence raisonnable, de se mettre au courant du faux, mais ne le fait pas. Il convient peut-être de faire remarquer en outre qu'au aussi bien la Cour d'appel que la Chambre des lords ont rejeté l'argument, fondé sur un passage figurant dans Paget, *The Law of Banking* (4th ed. 1930), qui cite de la jurisprudence américaine,

the payment of forged cheques and the cause of the loss of the bank's recourse against the forger, and Scrutton L.J. observed at p. 384: "The American authority is explained by the fact that the United States law has gone much further than the English as to the mutual duties of banker and customer."

In *Fung Kai Sun v. Chan Fui Hing*, [1951] A.C. 489, which involved forged mortgages, the Privy Council held, on the authority of *M'Kenzie* and *Ewing*, that the principle of estoppel by silence, where there is a duty to speak, applied to a case in which there was no contractual relationship between the parties, but that in the particular circumstances the respondents were not estopped because the appellant had not established detriment. Referring to the nature of the duty that arises in such a case, even in the absence of a contractual relationship, Lord Reid said at p. 501: "It is quite true that there was no duty in the sense that failure to perform it would be a tort or a ground for an action of damages. But it is well established that silence can in some cases give rise to an estoppel without there having been a duty in that sense" That he understood the duty, however, to be one that arises upon knowledge of a forgery is indicated by the following statement on the same page: "It is unnecessary to enter on any general consideration of the basis of this kind of duty because there is cogent authority in favour of there being a duty of this kind on a person who becomes aware that another person holds a forged deed which purports to be signed by him, and there does not appear to be any direct authority to the contrary effect." Lord Reid then referred to *M'Kenzie* and *Ewing*, among other cases.

selon lequel un banquier ne saurait soulever une fin de non-recevoir [TRADUCTION] «lorsque la perte est imputable, même en partie, à sa propre négligence: par exemple, quand il n'a pas décelé un faux ou une falsification manifestes». Une distinction a été faite entre la cause d'une perte résultant du paiement de chèques contrefaits et la cause de la perte du recours de la banque contre le faussaire, et le lord juge Scrutton a fait remarquer, à la p. 384: [TRADUCTION] «La jurisprudence américaine s'explique par le fait que, en ce qui concerne les obligations réciproques du banquier et du client, le droit des États-Unis va beaucoup plus loin que celui d'Angleterre.»

Dans l'affaire *Fung Kai Sun v. Chan Fui Hing*, [1951] A.C. 489, où il était question d'actes d'hypothèque contrefaits, le Conseil privé, s'appuyant sur les arrêts *M'Kenzie* et *Ewing*, a conclu que le principe de l'irrecevabilité fondée sur le silence, là où il y a obligation de parler, s'appliquait dans un cas où il n'y avait pas de relations contractuelles entre les parties, mais que dans les circonstances particulières on ne pouvait opposer aux intimés une fin de non-recevoir parce que l'appelant n'avait prouvé qu'un préjudice. Sur la nature de l'obligation qui existe dans un cas semblable, même en l'absence de relations contractuelles, lord Reid a dit, à la p. 501: [TRADUCTION] «Certes, il n'y avait pas d'obligation en ce sens que l'omission de s'en acquitter aurait constitué un délit civil ou le fondement d'une action en dommages-intérêts. Cependant, il est bien établi que le silence peut dans certaines situations donner lieu à une fin de non-recevoir sans qu'il n'y ait eu d'obligation au sens déjà mentionné ...» Que lord Reid considérait toutefois l'obligation comme prenant naissance dès qu'on apprenait la perpétration d'un faux ressort de la déclaration suivante à la même page: [TRADUCTION] «Point n'est besoin d'entreprendre une étude générale du fondement de ce genre d'obligation, car une jurisprudence convaincante établit l'existence d'une obligation de ce genre incombant à quiconque se rend compte qu'une autre personne détient un titre contrefait censément revêtu de sa signature et il paraît n'y avoir aucun précédent qui dit expressément le contraire.» Lord Reid s'est référé ensuite aux arrêts *M'Kenzie* et *Ewing*, entre autres.

The Canadian position with respect to the verification of bank statements, prior to *Arrow Transfer*, was established by the judgment of Middleton J. in *Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada*, *supra*. It recognized the binding effect of a verification agreement, but held, referring with approval to *Kepitigalla*, that in the absence of knowledge of forgeries a customer was not estopped from setting up forgeries against his bank by his failure to notify the bank of discrepancies following receipt of his bank statement and vouchers. The case involved a series of forgeries and the skilful concealment of them by a confidential clerk over a period of several months. The clerk had been left in control of the bank statements and vouchers. Because of the importance of verification agreements in Canadian banking practice I quote, as an illustration, the form of agreement which was held to be binding on the customer in *Columbia Graphophone*:

The undersigned customer of the Union Bank of Canada hereby acknowledges receipt of his pass-book or statement of current account, shewing a balance to the end of the month, May 30, 1914, of \$1,598.50 at credit, together with vouchers for all debit items against the undersigned appearing therein since the date of the last statement of account; and, for valuable consideration, the undersigned agrees with the said bank that he will, within ten days from the date hereof, examine the said vouchers and check the debit and credit entries in the said pass-book or statement of account (and especially all debit entries purporting to be represented by such vouchers), and will in writing point out to the said bank any errors therein, and from and after the expiration of the said period of ten days, except as to improper charges or errors previously pointed out, it shall be conclusively settled as between the bank and the undersigned that the vouchers in respect of all such debit items are genuine and properly chargeable to and charged against the undersigned, and that the undersigned was not entitled to be credited with any sum not credited in the said pass-book or statement of account.

With respect to the binding effect of such an acknowledgment or agreement, which has the effect of creating a stated or settled account, Middleton J. said at p. 332:

La situation au Canada relativement à la vérification de relevés bancaires avant l'arrêt *Arrow Transfer* avait été établie par le juge Middleton dans la décision *Columbia Graphophone Co. v. Union Bank of Canada*, précitée. On y a reconnu qu'un accord de vérification liait les parties mais on a conclu, en approuvant la décision *Kepitigalla*, que, si un client n'était pas au courant des faux, son omission de signaler toute irrégularité constatée à la réception de son relevé bancaire et des pièces justificatives ne venait pas l'empêcher d'opposer les faux à sa banque. Dans cette affaire, il s'agissait d'une série de faux perpétrés par un commis de confiance au cours d'une période de plusieurs mois et habilement dissimulés par lui. On avait donné au commis la charge de s'occuper des relevés bancaires et des pièces justificatives. En raison de l'importance que revêtent les accords de vérification dans la pratique bancaire canadienne, je cite, à titre d'illustration, la forme de l'accord par lequel, a-t-on jugé, le client était lié dans l'affaire *Columbia Graphophone*:

[TRADUCTION] Le client soussigné de l'Union Bank of Canada accuse par les présentes réception de son carnet de banque ou de son relevé de compte courant, indiquant à la fin du mois, le 30 mai 1914, un solde créditeur de 1 598,50 \$, et de pièces justificatives pour toutes les sommes y figurant portées au débit de son compte depuis la date du dernier relevé de compte; et, à titre onéreux, le soussigné s'engage envers ladite banque, dans les dix jours de la date des présentes, à examiner lesdites pièces justificatives et à vérifier les sommes inscrites au débit et au crédit sur ledit carnet de banque ou relevé de compte (et, en particulier, toutes les inscriptions débitrices censément représentées par lesdites pièces justificatives); le soussigné s'engage en outre à signaler par écrit à ladite banque toute erreur relevée et, à partir de l'expiration dudit délai de dix jours, sauf en ce qui concerne les frais indus ou les erreurs déjà signalées, il sera définitivement établi en ce qui concerne la banque et le soussigné que les pièces justificatives afférentes aux débits susmentionnés sont authentiques et que les sommes y figurant peuvent être et ont été à juste titre portées au débit du soussigné et que le soussigné n'avait le droit d'être crédité d'aucune somme qui n'a pas été portée à son crédit sur ledit carnet de banque ou sur ledit relevé de compte.

Au sujet de l'effet obligatoire d'une telle reconnaissance ou d'un tel accord créant un compte apuré ou soldé, le juge Middleton a dit, à la p. 332:

I can see no reason why these acknowledgments and agreements should not bind the customer. They were intended to be real agreements and to define the relation between the parties, and, I think, relieve the bank from all liability down to the 30th May, 1914.

With respect to the forgeries not covered by the verification agreement, Middleton J. rejected the contention "that the rendering of the accounts, and the handing over of the vouchers, with the request for an immediate examination, and the request for the signature of such an acknowledgment each month, and the failure of the customer to make any complaints, preclude it from now objecting to the items charged." He said that "it is a matter of no importance that the customer has so conducted his business as to render forgery by a clerk easy", and emphasized that the duty, the breach of which may result in an estoppel by representation, will only arise upon acquiring knowledge of a forgery or alteration. On this point he said at pp. 333-34:

Any conduct on the part of the customer after he has knowledge that a forged cheque has been issued or that a genuine cheque has been altered, which is calculated to mislead or deceive the banker, or which will facilitate the commission of a fraud upon the banker, will preclude the customer from asserting that his signature is not genuine; but all these cases rest upon the existence of a duty or obligation which it is assumed arises from the knowledge of the existence of the forged document. This duty or obligation arises generally from the contractual relationship of the parties, but the Supreme Court of Canada found that it may also arise, when there is no contractual relation, from moral and commercial obligation: *Ewing v. Dominion Bank* (1904), 35 S.C.R. 133, [1904] A.C. 806.

With respect to the issue of policy, Middleton J. said at p. 334:

Here the case is in one aspect a hard one on the bank, but the bank could have protected itself in any one of three ways. It might have, in the first place, insisted upon a contract with the customer imposing upon him the duty to state accounts monthly and to accept as genuine all items not objected to in a reasonable time—

[TRADUCTION] Je ne vois pas pourquoi ces reconnaissances et ces ententes ne devraient pas lier le client. Elles constituaient de véritables accords et étaient destinées à définir les relations entre les parties et, à mon avis, à dégager la banque de toute responsabilité jusqu'au 30 mai 1914.

Pour ce qui est des faux non visés par l'accord de vérification, le juge Middleton a écarté l'argument selon lequel [TRADUCTION] «la reddition des comptes et la remise des pièces justificatives avec la demande de procéder immédiatement à leur examen et de signer chaque mois une telle reconnaissance, et le fait que le client n'a pas formulé de plainte, viennent l'empêcher de contester maintenant les sommes portées à son débit». Il a dit [TRADUCTION] «[qu'] il n'importe pas que le client ait mené ses affaires de manière à faciliter les faux d'un commis», et il a souligné que l'obligation qui peut en cas de manquement donner lieu à une fin de non-recevoir fondée sur une déclaration, ne prendra naissance que lorsqu'on apprend qu'il y a eu faux ou falsification. Sur ce point il a affirmé, aux pp. 333 et 334:

[TRADUCTION] Toute conduite d'un client, à partir du moment où il sait qu'un chèque contrefait a été émis ou qu'un chèque authentique a été falsifié, qui est destinée à induire le banquier en erreur ou à le tromper, ou qui facilitera la perpétration d'une fraude contre le banquier, viendra empêcher le client d'alléguer que sa signature n'est pas authentique; mais toute cette jurisprudence repose sur l'existence d'un devoir ou d'une obligation qui, on le suppose, découle de la connaissance de l'existence du document contrefait. Ce devoir ou cette obligation résulte d'une manière générale des relations contractuelles entre les parties, mais la Cour suprême du Canada a conclu que, même en l'absence de relations contractuelles, ceux-ci peuvent naître d'une obligation morale et commerciale: *Ewing v. Dominion Bank* (1904), 35 R.C.S. 133, [1904] A.C. 806.

Le juge Middleton a dit relativement à la question de la politique générale, à la p. 334:

[TRADUCTION] En l'espèce, il y a d'une certaine façon une injustice envers la banque, mais elle disposait de trois moyens de se protéger. En premier lieu, elle aurait pu tenir à ce que le client signe un contrat lui imposant l'obligation de vérifier ses comptes mensuellement et d'accepter comme authentique toute inscription qu'il ne

or it might have insisted upon the regular signature of the monthly acknowledgments—or it might have delivered the statements and vouchers into the hands of the manager, instead of to the fraudulent clerk.

The binding effect of verification agreements was recognized in several cases after *Columbia Graphophone*, indicating that they had become a well established part of Canadian banking practice. See *Rutherford v. Royal Bank of Canada*, [1932] S.C.R. 131; *Mackenzie v. Imperial Bank of Canada*, [1938] O.W.N. 166; *B. and G. Construction Co. v. Bank of Montreal*, [1954] 2 D.L.R. 753; *Banque Provinciale du Canada v. Syndicat des Camionneurs Artisans du Québec Métropolitain*, [1970] C.A. 425 (1969), 11 D.L.R. (3d) 610; and *Bad Boy Appliances and Furniture Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (1972), 25 D.L.R. (3d) 257. These cases were cited in the judgment of this Court in *Arrow Transfer Co. v. Royal Bank of Canada*, *supra*, to which I referred earlier in these reasons and to which I now turn for a more detailed consideration.

