

B.M.P. Global Distribution Inc. *Appellant*

v.

**Bank of Nova Scotia doing business
as the Scotiabank and the said
Scotiabank** *Respondent*

- and -

**Bank of Nova Scotia doing business
as the Scotiabank and the said
Scotiabank** *Appellant*

v.

**B.M.P. Global Distribution Inc., 636651
B.C. Ltd., Audie Hashka and Paul
Backman** *Respondents*

**INDEXED AS: B.M.P. GLOBAL DISTRIBUTION INC. v.
BANK OF NOVA SCOTIA**

Neutral citation: 2009 SCC 15.

File No.: 31930.

2008: May 15; 2009: April 2.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps
and Rothstein JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Financial institutions — Banks and banking operations — Fraudulent cheque — Banks' rights to recover money paid under mistake of fact and to trace funds — Collecting bank releasing funds in customer's account after drawee bank cleared cheque — Customer transferring portion of funds in its account to related accounts — Drawee bank later finding cheque to be fraudulent and requesting assistance of collecting bank to recover funds — Collecting bank restraining funds in customer's account and related accounts under its control and transferring funds back to drawee bank — Whether drawee bank can recover payment made under mistake of fact — Whether collecting bank had right to

B.M.P. Global Distribution Inc. *Appelante*

c.

**Banque de Nouvelle-Écosse faisant affaire
sous la dénomination Banque Scotia et ladite
Banque Scotia** *Intimée*

- et -

**Banque de Nouvelle-Écosse faisant affaire
sous la dénomination Banque Scotia et ladite
Banque Scotia** *Appelante*

c.

**B.M.P. Global Distribution Inc., 636651
B.C. Ltd., Audie Hashka et Paul
Backman** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : B.M.P. GLOBAL DISTRIBUTION INC.
c. BANQUE DE NOUVELLE-ÉCOSSE**

Référence neutre : 2009 CSC 15.

N° du greffe : 31930.

2008 : 15 mai; 2009 : 2 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Deschamps et Rothstein.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Institutions financières — Banques et opérations bancaires — Faux chèque — Droits des banques de recouvrer l'argent payé par erreur de fait et de suivre des fonds — Versement de fonds par la banque d'encaissement dans le compte d'une cliente après compensation du chèque par la banque tirée — Transfert par la cliente d'une partie des fonds de son compte aux comptes connexes — Banque tirée découvrant par la suite qu'il s'agit d'un faux chèque et demandant l'assistance de la banque d'encaissement pour le recouvrement des fonds — Blocage par la banque d'encaissement des fonds détenus dans le compte de la cliente et les comptes connexes ouverts chez elle et retransfert des fonds à la banque

claim funds in customer's account and to trace funds in related accounts.

Restitution — Mistake of fact — Fraudulent cheque — Whether money paid by bank recoverable from payee.

Commercial law — Bills of exchange — Fraudulent cheque — Whether money paid by bank recoverable from payee.

H and B owned interests in BMP, a company operating in British Columbia that distributed non-stick bakeware. They reached an agreement to sell the right to distribute the bakeware in the United States with a person they had recently met there. They subsequently received an unendorsed cheque of C\$904,563 payable to BMP. The cheque was drawn on the account of a company at the Royal Bank (“RBC”). Neither this company nor the name of the sender of the envelope containing the cheque was known to H or B or was apparently linked to the business purchasing the right to distribute the bakeware. H went to a branch of the Bank of Nova Scotia (“BNS”) where BMP held an account to deposit the cheque. BNS did not provide BMP with immediate access to the funds, but eventually received the funds from RBC in the ordinary course of business and released them to BMP. On that day and over the next 10 days, BMP made numerous transfers to other BNS accounts related to H, B, and H’s holding company. RBC subsequently notified BNS that the cheque for \$904,563 was counterfeit, as the drawer’s signatures were forged and asked for BNS’s assistance. BNS interrupted all transactions in BMP’s account and in all related accounts and asked BMP for assistance in recovering the proceeds of the forged cheque. BMP insisted on retaining the amount it still held. BNS then restrained the funds in accounts under its control that it linked to the forged cheque. RBC and BNS entered into an agreement by which BNS was, at RBC’s request, to transfer the restrained funds to RBC and RBC was to indemnify BNS for any losses related to the restraint and transfer. BNS transferred \$777,336 to RBC.