V

In *Arrow Transfer*, the chief accountant of the customer forged the signature of signing officers on seventy-three cheques of the company over a period of five years and managed to conceal the forgeries for that length of time. The customer had signed a verification agreement undertaking to verify the correctness of each bank statement and to notify the bank within a specified period of "any alleged omissions from or debits wrongly made to or inaccurate entries in the account as so stated" and agreeing that at the end of the specified period "the account as kept by the Bank shall be conclusive evidence without any further proof that except as to any alleged errors so notified and any payments made or forged or unauthorized endorsements the account contains all credits that should be contained therein and no debits that should not be contained there and all the entries therein are correct and subject to the above exception the Bank shall be free from all claims in respect of the account." The customer failed to give the bank notice of all but the last of the forgeries within the

contestait pas dans un délai raisonnable; elle aurait pu exiger en outre que les reconnaissances mensuelles soient systématiquement signées; ou encore, elle aurait pu remettre les relevés et les pièces justificatives au directeur au lieu de les donner au commis malhonnête.

L'effet obligatoire des accords de vérification a été reconnu dans plusieurs décisions postérieures à l'affaire *Columbia Graphophone*, ce qui révèle qu'ils étaient devenus fermement enracinés dans la pratique bancaire canadienne. Voir *Rutherford v. Royal Bank of Canada*, [1932] R.C.S. 131; *Mackenzie v. Imperial Bank of Canada*, [1938] O.W.N. 166; *B. and G. Construction Co. v. Bank of Montreal*, [1954] 2 D.L.R. 753; *Banque Provinciale du Canada c. Syndicat des Camionneurs Artisans du Québec Métropolitain*, [1970] C.A. 425 (1969), 11 D.L.R. (3d) 610; et *Bad Boy Appliances and Furniture Ltd. v. Toronto-Dominion Bank* (1972), 25 D.L.R. (3d) 257. Ces précédents ont été cités dans les motifs de la majorité en cette Cour dans l'affaire *Arrow Transfer Co. c. Banque Royale du Canada*, précitée, dont j'ai déjà parlé et que je vais examiner plus en détails.

V

Dans l'affaire *Arrow Transfer*, le comptable en chef du client avait, sur une période de cinq ans, contrefait la signature de signataires autorisés sur soixante-treize chèques de la société et il a pu dissimuler les faux pendant tout ce temps. Le client avait signé un accord de vérification dans lequel il s'engageait à vérifier l'exactitude de chaque relevé bancaire et à signaler à la banque dans un délai déterminé «toute omission, tout débit erroné ou toute écriture inexacte qui, selon lui, figure dans l'état de compte». Le client convenait en outre qu'à l'expiration de ce délai, [TRADUCTION] «le compte, tel qu'arrêté par la Banque, établira d'une façon concluante, sans qu'une autre preuve soit requise, qu'à l'exception des erreurs alléguées ainsi notifiées et de paiements faits sur endossements faux ou non autorisés, le compte renferme tous les crédits qui devraient y figurer et ne renferme aucun débit qui ne devrait pas y figurer et que toutes les écritures y figurant sont exactes; sous réserve de l'exception susdite, la Banque sera exonérée de toute responsabilité à

specified period. The issue on which there was a difference of opinion in the Court between the majority (Abbott, Martland, Ritchie and Spence JJ.) and Laskin J. (as he then was), who concurred in the result but for different reasons, was whether the words "debits wrongly made" in the verification agreement contemplated entries for the payment of cheques on which the drawer's signature had been forged. The majority held that they did. They drew support for this conclusion from the express exception for forged endorsements. Laskin J. was of the view that the verification agreement was not sufficiently clear or explicit to cover cheques on which the signature of the customer had been forged. Since the majority were of the view that the verification agreement was a complete answer to the customer's claim against the drawee bank for the amount of the seventy-two forged cheques of which it had failed to give the bank the required notice, they did not have to deal with the question addressed by Laskin J.—whether the customer was also precluded by negligence from setting up the forgeries against the bank. In the course, however, of the judgment which he delivered for the majority, Martland J. said at p. 851: "In the absence of the verification agreement, a bank which debited a customer's account in respect of a forged cheque would be liable to him." It was argued in this Court whether this statement necessarily implied a rejection of the view adopted by Laskin J., that even in the absence of an applicable verification agreement the customer owes a duty to his bank to examine his bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time. As I indicated earlier in these reasons, I do not think that this brief statement by Martland J., which was not necessary to the disposition of the appeal and makes no allusion to other possible bases for preclusion, such as estoppel, can have been intended to be the expression of a considered opinion on the issue raised by Laskin J. We are not, therefore, as I said earlier, prevented by the judgment of the majority in *Arrow Transfer* from considering whether, as suggested by Laskin J., a customer owes a duty to his bank, in the absence of a verification agreement, to examine bank state-

l'égard du compte.» Le client n'a signalé à la banque dans le délai prévu aucun des faux, si ce n'est le dernier. La question sur laquelle il y a eu désaccord en cette Cour entre la majorité, composée des juges Abbott, Martland, Ritchie et Spence, et le juge Laskin (alors juge puiné), qui est arrivé au même résultat mais pour des motifs différents, était de savoir si l'expression «tout débit erroné» figurant dans l'accord de vérification visait les inscriptions afférentes au paiement de chèques sur lesquels on avait contrefait la signature du tireur. La majorité a répondu par l'affirmative. Elle fondait cette conclusion sur l'exception expresse à l'égard des endossements contrefaits. Le juge Laskin pour sa part a estimé que l'accord de vérification n'était ni assez clair ni assez explicite pour s'appliquer à des chèques sur lesquels la signature du client avait été contrefaite. Puisque les juges composant la majorité ont été d'avis que l'accord de vérification constituait un moyen de défense absolu contre l'action intentée par le client contre la banque (la tirée) visant à recouvrer du montant des soixante-douze chèques contrefaits à l'égard desquels ce client avait omis de donner à la banque l'avis requis, ils n'avaient pas à se pencher sur la question étudiée par le juge Laskin de savoir si la négligence du client venait également l'empêcher d'opposer les faux à la banque. Toutefois, dans les motifs qu'il a prononcés pour la majorité, le juge Martland a dit, à la p. 851: «En l'absence d'un accord de vérification, la banque qui porterait le montant d'un faux chèque au débit du compte d'un client serait responsable envers ce dernier.» On a débattu en cette Cour la question de savoir si cette déclaration emportait nécessairement le rejet du point de vue du juge Laskin selon lequel, même en l'absence d'un accord de vérification applicable, le client est tenu envers sa banque d'examiner ses relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute anomalie dans un délai raisonnable. Comme je l'ai indiqué précédemment, je ne crois pas que cette brève déclaration du juge Martland, qui n'était pas nécessaire au règlement du pourvoi et qui n'évoque pas d'autres fondements possibles d'irrecevabilité, telle la fin de non-recevoir, ait voulu être l'expression d'une opinion motivée sur la question soulevée par le juge Laskin. Par consé-

ments with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time.

After his reference to the American law on this question, and his statement, "I do not think it is too late to fasten upon bank customers in this country a duty to examine bank statements with reasonable care and to report account discrepancies within a reasonable time", Laskin J. disposed of the issue of negligence on what appears to have been the basis of a broader duty of care, comparable to that affirmed by Montgomery J. in the present case. He said at pp. 874-75:

The facts found in the present case go, however, beyond any failure to meet the duty that I have suggested, and hence make it unnecessary for me to determine how many of the forgeries would have to be borne by the bank by reason of a breach of duty which arose only in relation to the submission of statements of accounts to the appellant. The trial judge absolved the bank of any negligence in relation to the forgeries, which were skillfully executed, and dealing with the appellant's conduct of its business, he made the following findings:

The plaintiff employed a person they knew had been found to be untrustworthy in the past and placed him in a position of complete trust where no one checked upon his work adequately. The procedures followed by the plaintiff and its auditors were inadequate to discover the fraud and to discover that its books had not balanced for a number of years. Cheques remain today in which the duplicate shows one payee and the original another. The accounts payable had not balanced for years. In each of the months in which there was a forged cheque Mr. Seear was permitted to extract the cheque and complete the balancing. He was a very personable fellow, well trained in accounting. If the plaintiff had employed proper procedures it seems reasonable to expect that it would have discovered some of the forgeries, that its bank's returns did not balance in many months, that its accounts payable did not balance, or that its cheques were not in accordance with the duplicate register. One would

quent, comme je l'ai déjà dit, le jugement de la majorité dans l'affaire *Arrow Transfer* ne nous empêche pas d'examiner si, comme l'a dit le juge Laskin, un client à l'obligation envers sa banque, en l'absence d'un accord de vérification, d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable.

Après avoir traité du droit américain dans ce domaine et après avoir dit: «Je ne crois pas qu'il soit trop tard pour imposer aux clients des banques, dans notre pays, l'obligation d'examiner avec une diligence raisonnable les états bancaires et de signaler dans un délai raisonnable les irrégularités qui y figurent», le juge Laskin a tranché la question de la négligence en fonction de ce qui paraît avoir été une obligation de diligence de portée plus large comparable à celle énoncée par le juge Montgomery en l'espèce. Le juge Laskin a affirmé, aux pp. 874 et 875:

Toutefois, en l'espèce, les faits constatés montrent plus qu'un défaut de remplir l'obligation que j'ai proposée, et il est donc inutile que je détermine le nombre de faux à l'égard desquels la responsabilité de la banque serait retenue à la suite d'un manquement à une obligation se rapportant uniquement à l'envoi d'états de compte à l'appelante. Le juge de première instance a considéré que la banque n'avait commis aucune négligence en ce qui concerne les faux, habilement exécutés; au sujet de la façon dont l'appelante gérait ses affaires, il a tiré les conclusions suivantes:

(TRADUCTION) La demanderesse a engagé une personne qui, à sa connaissance, avait déjà été trouvée déloyale et l'a affectée à un poste de confiance absolue où personne n'a vérifié d'une façon suffisante son travail. Les procédures suivies par la demanderesse et par ses vérificateurs n'ont pas permis de découvrir la fraude et de découvrir que ses livres ne balançaient pas depuis un certain nombre d'années. Il y a encore des chèques à l'égard desquels le double indique un bénéficiaire et l'original un autre. Les dettes passives ne balançaient pas depuis des années. Pour chaque mois au cours duquel il a eu un faux chèque, M. Seear a pu retirer le chèque et faire balancer les livres. C'était un homme qui se présentait bien, qui avait beaucoup d'expérience en comptabilité. Si la demanderesse avait utilisé de bonnes procédures, on peut raisonnablement présumer qu'elle aurait découvert qu'il y avait eu des faux, que les relevés de la banque ne balançaient pas depuis plusieurs mois, que ses

have expected that in an organization handling money in the amounts that this plaintiff handled, no person would be so wholly entrusted with responsibility that no other person's duties would involve a check upon him. In this case the plaintiff knew that the person in that position had been discharged from his former employment because it was found that he could not be trusted.

On these findings, relating as they do to the particular facts of this case, I am of the opinion that the appellant is precluded from claiming against the Royal Bank on any of the seventy-two cheques which are the subject of its action.

The implication of this passage, as I read it, is that Laskin J. was of the view that not only did the customer have a duty to examine its bank statements and vouchers with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, but that it also had a wider duty to carry on its business in such a way as to maintain proper supervision, verification and other internal controls for the prevention and detection of forgery in the drawing of its cheques. The opinion did not, however, explore the issues concerning the legal basis for either duty. The basis for a wider duty of care in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of a customer's cheques was very fully canvassed in the judgments of the Hong Kong Court of Appeal and the Privy Council in *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 555 (C.A.), [1986] 1 A.C. 80 (P.C.), to which I now turn.

VI

Tai Hing involved a pattern of forgery and concealment of it by an employee of a corporate customer comparable to that in *Arrow Transfer* and in the present case, although it extended over a longer period and resulted in greater loss. An accounts clerk of the textile company forged the signature of the managing director of the company on some three hundred cheques totalling approximately HK\$5.5 million. The forgeries extended over the period November 1974 to May 1978 and were not discovered until the end of that period

dettes passives ne balançaient pas ou que ses chèques ne correspondaient pas à la copie du registre. On pourrait s'attendre que dans un organisme appelé à manier autant d'argent que la demanderesse, aucun employé ne jouisse d'une si grande confiance que personne d'autre ne soit chargé de vérifier son travail. En l'espèce, la demanderesse savait que le titulaire de ce poste avait déjà été congédié parce qu'on s'était aperçu qu'on ne pouvait lui faire confiance.

b Eu égard à ces conclusions, qui portent sur les circonstances particulières de l'espèce, je suis d'avis que l'appelante n'est pas admise à faire une réclamation contre la Banque Royale à l'égard de l'un ou l'autre des soixante-douze chèques qui font l'objet de son action.

c Selon mon interprétation de ce passage, le juge Laskin a été d'avis que non seulement le client avait une obligation d'examiner ses relevés bancaires et les pièces justificatives avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable, mais il avait aussi une obligation plus large de gérer ses affaires de manière à assurer l'existence d'une surveillance et d'une vérification adéquates ainsi que d'autres contrôles internes pour prévenir et détecter les faux dans le tirage de ses chèques. L'opinion du juge Laskin n'approfondit toutefois pas les questions concernant le fondement juridique de ces obligations. Le fondement d'une obligation de diligence de portée plus large en matière de prévention et de détection des faux dans le tirage des chèques d'un client a fait l'objet d'une analyse très fouillée dans les arrêts de la Cour d'appel de Hong Kong et du Conseil privé dans l'affaire *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 555 (C.A.), [1986] 1 A.C. 80 (P.C.), à laquelle je viens maintenant.