BMP, H, B, and H’s holding company sued BNS and claimed damages equivalent to the restrained amount, as well as non-pecuniary, aggravated and punitive damages. The trial judge ordered BNS to pay \$777,336 in

tirée — La banque tirée a-t-elle le droit de recouvrer un paiement effectué par erreur de fait? — La banque d'encaissement avait-elle le droit de réclamer des fonds dans le compte de la cliente et de suivre les fonds dans les comptes connexes?

Restitution — Erreur de fait — Faux chèque — Est-il possible de recouvrer auprès du preneur l'argent payé par la banque?

Droit commercial — Lettres de change — Faux chèque — Est-il possible de recouvrer auprès du preneur l'argent payé par la banque?

H et B avaient des intérêts dans BMP, qui exploitait en Colombie-Britannique une entreprise de distribution d’articles de cuisson antiadhésifs. Ils ont conclu avec une personne qu’ils avaient rencontrée récemment une entente concernant la vente du droit de distribuer les articles de cuisson aux États-Unis. Ils ont par la suite reçu un chèque non endossé de 904 563 \$CAN, payable à l’ordre de BMP. Le chèque était tiré sur le compte d’une société à la Banque Royale du Canada (« BRC »). H et B ne connaissaient ni cette société ni le nom de l’expéditeur de l’enveloppe contenant le chèque, lesquels n’avaient ni l’un ni l’autre de lien apparent avec l’entreprise qui s’est portée acquéreur du droit de distribuer les articles de cuisson. H s’est rendu à une succursale de la Banque de Nouvelle-Écosse (« BNÉ »), où BMP avait un compte, pour déposer le chèque. La BNÉ n’a pas immédiatement donné accès aux fonds, mais elle les a finalement reçus de la BRC dans le cours normal de ses activités et les a rendus disponibles à BMP. Le même jour et pendant les 10 jours qui suivirent, BMP a effectué de nombreux virements vers d’autres comptes de la BNÉ appartenant à H, B et une société de portefeuille de H. Par la suite, la BRC a avisé la BNÉ que le chèque de 904 563 \$ était un faux, car les signatures du tireur étaient contrefaites, et lui a demandé assistance. La BNÉ a interrompu toutes les opérations dans le compte de BMP et dans tous les comptes connexes et a sollicité la coopération de BMP pour récupérer le produit du faux chèque. BMP a tenu à conserver la somme qu’elle détenait encore. La BNÉ a alors bloqué les fonds dans les comptes ouverts chez elle, qu’elle avait liés au faux chèque. La BRC et la BNÉ ont conclu une entente par laquelle la BNÉ, à la demande de la BRC, doit transférer à la BRC les fonds bloqués et celle-ci doit indemniser de toute perte liée au blocage et au transfert. La BNÉ a transféré 777 336 \$ à la BRC.

BMP, H, B et la société de portefeuille de H ont poursuivi la BNÉ et ont réclamé des dommages-intérêts équivalant aux sommes bloquées ainsi que des dommages-intérêts non pécuniaires, des dommages-intérêts majorés

total pecuniary damages and also awarded damages for wrongful disclosure of information and defamation. In his view, BNS had violated the service agreement as well as the law applicable to banker/customer relations by charging back amounts credited to BMP's and the related accounts. The Court of Appeal allowed BNS's appeal against BMP by reducing the latter's damages to \$101. As to the funds traced in the related accounts, the court found that BMP's transfers were proper and that the cheques were actual bills of exchange and dismissed the appeals against H, B and H's holding company. In this Court, BMP appealed the Court of Appeal's reversal of the trial judge's conclusion on damages and also asked for punitive damages. BNS cross-appealed on the issue of tracing in the related accounts. It seeks the reversal of the Court of Appeal's decision and of the trial judge's damage award in favour of the holders of the related accounts.

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

If a person pays money to another under a mistake of fact which causes him to make the payment, he or she is *prima facie* entitled to recover it. The person's claim may fail, however, if (1) the payor intends that the payee shall have the money at all events or is deemed in law so to intend; (2) the payment is made for good consideration; or (3) the payee has changed his position in good faith or is deemed in law to have done so. Here, RBC had a right to recover the money paid to BMP. RBC's payment was made on the basis of a forged cheque and the defences are not available to BMP in the circumstances of this case. [22] [24]