VI

Dans l'affaire *Tai Hing*, il s'agissait d'une série de faux et de dissimulations de ces faux par un employé d'une société. La situation était semblable à celle dans l'affaire *Arrow Transfer* et à celle en l'espèce, quoiqu'elle se soit prolongée sur une période plus longue et ait entraîné des pertes plus lourdes. Un commis à la comptabilité de la société textile en question a contrefait la signature du directeur général de cette société sur environ trois cents chèques dont les montants s'élevaient à quelque 5,5 millions de dollars (HK). Les faux ont été

because of inadequate internal controls. The company instituted an action for a declaration that the three banks involved were not entitled to debit its accounts for the payment of the forged cheques. The banks contended that the company was precluded from setting up the forgeries by the breach of a duty of care owing to the banks. The banks relied on what was referred to as the "wider duty"—"to take such precautions as a reasonable customer in his position would take to prevent forged cheques being presented to his bank for payment"—and also on what was referred to as the "narrower duty"—"to take such steps to check his monthly bank statements as a reasonable customer in his position would take to enable him to notify the bank of any items debited therefrom which were not or may not have been authorized by him": [1984] 1 Lloyd's Rep. 555 at p. 556. Reliance was also placed on the customer's agreement at the time of opening the accounts to comply with the banks' rules and procedures governing the conduct of the accounts. In each case there was a rule to the general effect that upon failure to notify the bank within a specified period of any error in the bank statement, which was sent to the customer without return of the cancelled cheques, the statement would be deemed to be approved or confirmed. These provisions were referred to by the Court of Appeal as the "express terms of business" and by the Privy Council as the "express conditions". I shall refer to them as the "express agreements".

Both duties were rejected by the trial judge as unsupported by the authority that was binding on him, but he found as a fact that, if such duties existed, the customer was in breach of them, and that finding of fact was not challenged. The trial judge also held that the express agreements did not have the effect by themselves of precluding the customer from setting up the forgeries. Despite, however, the absence of either of the duties con-

commis au cours de la période de novembre 1974 à mai 1978 mais, en raison du caractère inadéquat des contrôles internes, n'ont été découverts qu'à la fin de cette période. La société a intenté une action ^a pour faire déclarer que les trois banques en cause n'avaient pas le droit de débiter ses comptes pour effectuer le paiement des chèques contrefaits. Les banques ont fait valoir que la société avait manqué à son obligation de diligence envers elles et ne ^b pouvait en conséquence invoquer les faux. Elles se sont appuyées sur ce qui a été appelée une [TRA-DUCTION] «obligation de portée plus large», savoir celle [TRADUCTION] «de prendre les précautions que prendraient un client raisonnable à sa place pour empêcher que des chèques contrefaits ne soient présentés à sa banque pour paiement», et aussi sur ce qu'on a appelé une [TRADUCTION] «obligation de portée plus restreinte», qui consiste à ^c [TRADUCTION] «prendre les mesures qu'un client raisonnable à sa place prendrait pour vérifier ses relevés bancaires mensuels afin qu'il puisse signaler à la banque toute somme portée à son débit qu'il n'a pas autorisé ou a pu ne pas avoir autorisé le débit»: [1984] 1 Lloyd's Rep. 555, à la p. 556. ^e On s'est appuyé en outre sur le fait que le client s'était engagé lors de l'ouverture des comptes à se conformer aux règles et aux procédures établies par les banques relativement à l'administration des ^f comptes. Il existait dans chaque cas une règle portant en substance que l'omission de signaler à la banque dans un délai déterminé toute erreur figurant sur le relevé bancaire, qui était envoyé ^g aux clients sans les chèques payés, aurait pour effet que le relevé serait réputé approuvé ou confirmé. Ces stipulations ont été qualifiées par la Cour d'appel de [TRADUCTION] «termes exprès des affaires» et par le Conseil privé de [TRADUC-TION] «conditions expresses». ^h Pour ma part, je les appelle les «accords exprès».

Le juge de première instance a écarté l'une et l'autre obligations parce que la jurisprudence par ⁱ laquelle il était liée ne les appuyait pas, mais il a conclu que, s'il existait de telles obligations, le client y avait manqué, conclusion qui est restée incontestée. Le juge a conclu en outre que les ^j accords exprès par eux-mêmes ne venaient pas empêcher le client d'invoquer les faux. Toutefois, malgré l'absence des deux obligations alléguées

tended for by the banks, and the lack of conclusive effect in the express agreements, the trial judge held that the customer was estopped by its conduct, following receipt of its bank statements, from setting up the forgeries against two of the banks. He held that the failure of the customer to object to debits following receipt of its bank statements amounted to a representation that the debits were correct on which two of the banks relied to their detriment. The judgment of the trial judge, which is apparently not reported, is more fully referred to on this point by the Privy Council than by the Court of Appeal: [1986] 1 A.C. 80 at p. 100.

On the appeal from this judgment, the Hong Kong Court of Appeal (Cons and Fuad J.J.A. and Hunter J.), [1984] 1 Lloyd's Rep. 555, held that apart from any express agreement a customer owed a duty to his bank to take reasonable care to see that in the operation of his account the bank was not injured. The Court held that the duty arose both as an implied term of the contract between the banker and customer and as a duty of care in tort because of the relationship of proximity between them. It further held that the duty was a general one, applicable to all customers regardless of their nature or size. Referring to the judgment of Montgomery J. in the present case, which he quoted in support of his general conclusion, Cons J.A. said at p. 564: "A factor that seems to have carried great weight with the learned Judge is that the customer was a large and 'sophisticated commercial customer'. With every respect, it seems to me that the existence or otherwise of a general duty of this kind ought not to depend upon the nature of the customer's business." The Court held that, whether on the basis of breach of duty or on the basis of estoppel, the customer was precluded from setting up the forgeries against the banks. Cons J.A. was of the view that the customer was also precluded from setting up the forgeries by the express agreements. Hunter J., with whom Fuad J.A. concurred on this point, took a different view of the effect of these agreements.

par les banques et le caractère non concluant des accords exprès, le juge de première instance a estimé que la conduite du client après réception de ses relevés bancaires l'empêchait d'opposer les faux à deux des banques en cause. Selon lui, l'omission du client de contester des débits après avoir reçu ses relevés bancaires équivalait à une reconnaissance de l'exactitude des débits sur lesquels deux des banques s'étaient fondées à leur détriment. Sur ce point, le Conseil privé puise plus abondamment que la Cour d'appel dans la décision de première instance, apparemment inédite: [1986] 1 A.C. 80, à la p. 100.

La décision de première instance a été portée en appel et la Cour d'appel de Hong Kong composée des juges d'appel Cons, Fuad et du juge Hunter, [1984] 1 Lloyd's Rep. 555, a conclu que, indépendamment de tout accord exprès, un client a une obligation envers sa banque de faire preuve d'une diligence raisonnable afin de s'assurer que son compte ne soit pas utilisé de manière à léser la banque. La cour a conclu que cette obligation existait à la fois en tant que condition implicite du contrat intervenu entre le banquier et son client et en tant qu'obligation de diligence en matière délictuelle découlant du caractère étroit des rapports entre eux. Elle a conclu en outre qu'il s'agissait d'une obligation générale applicable à tous les clients peu importe leur nature ou leur importance. Se référant à la décision du juge Montgomery en l'espèce, qu'il a citée à l'appui de sa conclusion générale, le juge Cons de la Cour d'appel a dit, à la p. 564: [TRADUCTION] «Un élément qui semble avoir pesé lourd dans l'esprit du savant juge est qu'il s'agissait d'un grand «client commercial averti». Avec beaucoup d'égards, il me semble que l'existence ou l'inexistence d'une obligation générale de ce genre ne devrait pas tenir à la nature de l'entreprise du client.» La cour a conclu que, quelle qu'en fût la raison, le manquement à une obligation ou l'irrecevabilité, le client ne pouvait opposer les faux aux banques. De l'avis du juge Cons, les accords exprès venaient eux aussi empêcher le client d'invoquer les faux. Le juge Hunter, à l'opinion duquel le juge Fuad s'est rallié sur ce point, n'a pas été du même avis quant à l'effet de ces accords.

The Privy Council (Lord Scarman, Lord Roskill, Lord Brandon of Oakbrook, Lord Brightman and Lord Templeman), [1986] A.C. 80, allowed the appeal from the judgment of the Court of Appeal on the ground that there was no basis for the "wider duty" or the "narrower duty" as either an implied term of the contract between banker and customer or as a duty of care in tort, and that in the absence of any duty there could not be an estoppel. The Privy Council was also of the view that the customer was not precluded by the express agreements from setting up the forgeries against the banks. On this point it agreed with the view of the trial judge and Hunter J., whose approach to the interpretation of the express agreements had been similar to that of Laskin J. with respect to the verification agreement in *Arrow Transfer*. It is necessary to consider the reasoning of the Court of Appeal and the Privy Council concerning the possible basis for a duty of care extending beyond the duties recognized by the House of Lords in the *Macmillan* and *Greenwood* cases.

In the Court of Appeal, Cons J.A. approached the question whether the duty contended for should be recognized as an implied term of the contract between banker and customer on the basis of what was said in *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, and *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239, concerning the implication of a term as a legal incident of a particular class or kind of contract, without regard to the presumed intention of the parties, as distinguished from the implication of a term to fill a gap in a particular contract on the basis of presumed intention, in accordance with the business efficacy and "officious bystander" tests laid down in *The "Moorcock"* (1889), 14 P.D. 64; *Reigate v. Union Manufacturing Co. (Ramsbottom)*, [1918] 1 K.B. 592; and *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206.

Le Conseil privé composé des lords Scarman, Roskill, Brandon of Oakbrook, Brightman et Templeman, [1986] A.C. 80, a accueilli le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel, parce qu'il n'y avait de fondement ni pour celle de l'obligation de portée plus large ni pour l'existence de l'obligation de portée plus restreinte, soit à titre de terme implicite du contrat entre le banquier et le client, soit à titre d'obligation de diligence en matière délictuelle et que, en l'absence d'une obligation, on ne pouvait soulever de fin de non-recevoir. Le Conseil privé a estimé en outre que les accords exprès n'empêchaient pas le client d'opposer les faux aux banques. À ce propos, le Conseil privé a abondé dans le sens du juge de première instance et du juge Hunter, qui avaient adopté relativement à l'interprétation des accords exprès une attitude semblable à celle du juge Laskin à l'égard de l'accord de vérification en cause dans l'affaire *Arrow Transfer*. Il est nécessaire d'examiner le raisonnement de la Cour d'appel et du Conseil privé relativement au fondement possible d'une obligation de diligence d'une portée qui dépasse celle des obligations reconnues par la Chambre des lords dans les arrêts *Macmillan* et *Greenwood*.

En Cour d'appel, la question de savoir si l'obligation alléguée devait être reconnue comme un terme implicite du contrat intervenu entre le banquier et le client a été abordée par le juge Cons à la lumière de ce qu'on avait dit dans les arrêts *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, et *Liverpool City Council v. Irwin*, [1977] A.C. 239, concernant le terme implicite en tant qu'accessoire juridique d'une catégorie ou d'un type particuliers de contrats, sans égard à l'intention présumée des parties, par opposition au terme implicite, découlant d'une intention présumée, destiné à combler une lacune dans un contrat en conformité avec les critères de l'efficacité commerciale et de [TRADUCTION] «d'observateur objectif» posés dans *The "Moorcock"* (1889), 14 P.D. 64; *Reigate v. Union Manufacturing Co. (Ramsbottom)*, [1918] 1 K.B. 592; et *Shirlaw v. Southern Foundries (1926), Ltd.*, [1939] 2 K.B. 206.

In *Lister*, one of the issues was whether it should be an implied term of the contractual relationship between master and servant, where the servant had certain duties respecting the driving of a motor vehicle, that the master would indemnify the servant against liability arising out of the use of the vehicle in the course of his employment. In a passage which was quoted by Cons J.A. in *Tai Hing*, Viscount Simonds distinguished the implication of a term as a legal incident of a particular class or kind of contract from the implication of a term in a particular contract on the basis of presumed intention as follows at p. 576:

For the real question becomes, not what terms can be implied in a contract between two individuals who are assumed to be making a bargain in regard to a particular transaction or course of business; we have to take a wider view, for we are concerned with a general question, which, if not correctly described as a question of status, yet can only be answered by considering the relation in which the drivers of motor-vehicles and their employers generally stand to each other. Just as the duty of care, rightly regarded as a contractual obligation, is imposed on the servant, or the duty not to disclose confidential information (see *Robb v. Green* [[1895] 2 Q.B. 315; 11 T.L.R. 517]), or the duty not to betray secret processes (see *Amber Size and Chemical Co. Ltd. v. Menzel* [[1913] 2 Ch. 239; 29 T.L.R. 590]), just as the duty is imposed on the master not to require his servant to do any illegal act, just so the question must be asked and answered whether in the world in which we live today it is a necessary condition of the relation of master and man that the master should, to use a broad colloquialism, look after the whole matter of insurance. If I were to try to apply the familiar tests where the question is whether a term should be implied in a particular contract in order to give it what is called business efficacy, I should lose myself in the attempt to formulate it with the necessary precision. The necessarily vague evidence given by the parties and the fact that the action is brought without the assent of the employers shows at least *ex post facto* how they regarded the position. But this is not conclusive; for, as I have said, the solution of the problem does not rest on the implica-