RBC, as drawee, provided the funds under the mistaken assumption that the drawer's signature was genuine. In this situation, the payor cannot be said to have intended the payee to keep the money in any event. Nor is RBC deemed in law to intend that BMP keep the money. First, the principle of finality of payment acts as a general goal, but it does not negate rights that may otherwise accrue to a party and it cannot be raised by a payee as an indiscriminate bar to the recovery of a mistaken payment. Second, ss. 128(a) and 165(3) of the *Bills of Exchange Act* do not prevent RBC from recovering the money it paid by mistake. BMP did not take the instrument for value, so it was not a holder in due

et des dommages-intérêts punitifs. Le juge de première instance a ordonné à la BNÉ de payer 777 336 \$ en dommages-intérêts pécuniaires; il a aussi accordé des dommages-intérêts pour communication abusive de renseignements et pour diffamation. Selon lui, la BNÉ avait contrevenu au contrat de services ainsi qu'aux règles de droit régissant les relations banque-client, en annulant les crédits inscrits au compte de BMP et aux comptes connexes. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé par la BNÉ contre BMP, en réduisant à 101 \$ les dommages-intérêts de cette dernière. Quant aux fonds suivis dans les comptes connexes, la cour a conclu que les virements effectués par BMP étaient valides et que les chèques étaient d'authentiques lettres de change, et a rejeté les appels contre H, B et la société de portefeuille de H. BMP se pourvoit maintenant contre la décision de la Cour d'appel d'infirmer la conclusion du juge de première instance sur les dommages-intérêts et demande des dommages-intérêts punitifs. La BNÉ a formé un appel incident sur la question du suivi des fonds dans les comptes connexes. Elle cherche à faire infirmer la décision de la Cour d'appel ainsi que celle du juge de première instance d'octroyer des dommages-intérêts aux titulaires des comptes connexes.

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

Quiconque paie une somme d'argent par erreur de fait a, à première vue, le droit de la recouvrer. La demande de recouvrement peut cependant être rejetée dans les cas suivants : (1) le payeur avait l'intention que le bénéficiaire ait l'argent quoi qu'il arrive ou est juridiquement réputé avoir cette intention; (2) le paiement est effectué avec contrepartie valable; (3) le bénéficiaire a modifié sa situation de bonne foi ou est juridiquement réputé l'avoir fait. En l'espèce, la BRC a droit au recouvrement des fonds payés à BMP. Le paiement effectué par la BRC est fondé sur un faux chèque, et BMP ne peut invoquer ces moyens de défense dans les circonstances de l'espèce. [22] [24]

La BRC, en tant que banque tirée, a fourni les fonds en croyant à tort à l'authenticité des signatures du tireur. Dans cette situation, on ne peut considérer que le payeur avait l'intention que le preneur conserve les fonds quoi qu'il arrive. La BRC n'est pas non plus juridiquement réputée avoir l'intention que BMP garde l'argent quoi qu'il arrive. Premièrement, le principe de l'irrévocabilité du paiement sert d'objectif général, mais il ne nie pas les droits qu'une partie peut faire valoir par ailleurs et il ne permet pas aux bénéficiaires de s'opposer arbitrairement à tout recouvrement de paiement fait par erreur. Deuxièmement, l'al. 128(a) et le par. 165(3) de la *Loi sur les lettres de change* n'empêchent pas la BRC de recouvrer

course. Since only a holder in due course can benefit from s. 128(a), even if RBC was deemed, by payment, to have accepted the forged cheque, it would not be precluded from denying to BMP the genuineness of the signatures of the drawer. Section 165(3) deems the collecting bank to be in the same position as a party who has taken the bill free from any defect of title of prior parties. A bank, however, is not obligated to rely on the s. 165(3) protection when restitution is claimed from it. The payee, BMP, stands as a third party with respect to this protection. The payee may benefit from defences that are inherent in the rules on mistake of fact, but not from the protection of s. 165(3). Third, nothing in the service agreement between BMP and BNS precluded BNS from returning the funds to RBC. Clause 4.7 of the agreement gives the bank an explicit right to charge back amounts credited to the customer's account if an instrument is not settled. The settlement referred to in this clause is the receipt of the funds through the banking system, and more particularly through the clearing mechanism available to members of the Canadian Payments Association. Although the restraint of the funds by BNS could not be based on clause 4.7, since BNS had received settlement from RBC, the contract does not preclude the application of the common law where a payment has been made under a mistake of fact. The service agreement is a standard form contract and the doctrine of mistake of fact can be seen as an implied term of the agreement. This is even more true here where a clause of the service agreement explicitly provides that BNS retains its rights under "any law" (clause 17.3). Furthermore, the clearing rules of the Canadian Payments Association could not be relied on to arrive at the conclusion that BMP had a right to the proceeds of the forged cheque. These rules apply only to relations between members of the Association and they themselves provide for the survival of the members' common law rights (clause 1(b) of Rule A4). They do not create entitlement for third parties and the service agreement did not incorporate the clearing rules for BMP's benefit. [26-28] [35] [39-41] [45] [48] [50-58]