Dans l'affaire *Lister*, l'une des questions en litige était de savoir si les relations contractuelles entre employeur et employé devaient comprendre comme terme implicite, dans un cas où l'employé avait notamment pour fonction de conduire un véhicule automobile, que l'employeur garantirait l'employé contre toute responsabilité découlant de l'utilisation du véhicule dans le cadre de son emploi. Dans un passage qui a été cité par le juge Cons dans l'affaire *Tai Hing*, le vicomte Simonds a fait une distinction entre le terme implicite inséré en tant qu'accessoire juridique d'une catégorie ou d'un type particuliers de contrats et le terme implicite introduit dans un contrat donné en raison d'une intention présumée. Voici le passage en question, qui se trouve à la p. 576:

[TRADUCTION] La question véritable à ce moment-là n'est pas de savoir quels termes implicites peuvent être insérés dans un contrat entre deux individus qui sont réputés avoir conclu un marché relativement à une opération ou à une affaire particulière; il faut plutôt adopter un point de vue plus large, car il s'agit d'une question générale qui, si elle n'est pas à proprement parler une question de statut, ne peut néanmoins recevoir une réponse qu'au moyen d'une étude des rapports qui existent généralement entre les chauffeurs de véhicules automobiles et leurs employeurs. De même qu'on impose à l'employé une obligation de diligence, considérée à juste titre comme découlant d'un contrat, ou l'obligation de ne pas divulguer des renseignements confidentiels (voir *Robb v. Green* [[1895] 2 Q.B. 315; 11 T.L.R. 517]), ou l'obligation de ne pas trahir des procédés secrets (voir *Amber Size and Chemical Co. Ltd. v. Menzel* [[1913] 2 Ch. 239; 29 T.L.R. 590]), et de même qu'on impose à l'employeur l'obligation de ne pas exiger de son employé qu'il commette un acte illégal, de même il faut répondre à la question de savoir si, dans le monde d'aujourd'hui, il est un élément nécessaire des relations entre employeur et employé que l'employeur doit, pour s'exprimer d'une manière très familière, s'occuper de toute la question de l'assurance. Si je devais essayer d'appliquer les critères habituels dans un cas où la question est de savoir si un terme implicite doit être introduit dans un contrat donné afin de lui conférer ce qu'il est convenu d'appeler de l'efficacité commerciale, je me perdrais dans la tentative de formuler ce terme avec la précision requise. La preuve nécessairement vague produite par les parties et le fait que l'action a été intentée sans le consentement des employeurs démontrent, du moins *ex post facto*, leur attitude face à la situation. Cela n'est toutefois pas concluant car, comme

tion of a term in a particular contract of service but upon more general considerations.

The same distinction was drawn by Lord Tucker as follows at p. 594:

Some contractual terms may be implied by general rules of law. These general rules, some of which are now statutory, for example, Sale of Goods Act, Bills of Exchange Act, etc., derive in the main from the common law by which they have become attached in the course of time to certain classes of contractual relationships, for example, landlord and tenant, innkeeper and guest, contracts of guarantee and contracts of personal service. Contrasted with such cases as these there are those in which from their particular circumstances it is necessary to imply a term to give efficacy to the contract and make it a workable agreement in such manner as the parties would clearly have done if they had applied their minds to the contingency which has arisen. These are the "officious bystander" type of case, to use Mackinnon L.J.'s well-known words. I do not think the present case really comes in that category, it seems to me to fall rather within the first class referred to above.

In *Liverpool City Council*, the relevant issue was whether there should be implied in the relationship between landlords and tenants in multi-storey dwellings an obligation on the part of the landlords to keep the common parts of the building over which they retained control in repair. In the Court of Appeal, [1976] 1 Q.B. 319, the question of implication was approached with reference to the business efficacy and "officious bystander" tests as one of implication of a term in a particular contractual relationship on the basis of presumed intention. Lord Denning M.R. expressed the view that despite these expressions of the test for implication the cases showed that the test was really what was reasonable. He had a few months earlier expressed the same opinion in *Greaves & Co. (Contractors) Ltd. v. Baynham Meikle and Partners*, [1975] 3 All E.R. 99 (C.A.), at p. 103. Roskill L.J. and Ormrod L.J. disagreed, saying that the courts should not imply a term unless it is both reasonable and necessary. The House of Lords, [1977] A.C. 239, agreed with the majority in the Court of Appeal on this point, and that the

je l'ai déjà dit, la solution du problème tient, non pas à l'introduction d'un terme implicite dans un contrat ou un service donné, mais à des facteurs plus généraux.

Lord Tucker a fait la même distinction, à la p. 594:

[TRADUCTION] Certains termes implicites peuvent en vertu des règles générales de droit être introduits dans un contrat. Ces règles générales, dont plusieurs sont maintenant consacrées dans des lois, par exemple, la Sale of Goods Act, la Bills of Exchange Act, etc., dérivent principalement de la *common law* par laquelle ils sont venus au fil des ans se rattacher à certaines catégories de relations contractuelles, par exemple: propriétaire et locataire, hôtelier et hôte, les contrats de garantie et les contrats de service personnel. Par contraste avec ces cas, il y a ceux où les circonstances particulières exigent l'introduction d'un terme implicite afin de rendre le contrat efficace et exécutable de la manière que les parties l'auraient évidemment fait si elles avaient envisagé l'éventualité qui a surgi. Ce sont là des affaires du type donnant lieu à l'application du critère de «l'observateur objectif» pour reprendre les termes bien connus du lord juge Mackinnon. Or, je ne crois pas que la présente espèce relève vraiment de cette catégorie; elle me semble plutôt tomber dans la première catégorie susmentionnée.

Dans l'affaire *Liverpool City Council*, la question en litige était de savoir s'il y avait lieu d'introduire dans les relations entre les propriétaires de grands immeubles d'habitation et leurs locataires une obligation implicite de la part des propriétaires de voir à l'entretien des parties communes de l'immeuble, dont ils continuaient d'être responsables. En Cour d'appel, [1976] 1 Q.B. 319, la question de l'introduction d'une obligation implicite a été abordée à la lumière des critères de l'efficacité commerciale et de «l'observateur objectif», comme s'il s'agissait d'insérer dans des relations contractuelles particulières un terme implicite fondé sur une intention présumée. Le maître des rôles lord Denning s'est dit d'avis que, malgré ces formulations du critère d'introduction d'un terme implicite, il ressortait de la jurisprudence qu'il fallait en réalité se demander ce qui était raisonnable. Il avait quelques mois auparavant exprimé la même opinion dans l'arrêt *Greaves & Co. (Contractors) Ltd. v. Baynham Meikle and Partners*, [1975] 3 All E.R. 99 (C.A.), à la p. 103. Les lords juges Roskill et Ormrod étaient en

proposed implied term could not meet the test for implication on the basis of presumed intention. But they held that it could, and should, be implied as a legal incident of that particular kind of contractual relationship, regardless of presumed intention. They held, however, that the test for that kind of implication was also necessity. Lord Wilberforce said at p. 254: "In my opinion such obligation should be read into the contract as the nature of the contract itself implicitly requires, no more, no less: a test, in other words, of necessity." With reference to the necessity of the implied term in respect of the facilities in issue he said on the same page: "All these are not just facilities, or conveniences provided at discretion: they are essentials of the tenancy without which life in the dwellings, as a tenant, is not possible. To leave the landlord free of contractual obligation as regards these matters, and subject only to administrative or political pressure, is, in my opinion, inconsistent totally with the nature of this relationship. The subject matter of the lease (high rise blocks) and the relationship created by the tenancy demand, of their nature, some contractual obligation on the landlord." Lord Wilberforce said at pp. 254-55, "The necessity to have regard to the inherent nature of a contract and of the relationship thereby established was stated in this House in *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd.* [1957] A.C. 555." He referred to the statement by Viscount Simonds in *Lister*, saying that it made "a clear distinction between a search for an implied term such as might be necessary to give 'business efficacy' to the particular contract and a search, based on wider considerations, for such a term as the nature of the contract might call for, or as a legal incident of this kind of contract." The other members of the House of Lords also appear, on the whole, to have regarded the test for this kind of implication as one of necessity. Apart from their express dicta on this point, this view is to be inferred from their reliance on the statement by Viscount Simonds in *Lister*, in which he said the question was whether the proposed implied term was a "necessary condition" of the master and servant relationship. Lord Cross of Chelsea was the only one to suggest that the test for this kind of implication is whether it would be reasonable to imply the term in question.

désaccord et pensaient que les tribunaux ne devaient introduire de terme implicite que dans la mesure où cela se révélait à la fois raisonnable et nécessaire. La Chambre des lords, [1977] A.C. 239, a abondé dans le sens de la majorité en Cour d'appel sur ce point et a estimé avec elle que le terme implicite proposé ne satisfaisait pas au critère permettant de l'introduire sur le fondement de l'intention présumée. Mais ils ont conclu que le terme implicite en cause pouvait et devait être introduit en tant qu'accessoire juridique de ce genre particulier de relations contractuelles, indépendamment de toute intention présumée. Ils ont cependant conclu que le critère à appliquer pour ce genre d'introduction d'un terme implicite était également la nécessité. Lord Wilberforce a dit, à la p. 254: [TRADUCTION] «À mon avis, le contrat ne doit être interprété comme comportant une telle obligation que si la nature du contrat lui-même l'exige implicitement, ni plus ni moins: en d'autres termes, un critère de nécessité.» Au sujet de la nécessité du terme implicite dans le cas des installations en cause, il a affirmé, à la même page. [TRADUCTION] «Il ne s'agit pas là de simples installations ou commodités fournies au gré du propriétaire: ce sont des éléments essentiels de la location, sans lesquels la vie de locataire dans les immeubles est impossible. Dégager le propriétaire de toute obligation contractuelle à cet égard de manière qu'il ne soit soumis qu'à des pressions administratives ou politiques est, à mon avis, tout à fait incompatible avec la nature des relations en question. De par leur nature, l'objet du bail (des grands immeubles d'habitation) et les rapports créés par la location imposent des obligations contractuelles au propriétaire.» Lord Wilberforce poursuit, aux pp. 254 et 255: [TRADUCTION] «La nécessité de tenir compte de la nature intrinsèque d'un contrat et des relations créées par lui a été énoncée dans cette Chambre dans l'affaire *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co. Ltd.* [1957] A.C. 555.» Se référant à la déclaration du vicomte Simonds dans l'affaire *Lister*, il a dit que celle-ci a établi [TRADUCTION] «une distinction nette entre la recherche d'un terme implicite pouvant être nécessaire pour prêter au contrat en question de l'«efficacité commerciale» et une recherche, fondée sur des facteurs plus généraux, visant à trouver un

He said at pp. 257-58: "When it implies a term in a contract the court is sometimes laying down a general rule that in all contracts of a certain type—sale of goods, master and servant, landlord and tenant and so on—some provision is to be implied unless the parties have expressly excluded it. In deciding whether or not to lay down such a *prima facie* rule the court will naturally ask itself whether in the general run of such cases the term in question would be one which it would be reasonable to insert. Sometimes, however, there is no question of laying down any *prima facie* rule applicable to all cases of a defined type but what the court is being in effect asked to do is to rectify a particular—often a very detailed—contract by inserting in it a term which the parties have not expressed. Here it is not enough for the court to say that the suggested term is a reasonable one the presence of which would make the contract a better or fairer one; it must be able to say that the insertion of the term is necessary to give—as it is put—'business efficacy' to the contract and that if its absence had been pointed out at the time both parties—assuming them to have been reasonable men—would have agreed without hesitation to its insertion." Lord Salmon was clearly of the view that the test was one of necessity. Using words of Bowen L.J. in *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177, which was also relied on by Lord Wilberforce, he said at p. 263: "I find it difficult to think of any term which it could be more necessary to imply than one without which the whole transaction would become futile, inefficacious and absurd as it would do if in a 15 storey block of flats or maisonnettes, such as the present, the landlords were under no legal duty to take reasonable care to keep the lifts in working order and the staircase lit." It is also an implication of the speech of Lord Edmund-Davies, in which he referred to the "new approach" to implication based on the statement of Viscount Simonds in *Lister* and to the reference by Bowen L.J. in *Miller v. Hancock* to "necessary implication" that he regarded the test for this kind of implication as one of necessity. Lord Fraser of Tullybelton said that he agreed with Lord Wilberforce that "there is to be implied, as a legal incident of the kind of contract between these landlords and these tenants, an obligation on the

terme qui peut être exigé par la nature du contrat, ou encore la recherche d'un terme constituant un accessoire juridique de ce type de contrats.» Les autres lords juristes paraissent également, dans l'ensemble, avoir considéré la nécessité comme le critère à appliquer pour ce genre de terme implicite. Indépendamment de leurs observations expresses sur ce point, cette attitude se dégage en outre du fait qu'ils se sont fondés sur la déclaration du vicomte Simonds dans l'affaire *Lister*, où il a dit que la question était de savoir si le terme implicite proposé représentait une [TRADUCTION] «condition nécessaire» des relations entre employeur et employé. Seul lord Cross of Chelsea a affirmé que le critère dans ce genre de cas est de savoir s'il serait raisonnable d'introduire le terme implicite en question. Il a souligné, aux pp. 257 et 258: [TRADUCTION] «Quand il introduit un terme implicite dans un contrat, le tribunal se trouve parfois à poser une règle générale selon laquelle tous les contrats d'une certaine espèce—ceux ayant trait à la vente de marchandises, ceux créant des relations entre employeur et employé, ceux conclus entre un propriétaire et un locataire, etc.—doivent comprendre implicitement certaines stipulations, à moins que les parties ne les aient expressément écartées. En décidant de l'opportunité d'établir une telle règle applicable à première vue, le tribunal se demandera naturellement si, dans la généralité des cas de ce genre, il serait raisonnable d'insérer le terme en question. Parfois, cependant, il n'est nullement question de poser une règle applicable à première vue à tous les cas d'un type déterminé, mais, ce qu'on demande au tribunal de faire en réalité est de rectifier un certain contrat, souvent très détaillé, par l'insertion d'un terme non énoncé par les parties. En l'espèce, il ne suffit pas que le tribunal dise que le terme proposé est raisonnable et que sa présence améliorerait le contrat ou le rendrait plus équitable; il faut en outre que le tribunal puisse affirmer d'une part que l'introduction du terme est nécessaire pour conférer au contrat de l'«efficacité commerciale»; comme on dit, et d'autre part que si, son absence avait été signalée lors de la signature de ce contrat, les deux parties, à supposer qu'elles soient des personnes raisonnables, auraient consenti sans hésitation à son introduction.» De toute évidence,