The question whether BMP has given consideration must be answered in the negative in light of the trial judge's finding of fact that BMP gave no value for the instrument. Lastly, BMP did not change its position. Once the collecting bank receives the funds from the drawee and credits the payee, its role as a collecting bank is terminated. It then becomes the holder of the funds under its contract with its customer. When a

l'argent qu'elle a payé par erreur. BMP n'a pas pris l'effet à titre onéreux; elle n'est donc pas détenteur régulier. Étant donné que seul un détenteur régulier peut se prévaloir de l'al. 128a), même si la BRC était réputée — à cause du paiement — avoir accepté le faux chèque, elle ne serait pas empêchée d'opposer à BMP l'authenticité des signatures du tireur. Aux termes du par. 165(3), la banque d'encaissement est réputée être dans la même situation que la partie qui aurait pris l'effet libre de tout défaut dans le titre des parties antérieures. Les banques ne sont toutefois pas obligées d'opposer aux demandes de restitution la mesure de protection prévue par le par. 165(3). Le preneur, BMP, est un tiers à l'égard de cette protection. Il peut se prévaloir des moyens de défense inhérents aux règles concernant l'erreur de fait, mais non de la protection conférée par le par. 165(3). Troisièmement, rien dans le contrat de services entre BMP et la BNÉ n'interdisait à cette dernière de retourner les fonds à la BRC. La clause 4.7 du contrat confère explicitement à la banque le droit d'annuler un crédit porté au compte du client si un effet n'est pas réglé. Le règlement dont il est question dans la clause est la réception des fonds par l'intermédiaire du système bancaire et, plus particulièrement, du mécanisme de compensation dont disposent les membres de l'Association canadienne des paiements. Le blocage des fonds opéré par la BNÉ ne pouvait pas reposer sur la clause 4.7 parce qu'il y avait eu règlement entre la BNÉ et la BRC, mais le contrat n'exclut pas l'application des règles de common law dans le cas d'un paiement fondé sur une erreur de fait. Le contrat de services est un contrat type et la doctrine de l'erreur de fait peut être considérée comme une stipulation contractuelle implicite. Cela est d'autant plus vrai en l'espèce qu'une clause du contrat de services prévoit expressément que la BNÉ conserve les droits qui lui sont reconnus « en vertu des lois » (clause 17.3). Par ailleurs, les règles de compensation de l'Association canadienne des paiements ne permettaient pas de conclure que BMP avait un droit sur le produit du faux chèque. Elles ne s'appliquent qu'aux relations entre les membres de l'Association et elles-mêmes prévoient que les membres continuent d'exercer les droits qu'ils tiennent de la common law (al. 1(b) de la règle A4). Elles ne confèrent pas de droits aux tiers et le contrat de services n'incorpore pas les règles de compensation au profit de BMP. [26-28] [35] [39-41] [45] [48] [50-58]

Il faut répondre par la négative à la question de savoir si BMP a fourni une contrepartie, compte tenu de la conclusion de fait du juge de première instance que BMP n'a pas acquis l'effet à titre onéreux. Enfin, la situation de BMP n'a pas changé. Une fois que la banque d'encaissement a reçu les fonds de la banque tirée et les a portés au compte du preneur, son rôle d'encaissement prend fin. C'est alors en exécution du contrat qui la lie

customer deposits funds into an account, the customer becomes a creditor of the bank and the bank holds these funds as its own until the customer asks for repayment. Although, once the funds were credited in BMP's account, BNS's role was changed from that of a collecting bank to that of a borrower, for the purpose of the change of position analysis, it must be concluded that BNS remained the holder of the funds. Neither BNS as the holder of the funds nor the payee had changed its position, since at the time they were restrained, the funds now claimed by BMP were still credited to its account. [61-64]

All the conditions for recovery of the payment made by mistake are met. As BNS was entitled to give effect to RBC's claim for restitution of the moneys paid under mistake of fact, the *jus tertii* argument fails. The rightful owner had a legitimate claim against the recipient, and BNS had no duty to give preference to BMP. BMP insisted on retaining the funds even though it had given no consideration for them and even though the fraud was beyond dispute. BMP did not lose anything because the funds had to be returned to RBC. BNS's actions entailed no risk of curtailing the protection from which a holder in due course is entitled to benefit. Finally, there are no policy considerations that would preclude BNS from responding to RBC's common law right in this case. [65-73]

BNS had the right to claim the amount in BMP's account and to trace funds in the related accounts. There is no issue of identification of the money in BMP's account. The unchallenged evidence clearly indicates that it comes from the funds received from RBC. BNS, as agent, received the funds from RBC and, after crediting them to its principal, BMP, received them back under the banking contract. Having received the funds back, BNS had to make restitution to RBC. BNS's status with respect to the funds in the related accounts is different since BNS was not acting as agent of the holders of the related accounts. It is possible at common law to trace funds into bank accounts if it is possible to identify the funds. When the chain is broken by one of the intervening parties paying from its own funds, identification of the claimant's funds is no longer possible. However, the clearing system is a neutral factor and does not constitute a systematic break in the chain of possession of the funds. Paying through the clearing system amounts to no more than channelling the funds. Certification also does not affect the traceability of the underlying funds. Here, the funds have not lost their identity. When BNS

à son client qu'elle détient les fonds. Le dépôt de fonds auprès d'une banque, qui les détient alors comme s'il s'agissait des siens jusqu'à une demande de paiement de la part du client, fait naître une relation débiteur-crédancier entre la banque et son client. Une fois les fonds portés au crédit du compte de BMP, malgré le changement du rôle de la BNÉ, qui passe de banque d'encaissement à emprunteuse, pour les besoins de l'analyse relative au changement de situation, il faut conclure que la BNÉ détenait toujours les fonds. Ni la situation de la BNÉ en tant que détentrice des fonds ni celle du preneur n'avaient changé puisque, au moment de leur blocage, les fonds que BMP réclame maintenant se trouvaient toujours au crédit de son compte. [61-64]

Toutes les conditions du recouvrement du paiement par erreur sont remplies. Comme la BNÉ pouvait à bon droit donner suite à la demande de la BRC visant la restitution des sommes payées par erreur de fait, l'argument du droit du tiers ne peut être retenu. Le propriétaire légitime pouvait à bon droit exiger du récepteur le remboursement des fonds, et la BNÉ n'était nullement tenue de donner la préférence à BMP. BMP a tenu à conserver les fonds même si elle n'avait fourni aucune contrepartie et que la fraude était incontestable. BMP n'a rien perdu du fait que les fonds devaient être retournés à la BRC. Les gestes de la BNÉ ne risquaient pas de restreindre la protection à laquelle avait droit un détenteur régulier. Enfin, il n'existe aucune considération de politique générale qui, en l'espèce, empêcherait la BNÉ de donner suite au droit que la common law confère à la BRC. [65-73]

La BNÉ avait le droit de réclamer les fonds dans le compte de BMP et de suivre ceux dans les comptes connexes. L'identification de l'argent dans le compte de BMP ne pose pas de problème. La preuve incontestée indique clairement qu'il provient des fonds reçus de la BRC. En tant que mandataire, la BNÉ a reçu les fonds de la BRC et, après qu'elle les a portés au crédit de son mandant, BMP, ces fonds lui ont été de nouveau remis en vertu du contrat bancaire. Ayant reçu de nouveau les fonds, elle devait les restituer à la BRC. Le statut de la BNÉ à l'égard des fonds détenus dans les comptes connexes est différent puisqu'elle n'agissait pas à titre de mandataire des titulaires de ces comptes. Il est possible en common law de suivre des fonds portés au crédit de comptes bancaires s'il est possible de les identifier. Lorsque la chaîne est interrompue du fait que les intervenants paient de leur poche, il n'est plus possible d'identifier les fonds du demandeur. Toutefois, le système de compensation est un facteur neutre et ne constitue pas une rupture systématique dans la chaîne de possession des fonds. Payer par l'entremise du système de compensation n'est rien d'autre qu'un moyen d'acheminer les

acted on BMP's instructions and transferred money to the related accounts, the transferred funds were clearly related to the forged cheque BNS had mistakenly credited to BMP's account. The fact that some of the related accounts had prior balances is not a bar to recovery. Not only were the balances not substantial, but RBC can trace its own contribution to the balances remaining in the accounts since the withdrawals of all those who received funds far exceeded their contributions. [77] [83-88]

In light of the conclusion that BNS could resist BMP's claim on the basis of the doctrine of mistake of fact, BMP's related claim for punitive damages can only fail. [91-92]