landlords to take reasonable care to maintain the common stairs, the lifts and the lighting on the common stairs.” The inference is that he also agreed that the test was one of necessity. Statements that in implying a term as a legal incident of a particular class or kind of contract courts will consider whether the proposed term would be reasonable do not necessarily exclude the requirement that it must also be shown to be necessary. Cf. Cheshire and Fifoot’s *Law of Contract* (10th ed. 1981), at p. 125, and Treitel, *The Law of Contract*, (5th ed. 1979), at p. 148, in which it is said, in the context of a reference to *Liverpool City Council*, that in deciding whether to imply a term as a legal incident of a particular class or kind of contract the courts will consider whether it would be reasonable to do so. This is in effect what was said by Lord Cross of Chelsea in *Liverpool City Council* but even assuming that he meant to limit the test in such a case to one of reasonableness it cannot be doubted for the reasons I have indicated that the view of the majority was that the test was one of necessity. In this regard, it is interesting to compare the opinion of Lord Denning M.R. in *Shell UK Ltd. v. Lostock Garage Ltd.*, [1977] 1 All E.R. 481 (C.A.) at p. 487, citing Lord Cross, that the test for the kind of implication made in *Liverpool City Council* is one of reasonableness and the opinions of Stephenson L.J. in *Mears v. Safecar Security Ltd.*, [1982] 2 All E.R. 865 (C.A.) at p. 879, and of Oliver L.J. in *Harvela Investments Ltd. v. Royal Trust Co. of Canada (CI) Ltd.*, [1985] 1 All E.R. 261 (C.A.) at p. 272, that the test applied in *Liverpool City*

lord Salmon a estimé que le critère à retenir était celui de la nécessité. Reprenant les propos tenus par lord juge Bowen dans la décision *Miller v. Hancock*, [1893] 2 Q.B. 177, sur laquelle lord Wilberforce s’est également fondé, il a dit, à la p. 263: [TRADUCTION] «J’ai du mal à concevoir de terme implicite plus nécessaire qu’un terme sans lequel l’opération dans son ensemble deviendrait futile, inefficace et absurde, ce qui arriverait si, dans le cas d’un immeuble d’appartements et de duplex de quinze étages, comme celui dont il s’agit en l’espèce, les propriétaires n’étaient pas tenus de par la loi de prendre des mesures raisonnables afin d’assurer le bon fonctionnement des ascenseurs et l’éclairage des escaliers.» De plus, il se dégage des motifs de lord Edmund-Davies, dans lesquels il se réfère d’une part à la [TRADUCTION] «nouvelle méthode» relative à l’introduction d’un terme implicite, qui ressort de la déclaration du vicomte Simonds dans l’affaire *Lister*, et d’autre part au fait que le lord juge Bowen a parlé dans l’affaire *Miller v. Hancock* d’un terme [TRADUCTION] «nécessairement implicite», qu’il considérerait la nécessité comme le critère à appliquer pour introduire un tel terme implicite. Lord Fraser of Tullybelton s’est dit d’accord avec lord Wilberforce que [TRADUCTION] «l’on doit introduire, en tant qu’accessoire juridique du type de contrat intervenu entre ces propriétaires et ces locataires, un terme implicite imposant aux propriétaires une obligation de prendre des mesures raisonnables pour assurer l’entretien des escaliers communs, des ascenseurs et de l’éclairage des escaliers communs». On peut donc en déduire qu’il estimait lui aussi que le critère applicable était celui de la nécessité. Lorsqu’on dit qu’aux fins de l’introduction d’un terme implicite en tant qu’accessoire juridique d’une catégorie ou d’un type particuliers de contrats, les tribunaux s’interrogeront sur le caractère raisonnable du terme proposé, cela n’écarte pas nécessairement l’obligation de démontrer aussi la nécessité de ce terme. Cf. Cheshire et Fifoot, *Law of Contract* (10th ed. 1981), à la p. 125, et Treitel, *The Law of Contract* (5th ed. 1979), à la p. 148, où il est dit, relativement à l’affaire *Liverpool City Council*, que, en décidant de l’opportunité d’insérer un terme implicite en tant qu’accessoire juridique d’une catégorie ou d’un type particuliers de

Council, at least by the majority, was one of necessity.

In the Court of Appeal in *Tai Hing*, Cons J.A., quoting from *Lister* and *Liverpool City Council*, appears to have accepted the contention of counsel that the "new approach" referred to by Lord Edmund-Davies was what a particular contractual relationship required or demanded in the way of reciprocal obligations. He said that *Macmillan* reflected this approach, referring especially to what Viscount Haldane said in that case about the "correlative obligation" of the customer. Cons J.A. also referred to the contention of counsel that the wider duty of care contended for was the reciprocal of the general duty of care in the conduct of the customer's business imposed on banks by the decisions in *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No. 3)*, [1968] 1 W.L.R. 1555, and *Karak Rubber Co. v. Burden (No. 2)*, [1972] 1 W.L.R. 602. In those cases, which were also relied on by counsel for the Bank in the present case, the courts held that a banker owed a duty of care to a customer, in carrying out the instructions reflected in his cheques, to make sure, when put upon inquiry, that the customer's funds were not being misapplied. In the end, however, Cons J.A.

contrats, les tribunaux se demanderont s'il est raisonnable de le faire. Voilà en fait ce qu'a dit lord Cross of Chelsea dans l'affaire *Liverpool City Council* mais, même à supposer que son intention ait été de n'appliquer dans un cas pareil que le critère du caractère raisonnable, pour les raisons que j'ai déjà exposées, il ne fait pas de doute que, de l'avis de la majorité, le critère approprié était celui de la nécessité. À cet égard, il est intéressant de mettre en regard l'avis exprimé par le maître des rôles lord Denning dans l'arrêt *Shell UK Ltd. v. Lostock Garage Ltd.*, [1977] 1 All E.R. 481 (C.A.), à la p. 487, où, citant lord Cross, il a affirmé que le critère appliqué pour introduire des termes implicites dans l'affaire *Liverpool City Council* était celui du caractère raisonnable, et les opinions du lord juge Stephenson dans l'arrêt *Mears v. Safecar Security Ltd.*, [1982] 2 All E.R. 865 (C.A.), à la p. 879, et du lord juge Oliver dans l'affaire *Harvela Investments Ltd. v. Royal Trust Co. of Canada (CI) Ltd.*, [1985] 1 All E.R. 261 (C.A.), à la p. 272, selon lesquelles le critère appliqué dans l'affaire *Liverpool City Council*, du moins par la majorité, était celui de la nécessité.

Dans l'affaire *Tai Hing*, le juge Cons, citant les arrêts *Lister* et *Liverpool City Council*, paraît avoir accepté l'argument de l'avocat que la «nouvelle méthode» mentionnée par lord Edmund-Davies était celui des obligations réciproques exigées ou commandées par des relations contractuelles données. Se fondant surtout sur les propos tenus par le vicomte Haldane concernant [TRANSDUCTION] «l'obligation corrélatrice» du client, le juge Cons a souligné que tel était le critère adopté dans l'arrêt *Macmillan*. Le juge Cons a parlé en outre de l'argument de l'avocat selon lequel l'obligation de diligence de portée plus large dont on alléguait l'existence était le pendant de l'obligation générale de diligence qu'imposaient aux banques dans la gestion des affaires de leurs clients les décisions *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock (No. 3)*, [1968] 1 W.L.R. 1555 et *Karak Rubber Co. v. Burden (No. 2)*, [1972] 1 W.L.R. 602. Dans ces décisions, sur lesquelles l'avocat de la Banque en l'espèce s'est appuyé également, les tribunaux ont conclu qu'un banquier avait une obligation envers son client, en exécutant les instructions figurant sur les chèques de celui-ci, de

appears to have accepted the test of necessity and to have concluded that the wider duty of care contended for was a "necessary condition" of the modern banker and customer relationship, as appears from the following passage in his reasons for judgment at p. 560:

It cannot be said that the imposition of a duty of care on the customer is absolutely essential to the relationship. The banks could I think manage to service current accounts without that assistance. So could, I think, the tenant of the high rise flats have managed to live there without the benefit of lifts, lights on the staircase or garbage chutes. But that did not deter their Lordships. They took a more practical view of necessity. They inquired if the transaction would become "futile, inefficacious or absurd" if these amenities were not maintained. For my part I can think of little more futile than for the operator of an active bank account to throw his monthly statements in the waste paper basket without ever bothering to looking [*sic*] at them; little more inefficacious than to leave the operation of that account to a clerk whose work is never checked; and little more absurd than to expect the bank to insure the honesty of the customer's clerk when the customer deliberately puts into the clerk's hands the weapons with which he can plunder and rob the bank. It cannot be economically feasible nowadays for a bank to subject the signature on each and every cheque presented to a thorough examination or comparison with the specimen signature card. Banks must look to other protection. Thus, after a great deal of hesitation, I find myself finally led to the conclusion that, in the world in which we live today, it *is* a necessary condition of the relation of banker and customer that the customer should take reasonable care to see that in the operation of the account the bank is not injured.

In the Privy Council, Lord Scarman said that Cons J.A. had adopted the right test for implication but had reached the wrong conclusion. With reference to the applicable test he said at pp. 104-05:

s'assurer, le cas échéant, qu'il n'y avait pas de détournement des fonds du client. En dernière analyse, cependant, le juge Cons paraît avoir retenu le critère de la nécessité et avoir conclu que l'obligation de diligence de portée large que l'on avait invoquée représentait une [TRADUCTION] «condition nécessaire» des relations banquier-client à l'époque moderne. C'est ce qui se dégage du passage suivant tiré de ses motifs de jugement, à la p. 560:

[TRADUCTION] On ne saurait prétendre que le fait d'imposer une obligation de diligence au client constitue un élément absolument indispensable des relations entre banquier et client. Je crois que les banques n'ont pas besoin de cela pour arriver à administrer les comptes courants. De même, je crois que les locataires de l'immeuble d'habitation en cause auraient pu y vivre sans ascenseurs, ni éclairage dans les escaliers, ni vide-ordures. Mais les juges ne s'en sont pas tenus à cela. Ils ont adopté un point de vue plus pratique à l'égard de la nécessité. Ils se sont demandés si l'opération en question deviendrait «futile, inefficace ou absurde» si on ne continuait pas d'assurer ces commodités. Pour ma part, je peux difficilement concevoir quelque chose de plus futile que le fait pour le titulaire d'un compte en banque actif de jeter ses relevés mensuels dans la corbeille à papier sans jamais se donner la peine de les regarder; quelque chose de plus inefficace que de confier la gestion de ce compte à un commis dont le travail n'est soumis à aucun contrôle; et quelque chose de plus absurde que de s'attendre que la banque voie à assurer l'honnêteté du commis du client alors que ce dernier donne volontairement au commis les moyens de piller et de voler la banque. Sur le plan économique, il n'est guère pratique de nos jours qu'une banque assujettisse à un examen minutieux la signature figurant sur tous les chèques qui lui sont présentés ou qu'elle la compare avec le spécimen de signature. Les banques doivent chercher d'autres façons de se protéger. Ainsi, après beaucoup d'hésitation, j'arrive enfin à la conclusion que, dans le monde actuel, les relations entre banquier et client comportent *vraiment* comme condition nécessaire que le client fasse preuve d'une diligence raisonnable afin de s'assurer que le compte ne soit pas utilisé de façon à léser la banque.

Au Conseil privé, lord Scarman a dit que le juge Cons avait adopté le critère approprié pour l'introduction d'un terme implicite, mais qu'il était arrivé à la mauvaise conclusion. Au sujet du critère applicable, lord Scarman a affirmé, aux pp. 104 et 105:

Their Lordships agree with Cons J.A. that the test of implication is necessity. As Lord Wilberforce put it in *Liverpool City Council v. Irwin* [1977] A.C. 239, 254:

“such obligation should be read into the contract as the nature of the contract itself implicitly requires, no more, no less: a test, in other words, of necessity.”

Cons J.A. went on to quote an observation by Lord Salmon in the *Liverpool* case to the effect that the term sought to be implied must be one without which the whole transaction would become “ineffacious, futile and absurd” (p. 262).

Their Lordships accept as correct the approach adopted by Cons J.A. Their Lordships prefer it to that suggested by Hunter J. which was to ask the question: does the law impose the term? Implication is the way in which necessary incidents come to be recognised in the absence of express agreement in a contractual relationship. Imposition is apt to describe a duty arising in tort, but inept to describe the necessary incident arising from a contractual relationship.