Cases Cited

Applied: *Agip (Africa) Ltd. v. Jackson*, [1992] 4 All E.R. 451, aff'g [1992] 4 All E.R. 385; *Banque Belge pour l'Étranger v. Hambrouck*, [1921] 1 K.B. 321; **explained:** *Bank of Montreal v. The King* (1907), 38 S.C.R. 258; **referred to:** *Barclays Bank Ltd. v. W. J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.*, [1979] 3 All E.R. 522; *Royal Bank v. The King*, [1931] 2 D.L.R. 685; *Royal Bank of Canada v. LVG Auctions Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 582, aff'd (1984), 12 D.L.R. (4th) 768; *Toronto-Dominion Bank v. Pella/Hunt Corp.* (1992), 10 O.R. (3d) 634; *A.E. LePage Real Estate Services Ltd. v. Rattray Publications* (1994), 120 D.L.R. (4th) 499; *Central Guaranty Trust Co. v. Dixdale Mortgage Investment Corp.* (1994), 24 O.R. (3d) 506; *Price v. Neal* (1762), 3 Burr. 1354, 97 E.R. 871; *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1991] 2 A.C. 548; *St. Martin Supplies Inc. v. Boucley*, [1969] C.S. 324; *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727; *Bank of Montreal v. Attorney General of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 565; *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110; *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711; *National Bank of Greece (Canada) v. Bank of Montreal*, [2001] 2 F.C. 288; *Bank of Nova Scotia v. Regent Enterprises Ltd.* (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 102; *Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 90 D.L.R. (4th) 117, rev'd (1992), 98 D.L.R. (4th) 736, leave to appeal refused, [1993] 2 S.C.R. vii; *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147; *Foley v. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002; *Bank Canadian National v. Gingras*, [1977] 2 S.C.R. 554; *British American Continental*

fonds. La certification n'influe pas non plus sur la possibilité de suivre les fonds sous-jacents. En l'espèce, les fonds n'ont pas perdu leur identité. Lorsque la BNÉ, en exécution des instructions de BMP, a transféré l'argent sur les comptes connexes, les fonds virés avaient clairement un lien avec le faux chèque que la BNÉ avait par erreur porté au compte de BMP. Le fait que certains comptes connexes avaient déjà un solde avant l'opération n'empêche pas le recouvrement. En effet, non seulement les montants des soldes n'étaient pas élevés, mais la BRC peut suivre les sommes pour lesquelles elle a elle-même contribué aux soldes des comptes puisque les retraits effectués par tous ceux qui ont reçu des fonds dépassaient de beaucoup leur contribution aux fonds. [77] [83-88]

Compte tenu de la conclusion que la BNÉ pouvait contester la réclamation de BMP en invoquant la doctrine de l'erreur de fait, la demande de BMP concernant les dommages-intérêts ne peut qu'être rejetée. [91-92]

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Agip (Africa) Ltd. c. Jackson*, [1992] 4 All E.R. 451, conf. [1992] 4 All E.R. 385; *Banque Belge pour l'Étranger c. Hambrouck*, [1921] 1 K.B. 321; **arrêt expliqué :** *Bank of Montreal c. The King* (1907), 38 R.C.S. 258; **arrêts mentionnés :** *Barclays Bank Ltd. c. W. J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.*, [1979] 3 All E.R. 522; *Royal Bank c. The King*, [1931] 2 D.L.R. 685; *Royal Bank of Canada c. LVG Auctions Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 582, conf. par (1984), 12 D.L.R. (4th) 768; *Toronto-Dominion Bank c. Pella/Hunt Corp.* (1992), 10 O.R. (3d) 634; *A.E. LePage Real Estate Services Ltd. c. Rattray Publications* (1994), 120 D.L.R. (4th) 499; *Central Guaranty Trust Co. c. Dixdale Mortgage Investment Corp.* (1994), 24 O.R. (3d) 506; *Price c. Neal* (1762), 3 Burr. 1354, 97 E.R. 871; *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, [1991] 2 A.C. 548; *St. Martin Supplies Inc. c. Boucley*, [1969] C.S. 324; *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727; *Banque de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565; *Joachimson c. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110; *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711; *Banque Nationale de Grèce (Canada) c. Banque de Montréal*, [2001] 2 C.F. 288; *Bank of Nova Scotia c. Regent Enterprises Ltd.* (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 102; *Toronto-Dominion Bank c. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 90 D.L.R. (4th) 117, inf. par (1992), 98 D.L.R. (4th) 736, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 2 R.C.S. vii; *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147; *Foley c. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002; *Banque Canadienne Nationale*

Bank v. British Bank for Foreign Trade, [1926] 1 K.B. 328; *Bavins, Junr. & Sims v. London and South Western Bank, Ltd.*, [1900] 1 Q.B. 270; *Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada*, [1997] 3 S.C.R. 805; *Taylor v. Plumer* (1815), 3 M. & S. 562, 34 E.R. 721; *Foskett v. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102; *Lawrie v. Rathbun* (1876), 38 U.C.Q.B. 255; *Carter v. Long & Bisby* (1896), 26 S.C.R. 430; *Centrac Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1994), 21 O.R. (3d) 161.

Statutes and Regulations Cited

Bills of Exchange Act, R.S.C. 1985, c. B-4, ss. 48(1), 55(1)(b), 128(a), (b), 165(3).

Authors Cited

Ames, J. B. “The Doctrine of Price v. Neal” (1891), 4 *Harv. L. Rev.* 297.

Birks, Peter. “Overview: Tracing, Claiming and Defences”, in Peter Birks, ed., *Laundering and Tracing*. Oxford: Clarendon Press, 2003.

Crawford, Bradley. *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada*, 8th ed., vol. 1. Toronto: Canada Law Book, 1986.

Crawford, Bradley. *Payment, Clearing and Settlement in Canada*, vol. 1, *Policies, Institutions and Systems*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2002.

Fridman, G. H. L. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Geva, Benjamin. “Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC*” (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 177.

Geva, Benjamin. “Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects: Panel Discussion” (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 269.

Goff of Chieveley, Lord, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2002.

Goode, R. M. “The Right to Trace and its Impact in Commercial Transactions — I” (1976), 92 *L.Q. Rev.* 360.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007.

Klinck, Dennis R. ““Two Distincts, Division None”: Tracing Money into (and out of) Mixed Accounts” (1988), 2 *B.F.L.R.* 147.

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2008, release 4).

Millett, Peter J. “Tracing the Proceeds of Fraud” (1991), 107 *L.Q. Rev.* 71.

c. Gingras, [1977] 2 R.C.S. 554; *British American Continental Bank c. British Bank for Foreign Trade*, [1926] 1 K.B. 328; *Bavins, Junr. & Sims c. London and South Western Bank, Ltd.*, [1900] 1 Q.B. 270; *Citadelle (La), Cie d’assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805; *Taylor c. Plumer* (1815), 3 M. & S. 562, 34 E.R. 721; *Foskett c. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102; *Lawrie c. Rathbun* (1876), 38 U.C.Q.B. 255; *Carter c. Long & Bisby* (1896), 26 R.C.S. 430; *Centrac Inc. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1994), 21 O.R. (3d) 161.

Lois et règlements cités

Loi sur les lettres de change, L.R.C. 1985, ch. B-4, art. 48(1), 55(1)(b), 128(a), (b), 165(3).

Doctrine citée

Ames, J. B. « The Doctrine of Price v. Neal » (1891), 4 *Harv. L. Rev.* 297.

Birks, Peter. « Overview: Tracing, Claiming and Defences », in Peter Birks, ed., *Laundering and Tracing*. Oxford : Clarendon Press, 2003.

Crawford, Bradley. *Crawford and Falconbridge, Banking and Bills of Exchange: A Treatise on the Law of Banks, Banking, Bills of Exchange and the Payment System in Canada*, 8th ed., vol. 1. Toronto : Canada Law Book, 1986.

Crawford, Bradley. *Payment, Clearing and Settlement in Canada*, vol. 1, *Policies, Institutions and Systems*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2002.

Fridman, G. H. L. *Restitution*, 2nd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992.

Geva, Benjamin. « Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC* » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 177.

Geva, Benjamin. « Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects: Panel Discussion » (1981-1982), 6 *Rev. can. dr. comm.* 269.

Goff of Chieveley, Lord, and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 6th ed. London : Sweet & Maxwell, 2002.

Goode, R. M. « The Right to Trace and its Impact in Commercial Transactions — I » (1976), 92 *L.Q. Rev.* 360.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*. Markham, Ont. : LexisNexis, 2007.

Klinck, Dennis R. « “Two Distincts, Division None” : Tracing Money into (and out of) Mixed Accounts » (1988), 2 *B.F.L.R.* 147.

Maddaugh, Peter D., and John D. McCamus. *The Law of Restitution*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2008, release 4).