With reference to the proper conclusion on the application of this test, Lord Scarman said at pp. 105-06:

The argument for the banks is, when analysed, no more than that the obligations of care placed upon banks in the management of a customer's account which the courts have recognised have become with the development of banking business so burdensome that they should be met by a reciprocal increase of responsibility imposed upon the customer: and they cite *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock* (No. 3) [1968] 1 W.L.R. 1555 (Ungoed-Thomas J.) and *Karak Rubber Co. Ltd. v. Burden* (No. 2) [1972] 1 W.L.R. 602 (Brightman J.). One can fully understand the comment of Cons J.A. that the banks must today look for protection. So be it. They can increase the severity of their terms of business, and they can use their influence, as they have in the past, to seek to persuade the legislature that they should be granted by statute further protection. But it does not follow that because they may need protection as their business expands the necessary incidents of their relationship with their customer must also change. The business of banking is the business not of the customer but of the bank. They offer a service, which is to honour their customer's cheques when drawn upon an account in credit or within an agreed overdraft

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries conviennent avec le juge Cons que le critère pour introduire un terme implicite est celui de la nécessité. Comme l'a dit lord Wilberforce dans l'arrêt *Liverpool City Council v. Irwin* [1977] A.C. 239, à la p. 254:

«le contrat ne doit être interprété comme comportant une telle obligation qu'en tant que la nature du contrat lui-même l'exige implicitement, ni plus ni moins: en d'autres termes, un critère de nécessité.»

Le juge Cons a poursuivi en citant lord Salmon, qui avait fait remarquer dans l'affaire *Liverpool* que le terme implicite dont on désire obtenir l'insertion doit en être un sans lequel l'opération dans son ensemble deviendrait «inefficace, futile et absurde» (à la p. 262).

Leurs Seigneuries estiment que la méthode adoptée par le juge Cons est la bonne. Nous la préférons à celle proposée par le juge Hunter, qui consiste à se demander si le terme est imposé par la loi. C'est par l'introduction d'un terme implicite que des éléments accessoires nécessaires peuvent être reconnus dans des relations contractuelles lorsqu'il n'existe pas d'accord exprès. Le terme «imposer» se dit très bien d'une obligation qui naît en matière délictuelle, mais ce terme s'applique fort mal à un élément accessoire nécessaire découlant de relations contractuelles.

Sur la question de la bonne conclusion à tirer par suite de l'application de ce critère, lord Scarman a dit, aux pp. 105 et 106:

[TRADUCTION] Si on analyse l'argument des banques, il se ramène simplement à ceci: que les obligations de diligence imposées par les tribunaux aux banques dans la gestion du compte d'un client représentent en raison de l'accroissement des affaires bancaires une charge à ce point lourde qu'elle devrait être contrebalancée par une augmentation correspondante de la responsabilité imposée au client, proposition à l'appui de laquelle elles invoquent les décisions *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Cradock* (No. 3) [1968] 1 W.L.R. 1555 (le juge Ungoed-Thomas) et *Karak Rubber Co. Ltd. v. Burden* (No. 2) [1972] 1 W.L.R. 602 (le juge Brightman). On comprend bien l'observation du juge Cons que, de nos jours, les banques doivent chercher à se protéger. Soit; il leur est loisible de rendre plus sévères leurs conditions d'affaires et d'exercer leur influence, comme elles l'ont fait par le passé, dans une tentative de convaincre le législateur qu'il y a lieu de légiférer pour leur accorder une plus grande protection. Toutefois, il ne s'ensuit pas que, parce qu'elles peuvent avoir besoin de protection à mesure que leurs affaires prennent de l'ampleur, les éléments accessoires nécessaires de leurs relations avec leurs clients doivent aussi changer. Le commerce ban-

limit. If they pay out upon cheques which are not his, they are acting outside their mandate and cannot plead his authority in justification of their debit to his account. This is a risk of the service which it is their business to offer. The limits set to the risk in the *Macmillan* [1918] A.C. 777 and *Greenwood* [1933] A.C. 51 cases can be seen plainly necessary incidents of the relationship. Offered such a service, a customer must obviously take care in the way he draws his cheque, and must obviously warn his bank as soon as he knows that a forger is operating the account. Counsel for the banks asked rhetorically why, once a duty of care was recognised, should it stop at the *Macmillan* and *Greenwood* limits. They submitted that there was no rational stopping place short of the wider duty for which they contended. With very great respect to the ingenious argument addressed to the Board their Lordships find in certain observations of Bray J. in *Kepitigalla's* case [1909] 2 K.B. 1010 a convincing statement of the formidable difficulties in the way of this submission . . .

Lord Scarman then quoted the passage from the judgment of Bray J., which I have quoted above, beginning with the sentence, "I think Mr. Scrutton's contention equally fails when it is considered apart from authority."

The Court of Appeal also held, as I have indicated, that the customer owed a duty of care in tort as well as in contract on the basis of the principles affirmed in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Reference was made to *Esso Petroleum Co. v. Marden*, [1976] Q.B. 801, and *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs and Kemp*, [1979] Ch. 384, for recognition that a duty of care may arise from a relationship of proximity or neighbourhood that would not have existed but for a contract. The Privy Council expressed disagreement with the characterization of obligations or duties as at the same time both contractual and tortious, particularly in the case of the banker and customer relationship, but held that in any event there could not be a wider duty

caire est exploité non pas par les clients, mais par les banques. Celles-ci offrent un service qui consiste à honorer les chèques de leurs clients lorsqu'ils sont tirés sur un compte ayant un solde créditeur ou à condition que le découvert convenu ne soit dépassé. Si elles paient des chèques qui ne sont pas ceux du client, elles agissent en dehors de leur mandat et ne peuvent à ce moment-là alléguer l'autorisation de ce dernier pour justifier que les sommes en question soient débitées de son compte. Il s'agit là d'un risque inhérent au service offert par les banques. Les limites fixées à ce risque dans les arrêts *Macmillan* [1918] A.C. 777 et *Greenwood* [1933] A.C. 51, constituent des éléments accessoires manifestement nécessaires des relations entre banquier et client. Un client à qui un tel service est offert doit évidemment faire attention à la façon dont il tire ses chèques et doit évidemment prévenir sa banque aussitôt qu'il sait qu'un faussaire utilise son compte. Les avocats des banques se sont demandés pourquoi, une fois l'obligation de diligence reconnue, elle devrait être circonscrite dans les limites établies par les arrêts *Macmillan* et *Greenwood*. À leur avis, il n'existait pas d'autre solution rationnelle que celle de l'obligation de portée large préconisée par eux. Avec une très grande déférence envers l'argument ingénieux qu'on nous a adressé, nous estimons que certaines observations du juge Bray dans l'affaire *Kepitigalla* [1909] 2 K.B. 1010, présentent d'une manière convaincante les difficultés énormes auxquelles se heurte cet argument . . .

Lord Scarman a ensuite cité le passage tiré des motifs du juge Bray, reproduit antérieurement, qui commence par la phrase: «Je crois que l'argument de M^e Scrutton est tout aussi mal fondé quand on le considère indépendamment de la jurisprudence.»

Comme je l'ai déjà fait remarquer, la Cour d'appel a conclu en outre que, suivant les principes énoncés dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, l'obligation de diligence du client avait un fondement aussi bien délictuel que contractuel. On a cité les affaires *Esso Petroleum Co. v. Marden*, [1976] Q.B. 801, et *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs and Kemp*, [1979] Ch. 384, à l'appui de la proposition selon laquelle une obligation de diligence peut découler de rapports étroits qui n'auraient pas existé en l'absence d'un contrat. Le Conseil privé s'est dit en désaccord avec la notion du fondement à la fois contractuel et délictuel des devoirs ou obligations, particulièrement dans le cas des relations entre banquier et client, mais a conclu qu'en

in tort than that which existed as an implied term of the contract. On this point Lord Scarman expressed himself as follows at p. 107:

Their Lordships do not, therefore, embark on an investigation as to whether in the relationship of banker and customer, it is possible to identify tort as well as contract as a source of the obligations owed by the one to the other. Their Lordships do not, however, accept that the parties' mutual obligations in tort can be any greater than those to be found expressly or by necessary implication in their contract. If, therefore, as their Lordships have concluded, no duty wider than that recognised in *Macmillan* [1918] A.C. 777 and *Greenwood* [1933] A.C. 51 can be implied into the banking contract in the absence of express terms to that effect, the banks cannot rely on the law of tort to provide them with greater protection than that for which they have contracted.

Finally, the Privy Council held that since the customer did not owe the duty of care contended for by the banks there could not be an estoppel resulting from its conduct following receipt of its bank statements. This was a clear rejection of estoppel on the basis of imputed knowledge, apart from the breach of a duty to examine bank statements. Lord Scarman said at p. 110:

Their Lordships having held that the company was not in breach of any duty owed by it to the banks, it is not possible to establish in this case an estoppel arising from mere silence, omission or failure to act.

Mere silence or inaction cannot amount to a representation unless there be a duty to disclose or act: *Greenwood's case* [1933] A.C. 51, 57. And their Lordships would reiterate that unless conduct can be interpreted as amounting to an implied representation, it cannot constitute an estoppel: for the essence of estoppel is a representation (express or implied) intended to induce the person to whom it is made to adopt a course of conduct which results in detriment or loss: *Greenwood's case*, per Lord Tomlin, at p. 57.

tout état de cause il ne pouvait exister en matière délictuelle une obligation de portée plus large que celle qui constituait un terme implicite du contrat. Sur ce point, lord Scarman s'est exprimé ainsi, à la

a p. 107:

[TRADUCTION] Par conséquent, leurs Seigneuries n'entendent pas examiner si, dans les relations entre banquier et client, il est possible de considérer les obligations d'une partie envers l'autre comme ayant un fondement non seulement contractuel mais aussi délictuel. Leurs Seigneuries écartent toutefois l'idée que les obligations mutuelles des parties en matière délictuelle peuvent être plus lourdes que celles qui découlent expressément ou implicitement de leur contrat. Si, en conséquence, comme l'ont conclu leurs Seigneuries, on ne saurait, à défaut de stipulations expresses dans ce sens, conclure que le contrat bancaire prévoit implicitement une obligation de portée plus large que celle reconnue dans les décisions *Macmillan* [1918] A.C. 777 et *Greenwood* [1933] A.C. 51, les banques intimées ne peuvent invoquer le droit en matière de responsabilité délictuelle pour obtenir une protection plus grande que celle stipulée par le contrat.

Enfinement, le Conseil privé a conclu que, puisque le client n'avait pas l'obligation de diligence alléguée par les banques, il ne pouvait y avoir de fin de non-recevoir résultant de sa conduite après réception de ses relevés bancaires. On rejetait donc catégoriquement l'irrecevabilité fondée sur une connaissance imputée, indépendamment du manquement à l'obligation d'examiner les relevés bancaires. Lord Scarman a dit, à la p. 110:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ont conclu que la société n'avait manqué à aucune obligation qu'elle avait envers les banques; cela étant, il est impossible en l'espèce d'établir une fin de non-recevoir découlant simplement du silence, d'une omission ou de l'inaction.

Ni le silence ni l'inaction ne sont à eux seuls assimilables à une déclaration, à moins qu'il n'y ait obligation de divulguer ou d'agir: l'arrêt *Greenwood* [1933] A.C. 51, à la p. 57. Leurs Seigneuries répètent qu'à moins qu'une conduite ne puisse être interprétée comme équivalant à une déclaration implicite, elle ne peut fonder une fin de non-recevoir car, de par son essence, une fin de non-recevoir est une déclaration (expresse ou implicite) destinée à amener la personne à laquelle elle est adressée à adopter une conduite qui lui occasionne un préjudice ou une perte: l'arrêt *Greenwood*, les motifs de lord Tomlin, à la p. 57.

VII

With this background of authority with reference to the policy issue and the legal basis for a wider duty of care owing by a customer to a bank in respect of the prevention and detection of forgery in the drawing of his cheques, I come at last to my own conclusions on the issues in the appeal.

First, I would question the attempt in the present case to limit the application of the duties affirmed, as a matter of general principle, to a particular class or category of customers characterized somewhat vaguely as the "sophisticated commercial customer". With great respect, I do not think there is a sound basis in law for implying a duty in the banker and customer relationship with such a limitation. I agree with Cons J.A. in *Tai Hing* that such a duty if it exists must apply in every case of the banker and customer relationship and to all customers, whether sophisticated or not. Such a limitation or qualification, even if it were sound legally, would lead to great uncertainty. It does, however, serve to indicate that the trial judge was not so convinced as to where the balance lay on the policy issue with respect to the ordinary or unsophisticated customer. The duty to examine bank statements and vouchers with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, which was the duty principally contended for by the Bank, would, in my view, have to be a duty that applied to all customers.

As I have indicated, the trial judge based the implication of the duties affirmed by him on "commercial custom", attaching particular importance to the following statement by Pratte J. in *Bank of Montreal v. Attorney General (Que.)*, *supra*, at p. 570:

However, bank contracts, such as the one between the government and the bank, are somewhat special in that they are usually silent as to their contents; the parties rely on commercial custom and the law. It is therefore

VII

Ayant brossé ce tableau de la jurisprudence touchant la question de la politique générale ainsi que le fondement juridique d'une obligation de diligence de portée plus large qu'à un client envers sa banque en matière de prévention et de détection du faux dans le tirage de ses chèques, j'en viens enfin à mes propres conclusions sur les questions en litige.

Premièrement, j'ai des doutes concernant la tentative en l'espèce de limiter l'application des obligations invoquées, selon un principe général, à une catégorie précise de clients qu'on désigne par l'expression plutôt vague de «client commercial averti». Avec grands égards, je ne crois pas qu'on soit fondé en droit à introduire dans les relations entre banquier et client une obligation implicite assujettie à une telle restriction. Tout comme le juge Cons dans l'affaire *Tai Hing*, j'estime que cette obligation, si elle existe, doit s'appliquer dans chaque cas où il y a des relations entre banquier et client et à tous les clients, qu'ils soient avertis ou non. Une telle limitation ou restriction, même à supposer qu'elle soit juridiquement valable, occasionnerait d'ailleurs une grande incertitude. Cela démontre néanmoins que le juge de première instance n'était pas aussi certain de ce qui devait l'emporter, du point de vue de la politique générale, pour ce qui est du client ordinaire ou non averti. L'obligation d'examiner avec un soin raisonnable les relevés bancaires et les pièces justificatives et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable, qui était celle qu'invoquait principalement la Banque, devrait, selon moi, s'appliquer à tous les clients.

Comme je l'ai déjà indiqué, le juge de première instance a fondé l'introduction des obligations implicites qu'il a énoncées sur «l'usage du commerce». Il a attaché une importance particulière à la déclaration suivante du juge Pratte dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Procureur général (Qué.)*, précité, à la p. 570:

Mais le contrat bancaire, tel que celui passé entre le gouvernement et la banque, offre ceci de particulier que les parties ne s'y expriment habituellement pas sur son contenu; elles s'en rapportent à l'usage du commerce et

appropriate to apply art. 1017 C.C., which reads as follows:

1017. The customary clauses must be supplied in contracts, although they be not expressed.

There is no doubt that the implication of terms in a contract on the basis of custom or usage is a well recognized category of implication that has been particularly important with respect to commercial contracts. It was noted in *Hutton v. Warren* (1836), 1 M. & W. 446, 150 E.R. 517, where Parke B. said at p. 475 M. & W. and at p. 521 E.R.: "It has long been settled, that in commercial transactions, extrinsic evidence of custom and usage is admissible to annex incidents to written contracts, in matters with respect to which they are silent. The same rule has also been applied to contracts in other transactions of life, in which known usages have been established and prevailed; and this has been done upon the principle of presumption that, in such transactions, the parties did not mean to express in writing the whole of the contract by which they intended to be bound, but a contract with reference to those known usages." Implication on the basis of custom or usage was referred to by Lord Wilberforce in *Liverpool City Council*, where in his discussion of the various kinds of implication, he said at p. 253: "Where there is, on the face of it, a complete, bilateral contract, the courts are sometimes willing to add terms to it, as implied terms: this is very common in mercantile contracts where there is an established usage: in that case the courts are spelling out what both parties know and would, if asked, unhesitatingly agree to be part of the bargain." As the statements of Parke B. and Lord Wilberforce indicate, however, implication on the basis of custom or usage is implication on the basis of presumed intention. (Of course custom is being used here as more or less synonymous with usage and not in the sense of custom that has become a rule of law. Cf. *The "Freiya" v. The "R.S."*, [1922] 1 W.W.R. 409, for a discussion of the distinction between custom and usage.) It is not too clear to me what the trial judge found in the present case to be the commercial custom on which he based the duties of care affirmed by him, but it would appear to have been the practice of a sophisticated commercial customer such as CP

à la loi. Il y a donc lieu d'appliquer l'art. 1017 C.c. qui se lit comme suit:

1017. On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

Il ne fait pas de doute que l'introduction dans un contrat de termes implicites fondés sur la coutume ou l'usage est bien établie et qu'elle a revêtu une importance particulière en matière de contrats commerciaux. Dans l'affaire *Hutton v. Warren* (1836), 1 M. & W. 446, 150 E.R. 517, à la p. 475 M. & W. et à la p. 521 E.R., le baron Parke a souligné: [TRADUCTION] «Il est reconnu depuis longtemps que, dans des opérations commerciales, une preuve extrinsèque de la coutume et de l'usage est admissible pour ajouter à des contrats écrits des termes portant sur des points sur lesquels ces contrats sont muets. Cette même règle a également été appliquée à des contrats dans d'autres domaines, dans lesquels des usages connus ont été prouvés et prédominent; le tout en conformité avec la présomption selon laquelle, dans les opérations en question, les parties n'avaient pas voulu constater par écrit tous les termes du contrat par lequel elles avaient l'intention d'être liées, mais qu'au contraire, elles voulaient conclure un contrat par référence à ces usages connus.» Il a été question de l'introduction d'un terme implicite fondé sur la coutume ou l'usage dans l'affaire *Liverpool City Council*, où lord Wilberforce, dans son étude des différentes manières d'introduire un terme implicite, a dit, à la p. 253: [TRADUCTION] «Lorsqu'il existe un contrat bilatéral qui est en apparence complet, les tribunaux sont parfois prêts à y ajouter des termes implicites: cette pratique est fort commune dans les contrats commerciaux quand il y a un usage établi: les tribunaux ne font à ce moment-là que préciser ce que les deux parties savent et, si on le leur demandait, elles conviendraient sans hésiter que cela faisait partie du marché.» Les déclarations du baron Parke et de lord Wilberforce indiquent bien toutefois que l'introduction d'un terme implicite fondé sur la coutume ou l'usage repose sur une intention imputée aux parties. (Bien entendu, la coutume au sens où on l'entend ici est à peu près synonyme d'usage et n'a pas le sens de coutume devenue règle de droit. Cf. *The "Freiya" v. The "R.S."*, [1922] 1 W.W.R. 409, pour une analyse de la distinction entre la

Hotels, which he found to be known to and relied upon by the Bank, to operate a system of internal accounting controls which included a monthly bank reconciliation. With great respect, I would question whether this was sufficient to constitute a custom or usage on which a duty of care could be grounded as an implied term of the contract. It would seem to me that the evidence of the practice constituting such a custom or usage would have to be such as to support an inference of an understanding between the bank and the customer that the customer would examine his bank statements with reasonable care and report any discrepancies within a reasonable time, failing which he would be precluded from setting up the discrepancies against the bank. I question whether the evidence in the present case supports such an inference. In any event, there could be no such custom or usage with respect to the ordinary customer. Moreover, it is difficult to see how custom or usage could be found in the face of an established rule of law to the effect that in the absence of a verification agreement a customer does not owe a duty to his bank to examine bank statements with reasonable care and to report discrepancies within a reasonable time.

For similar reasons I am of the opinion that the duty contended for cannot be implied as a term of the banker and customer relationship in a particular case under the other category of implication based on presumed intention—the implication of a term as necessary to give business efficacy to a contract or as otherwise meeting the “officious bystander” test as a term which the parties would say, if questioned, that they had obviously assumed. It is clear from the established law and practice, including the recognition and use of verification agreements, that the duty contended for is not necessary to the business efficacy of the banker and customer relationship and cannot

coutume et l’usage.) Je ne vois pas très clairement ce que le juge de première instance a estimé être, en l’espèce, l’usage commercial sur lequel il a fondé les obligations de diligence à l’existence desquelles il a conclu, mais il paraît s’agir de la pratique d’un client commercial averti tel que CP Hôtels. Cette pratique, dont, selon le juge, la Banque était au courant et à laquelle elle s’était fiée, consistait en l’utilisation d’un système de contrôles comptables internes comprenant une conciliation bancaire mensuelle. Avec grands égards, je doute que cela suffise pour constituer une coutume ou un usage pouvant fonder une obligation de diligence en tant que terme implicite du contrat. À ce qu’il me semble, la preuve de la pratique constituant la coutume ou l’usage devrait être de nature à permettre de conclure à l’existence d’une entente entre la banque et le client en vertu de laquelle ce dernier examinerait ses relevés bancaires avec un soin raisonnable et signalerait les irrégularités dans un délai raisonnable, à défaut de quoi il ne pourrait invoquer ces irrégularités contre la banque. Je ne suis pas convaincu que la preuve produite en l’espèce justifie une telle conclusion. Quoi qu’il en soit, il ne pouvait y avoir de coutume ni d’usage relativement aux clients ordinaires. De plus, on pourrait difficilement conclure à l’existence d’une coutume ou d’un usage, étant donné la règle de droit bien établie selon laquelle, en l’absence d’un accord de vérification, un client n’a aucune obligation envers sa banque d’examiner ses relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler toute irrégularité dans un délai raisonnable.

Pour des raisons analogues, j’estime que l’obligation alléguée ne peut être introduite dans un cas donné comme un terme implicite des relations entre banquier et client en vertu de l’autre catégorie de termes implicites fondés sur l’existence d’une intention présumée, soit le terme implicite dont l’introduction est nécessaire pour donner à un contrat de l’efficacité commerciale ou pour permettre de quelque autre manière de satisfaire au critère de «l’observateur objectif», terme dont les parties diraient, si on leur posait la question, qu’elles avaient évidemment tenu son inclusion pour acquise. Il se dégage nettement du droit et de la pratique établis et notamment de la reconnais-

otherwise be presumed to have been intended by the customer. Banks in this country have managed to get along without it for a very long time.

There remains the question whether the duty contended for can and should be implied under the third category of implication, which does not depend on presumed intention—the implication of terms as legal incidents of a particular class or kind of contract, the nature and content of which have to be largely determined by implication. Such is clearly the ordinary relationship of banker and customer with respect to the operation of an account. The issue here, as I see it, is whether the test for such implication is to be reasonableness or necessity. This is an important issue of judicial policy respecting the limits of judicial power to impose obligations or duties on the parties to a contract by implication. It is reflected in the differing opinions of the Court of Appeal in *Liverpool City Council*. Although what was said there was said with reference to implication on the basis of presumed intention under the business efficacy or “officious bystander” tests, I think it applies equally to implication under what I have referred to as the third category. I am, therefore, with great respect, in agreement with the view expressed by the majority in the House of Lords in *Liverpool City Council* that the test in such a case of implication should also be one of necessity. It is said that not all the terms that have been implied in the banker and customer relationship reflect a test of necessity. That may well be arguable, although it is my impression from a consideration of the cases that most, if not all, of the terms that have been implied could be regarded as being required by the nature of that particular contractual relationship, to use the approach adopted by Viscount Simonds in *Lister* and Lord Wilberforce in *Liverpool City Council*. I think that is reflected in *Macmillan* and in other cases which have considered the implication of terms in the banker and customer relationship, such as *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110, and *Tour-*

sance et de l'utilisation d'accords de vérification que l'obligation alléguée en l'espèce n'est pas indispensable à l'efficacité commerciale des relations entre banquier et client et qu'on ne saurait par ailleurs prêter au client l'intention d'assumer une telle obligation. De fait, les banques canadiennes se passent d'une telle obligation, et ce, depuis fort longtemps.

Reste la question de savoir si l'obligation invoquée peut et doit être introduite en vertu de la troisième catégorie de termes implicites, laquelle ne dépend pas de l'existence d'une intention présumée, soit l'introduction de termes en tant qu'accessoires juridiques d'une catégorie ou d'un type particuliers de contrats, dont la nature et la teneur doivent d'une manière générale être définies par déduction. Tel est clairement le rapport normal entre banquier et client relativement à l'administration d'un compte. La question qui se pose ici, selon moi, est de savoir si le critère d'introduction d'un tel terme doit être celui du caractère raisonnable ou celui de la nécessité. Il s'agit là d'une question importante de politique judiciaire concernant les limites du pouvoir des tribunaux d'imposer aux parties à un contrat des obligations ou des devoirs implicites. Cela se manifeste dans les opinions divergentes exprimées en Cour d'appel dans l'affaire *Liverpool City Council*. Bien que les observations faites dans cette affaire-là aient porté sur le terme implicite fondé sur l'existence d'une intention présumée, selon le critère de l'efficacité commerciale ou de celui de «d'observateur objectif», je crois qu'elles s'appliquent également à l'introduction d'un terme implicite fondé sur ce que j'ai appelé la troisième catégorie. Avec grands égards, je partage donc l'avis, exprimé par la majorité en Chambre des lords dans l'arrêt *Liverpool City Council*, selon lequel le critère à retenir dans un tel cas d'introduction d'un terme implicite devrait aussi être celui de la nécessité. Or, on dit que ce ne sont pas tous les termes implicites introduits dans les relations entre banquier et client qui reflètent l'application d'un critère de nécessité. Il se peut bien que ce point de vue soit soutenable, quoique mon examen de la jurisprudence m'amène à la conclusion que la plupart, sinon la totalité, des termes implicites qui ont été introduits peuvent être considérés comme requis par la nature de

nier v. National Provincial and Union Bank of England, [1924] 1 K.B. 461. I think it also affords a rationale for the duty of care that was held to be owing by banks to their customers in *Selangor and Karak Rubber*. In my opinion, a duty, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and report discrepancies within a reasonable time is not necessary or required by the contractual relationship in this sense. It should not, therefore, be imposed by judicial decision. If banks consider it to be necessary they may insist on verification agreements or obtain appropriate legislation if they can. What I have said about a duty to examine bank statements and report discrepancies applies, of course, *a fortiori*, to a duty to maintain an adequate system of internal controls for the prevention and minimization of loss through forgery.

In conclusion, then, I am of the opinion that a customer of a bank does not, in the absence of a verification agreement, owe a duty to the bank to examine his bank statements and vouchers with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, nor does a customer, "sophisticated" or otherwise, owe a duty to its bank to maintain an adequate system of internal accounting controls for the prevention and minimization of loss through forgery.

It was not argued in this Court that if either of the duties of care contended for by the Bank did not exist in contract, they could arise in tort. Although some reliance was placed in argument on the judgment of the Hong Kong Court of Appeal in *Tai Hing*, which found a basis in tort as well as

cette relation contractuelle particulière, pour adopter la position prise par le vicomte Simonds dans l'affaire *Lister* et par lord Wilberforce dans l'affaire *Liverpool City Council*. À mon avis, c'est ce qui ressort de l'arrêt *Macmillan* et d'autres décisions dans lesquels on a étudié la question de l'introduction de termes implicites dans les relations entre banquier et client, par exemple les affaires *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110 et *Tournier v. National Provincial and Union Bank of England*, [1924] 1 K.B. 461. J'estime que cela donne en outre une raison d'être à l'obligation de diligence qu'ont les banques envers leurs clients, comme on l'a jugé dans les affaires *Selangor et Karak Rubber*. À mon avis, en l'absence d'un accord de vérification, l'obligation d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable n'est ni nécessaire ni requise par les relations contractuelles de ce genre. Elle ne devrait donc pas être imposée par voie de décision judiciaire. Si les banques la jugent nécessaire, elles peuvent tenir à ce que l'on conclue des accords de vérification ou elles peuvent essayer de faire adopter un texte législatif approprié. Bien entendu, ce que j'ai dit au sujet l'obligation d'examiner les relevés bancaires et de signaler les irrégularités s'applique à plus forte raison à l'obligation de maintenir un système adéquat de contrôles internes destinés à prévenir et à minimiser les pertes attribuables aux faux.

En conclusion, donc, je suis d'avis que le client d'une banque, en l'absence d'un accord de vérification, n'est pas tenu envers la banque d'examiner ses relevés bancaires et les pièces justificatives avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable, et le client, «averti» ou autre, n'est pas non plus tenu envers la banque de maintenir un système adéquat de contrôles comptables internes pour prévenir et minimiser les pertes attribuables au faux.

On n'a pas fait valoir devant nous que si aucune des obligations de diligence invoquées par la Banque n'existait sur le plan contractuel, elles pouvaient exister sur le plan délictuel. Bien qu'on ait aussi invoqué au cours des plaidoiries l'arrêt de la Cour d'appel de Hong Kong *Tai Hing*, qui a

in contract for a wider duty of care with respect to the forgery of a customer's cheques, a possible basis in tort for either the wider or narrower duty of care contended for in the present case was not seriously explored in this Court. Nor was any consideration given as to whether, as a matter of principle, a duty of care in tort could be held to arise in a contractual relationship from which the same duty had been excluded by the courts as an implied term of the contract. The appeal was argued before the judgment of this Court in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147. In order, however, that there should not remain uncertainty, in view of the manner in which this case was argued, as to whether the customer of a bank could owe a duty in tort, in the absence of a verification agreement, to examine bank statements with reasonable care and to report any discrepancies within a reasonable time, I am of the opinion, assuming it to be arguable that such a duty could arise in tort, that the principle of concurrent or alternate liability in contract and in tort affirmed in *Rafuse* cannot extend to the recognition of a duty of care in tort when that same duty of care has been rejected or excluded by the courts as an implied term of a particular class of contract.

For these reasons I am of the opinion that the appellant was not in breach of any duty owing to the respondent and is therefore not precluded from setting up the forgeries against the respondent. I would accordingly allow the appeal, set aside the judgments of the Court of Appeal and the trial court and enter judgment in favour of the appellant for the amount of its claim against the respondent, with interest and costs.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the judgment of my colleague, Le Dain J. I am in general agreement with him but have some concerns about his comments in the latter part of his judgment regarding concurrent liability in contract and tort.

conclu qu'il existait un fondement délictuel aussi que contractuel à l'obligation de diligence large en ce qui concerne la contrefaçon des chèques d'un client, on n'a pas examiné réellement devant nous un fondement délictuel possible soit de l'obligation de diligence large soit de l'obligation de diligence restreinte plaidée en l'espèce. On n'a pas examiné non plus la question de savoir si, en principe, on pouvait conclure qu'une obligation de diligence sur le plan délictuel pouvait découler d'une relation contractuelle dont cette même obligation avait été exclue par les tribunaux en tant que terme implicite du contrat. Le pourvoi a été plaidé avant que cette Cour rende l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147. Toutefois, vu la façon dont cette affaire a été plaidée, pour écarter toute incertitude sur le point de savoir si le client d'une banque pouvait être tenu, sur le plan délictuel, en l'absence d'un accord de vérification, d'examiner les relevés bancaires avec un soin raisonnable et de signaler les irrégularités dans un délai raisonnable, je suis d'avis, si l'on présume qu'il est soutenable qu'une telle obligation puisse exister sur le plan délictuel, que le principe de responsabilité concurrente ou alternative sur le plan contractuel et délictuel confirmé dans l'arrêt *Rafuse*, ne peut s'étendre à la reconnaissance d'une obligation de diligence sur le plan délictuel lorsque cette même obligation a été rejetée ou exclue par les tribunaux en tant que terme implicite d'une catégorie particulière de contrat.

Pour ces motifs, j'estime que l'appelante n'a manqué à aucune obligation envers l'intimée et qu'elle est admise à lui opposer les faux. Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de première instance et d'inscrire en faveur de l'appelante un jugement lui accordant la somme qu'elle réclame à l'intimée, le tout avec intérêts et dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Le Dain. Je suis d'accord avec lui de façon générale, mais j'ai quelques réticences au sujet des observations qu'il fait dans la dernière partie de ses motifs en ce qui concerne la responsabilité concurrente sur les plans contractuel et délictuel.

My colleague puts the matter on the ground that the principle of concurrent or alternate liability in contract and in tort cannot extend to the recognition of a duty of care in tort where that same duty of care has been rejected or excluded by the courts as an implied term of a particular class of contract. I would not approach it in this way. One should not, I think, focus discretely on the banker-customer contract without reference to its informing context. In interpreting this contract, the courts were dealing with only one aspect of a larger enterprise, namely, the elaboration of a general system or code governing bills of exchange which had been part of the law merchant and had its own policy and structural requirements. Not the least of the needs of this system was the necessity for clear rules of general application. In the case of forged cheques, the rule was clear. The banker was supposed to know his customer's signature and the liability was his if he honoured a cheque on which his customer's signature had been forged. There were exceptions based on estoppel, but these were narrow. Attempts to impose on the customer a wider duty were, as Le Dain J. notes, firmly rejected.

A major reason for the rejection of a wider duty is that already mentioned: the need for a rule that was clear in most circumstances, cutting within a narrow compass the cases where the loss was directly attributable to the customer because of negligence or otherwise. Parke B. clearly expressed the policy militating against a wider duty in *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 950, at pp. 410-11 (H.L.C.), p. 959 (E.R.):

If such negligence could disentitle the Plaintiffs, to what extent is it to go? If a man should lose his cheque-book, or neglect to lock the desk in which it is kept, and a servant or stranger should take it up, it is impossible in our opinion to contend that a banker paying his forged cheque would be entitled to charge his customer with that payment.

Mon collègue se fonde sur le fait que le principe de la responsabilité concurrente ou alternative sur les plans contractuel et délictuel ne peut pas emporter reconnaissance d'une obligation de diligence sur le plan délictuel lorsque cette même obligation de diligence a été rejetée ou écartée par les tribunaux en tant que terme implicite d'une catégorie particulière de contrat. Je n'aborderais pas la question de cette façon-là. On ne doit pas, à mon avis, mettre distinctement l'accent sur le contrat entre le banquier et le client sans tenir compte du contexte. Dans l'interprétation de ce contrat, les tribunaux n'ont traité que d'un aspect d'une entreprise plus vaste, savoir l'élaboration d'un système ou d'un code général régissant les lettres de change, qui faisait partie du code de commerce et possédait ses propres règles et structures. Ce système avait notamment besoin de règles d'application générale qui étaient claires. Dans le cas des chèques contrefaits, la règle était claire. Le banquier était censé connaître la signature de son client et il était tenu responsable s'il acceptait un chèque sur lequel la signature de son client avait été contrefaite. Il existait des exceptions fondées sur une fin de non-recevoir, mais elles étaient limitées. Les tentatives d'imposer au client une obligation de portée plus large étaient, comme le fait remarquer le juge Le Dain, rejetées résolument.

L'une des principales raisons du rejet de l'existence d'une obligation de portée plus large a déjà été mentionnée: c'était la nécessité d'avoir une règle qui était claire dans la plupart des circonstances, limitant les cas où les pertes étaient attribuables directement au client en raison de sa négligence ou autrement. Le baron Parke a formulé clairement la règle qui milite contre l'existence d'une obligation de portée plus large, dans l'arrêt *Bank of Ireland v. Evans' Trustees* (1855), 5 H.L.C. 389, 10 E.R. 959, aux pp. 410 et 411 (H.L.C.), p. 959 (E.R.):

[TRADUCTION] Si pareille négligence pouvait priver les demandereses de leur droit d'action, jusqu'où cela va-t-il? Si un homme perd son carnet de chèques ou néglige de fermer à clé le bureau dans lequel il le garde et qu'un serviteur ou un inconnu s'en empare, selon nous, on ne saurait prétendre qu'un banquier qui honore son chèque contrefait aurait le droit de débiter son client de ce paiement.

Such broad uncertainty is out of place in the governance of negotiable instruments.

A further justification for restricting the duty within narrow bounds was later advanced, namely, that this effected a better distribution of loss. As Bray J. put it in *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India*, [1909] 2 K.B. 1010, at p. 1026: "To the individual customer the loss would often be serious; to the banker, it is negligible." Whether that ground existed earlier I have not attempted to determine.

The fact is, however, that a choice was made in favour of a narrow duty at a time before and during which notions of tort and contract were emerging. That policy choice was based on considerations having nothing to do with distinctions between tort and contract. It was felt to be appropriate to the governance of negotiable instruments. To introduce a wider duty today under the rubric of the tort of negligence would effect the same uncertainties as those referred to by Parke B. in the *Bank of Ireland* case. The line between carelessness and negligence in many everyday situations can be extremely hard to draw, and as I mentioned before there is need for more precise boundaries in this area.

It was against the background above described that the *Bills of Exchange Act*, now R.S.C. 1970, c. B-5, and in particular s. 49(1), was enacted. Generally, what Parliament sought to do by the *Bills of Exchange Act* was to codify the pre-existing law. It must, as in other cases, be presumed to have known the law in enacting the provision that now governs the situation. I cannot believe Parliament, by the word "precluded" (which embodies the only exceptions to the general rule), would have meant to authorize at this late date a wide divergence from the rules for loss allocation that it sought to codify. This does not mean that the law is completely frozen, but it does mean that it cannot be expanded in such a way as to give rise under a new label to a wider duty that

Il n'y a pas de place pour une si grande incertitude dans la réglementation des effets négociables.

Une autre raison de restreindre l'obligation de diligence dans un cadre étroit a été avancée ultérieurement, savoir, que cela amenait une meilleure répartition des pertes. Comme l'a dit le juge Bray dans l'arrêt *Kepitigalla Rubber Estates, Ltd. v. National Bank of India*, [1909] 2 K.B. 1010, à la p. 1026: [TRADUCTION] «Pour le client individuel, la perte serait souvent très grave; pour le banquier, elle est négligeable.» Je n'ai toutefois pas tenté de déterminer si ce motif existait auparavant.

Le fait est, cependant, qu'on a opté pour une obligation de portée restreinte à une certaine époque antérieure et ce, pendant que les notions de délit et de contrat commençaient à se développer. Ce choix se fondait sur des raisons qui n'avaient rien à voir avec des distinctions entre les domaines délictuel et contractuel. On l'a estimé adapté à la réglementation des effets négociables. Faire entrer maintenant une obligation de portée plus large sous la rubrique du délit de négligence amènerait les mêmes incertitudes que celles que mentionnait le baron Parke dans l'arrêt *Bank of Ireland*. Il peut être extrêmement difficile de tracer la ligne de démarcation entre le manque de diligence et la négligence dans beaucoup de situations de tous les jours, et, ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, il existe un besoin de limites plus précises dans ce domaine.

C'est dans ce contexte qu'on a adopté la *Loi sur les lettres de change*, actuellement S.R.C. 1970, chap. B-5, et plus particulièrement le par. 49(1). En général, ce que le législateur fédéral a tenté de faire au moyen de la *Loi sur les lettres de change*, c'est de codifier le droit déjà existant. Il faut supposer, comme dans d'autres cas, qu'il connaissait le droit lorsqu'il a adopté la disposition qui régit maintenant la situation. Je ne puis croire que le législateur, avec l'expression «n'est pas admis» (qui exprime les seules exceptions à la règle générale), ait voulu permettre à cette date tardive une divergence marquée par rapport aux règles de répartition des pertes qu'il essayait de codifier. Cela ne signifie pas que le droit est complètement figé, mais cela signifie qu'il ne peut pas être étendu

is inconsistent with the basic policy choice it sought to codify.

I would, therefore, dispose of the appeal in the manner proposed by Le Dain J.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Bassel, Sullivan & Leake, Toronto.

Solicitors for the respondent: Fraser & Beatty, Toronto.

de façon à donner naissance sous une nouvelle appellation à une obligation de portée plus large qui soit incompatible avec le choix de règles fondamentales qu'il tentait de codifier.

^a Je suis d'avis donc de disposer du pourvoi de la manière que propose le juge Le Dain.

Pourvoi accueilli avec dépens.

^b *Procureurs de l'appelante: Bassel, Sullivan & Leake, Toronto.*

Procureurs de l'intimée: Fraser & Beatty, Toronto.