- Ogilvie, M. H. *Bank and Customer Law in Canada*. Toronto: Irwin Law, 2007.
- Scott, Stephen A. “Comment on Benjamin Geva’s Paper: ‘Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects’” (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 331.
- Scott, Stephen A. “The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History” (1973), 19 *McGill L.J.* 78.
- Smith, Lionel D. *The Law of Tracing*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- Ulph, Janet. “Retaining Proprietary Rights at Common Law Through Mixtures and Changes”, [2001] *L.M.C.L.Q.* 449.
- Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. *Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials*, 3rd ed., vol. II, *Negotiable Instruments and Banking* by Benjamin Geva. Toronto: Emond-Montgomery, 1995.
- Millett, Peter J. « Tracing the Proceeds of Fraud » (1991), 107 *L.Q. Rev.* 71.
- Ogilvie, M. H. *Bank and Customer Law in Canada*. Toronto : Irwin Law, 2007.
- Scott, Stephen A. « Comment on Benjamin Geva’s Paper : “Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects” » (1981-1982), 6 *Rev. can. dr. comm.* 331.
- Scott, Stephen A. « The Bank is Always Right : Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History » (1973), 19 *McGill L.J.* 78.
- Smith, Lionel D. *The Law of Tracing*. Oxford : Clarendon Press, 1997.
- Ulph, Janet. « Retaining Proprietary Rights at Common Law Through Mixtures and Changes », [2001] *L.M.C.L.Q.* 449.
- Ziegel, Jacob S., Benjamin Geva and R. C. C. Cuming. *Commercial and Consumer Transactions : Cases, Text and Materials*, 3rd ed., vol. II, *Negotiable Instruments and Banking* by Benjamin Geva. Toronto : Emond-Montgomery, 1995.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Huddart, Saunders and Low JJ.A.), 2007 BCCA 52, 24 B.L.R. (4th) 201, 278 D.L.R. (4th) 501, 3 W.W.R. 649, 235 B.C.A.C. 252, 388 W.A.C. 252, 63 B.C.L.R. (4th) 214, [2007] B.C.J. No. 137 (QL), 2007 CarswellBC 155, allowing an appeal and dismissing a cross-appeal from a decision of Cohen J., 2005 BCSC 1091, 8 B.L.R. (4th) 247, [2005] B.C.J. No. 1662 (QL), 2005 CarswellBC 1826. Appeal dismissed and cross-appeal allowed.

Paul E. Jaffe and Dean Fox, for the appellant and the respondents on cross-appeal.

D. Geoffrey G. Cowper, Q.C., Brook Greenberg and Jennifer Francis, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of the Court was delivered by

DESCHAMPS J. —

1. Facts

[1] The issue in this case is whether a bank must pay damages to customers for debits made from their accounts when reversing credits that had been entered in relation to a forged cheque. The trial

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Huddart, Saunders et Low), 2007 BCCA 52, 24 B.L.R. (4th) 201, 278 D.L.R. (4th) 501, 3 W.W.R. 649, 235 B.C.A.C. 252, 388 W.A.C. 252, 63 B.C.L.R. (4th) 214, [2007] B.C.J. No. 137 (QL), 2007 CarswellBC 155, qui a accueilli un appel et rejeté un appel incident contre une décision du juge Cohen, 2005 BCSC 1091, 8 B.L.R. (4th) 247, [2005] B.C.J. No. 1662 (QL), 2005 CarswellBC 1826. Pourvoi rejeté et pourvoi incident accueilli.

Paul E. Jaffe et Dean Fox, pour l’appelante et les intimés au pourvoi incident.

D. Geoffrey G. Cowper, c.r., Brook Greenberg et Jennifer Francis, pour l’intimée/appelante au pourvoi incident.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE DESCHAMPS —

1. Les faits

[1] Il s’agit en l’espèce de déterminer si une banque doit payer des dommages-intérêts à ses clients pour avoir débité leurs comptes en annulant des crédits inscrits en relation avec un chèque frauduleux. Tout

judge, although acknowledging that his conclusion was absurd, found for the holders of the accounts. With respect, I agree with the Court of Appeal, albeit for different reasons, that the law does not dictate such a result. I also conclude that where money has been transferred in circumstances in which it can still be identified, tracing is permitted.

[2] As Saunders J.A. wrote for the Court of Appeal, the tale in this case is a strange one. It started when Audie Hashka and Paul Backman met Sunn Newman in the United States. Newman was said to be associated with a concern called Sunrise Marketing. Hashka and Backman owned interests in the appellant, B.M.P. Global Distribution Inc. (“BMP”), a company operating in British Columbia that distributed non-stick bakeware without any formal licence or written agreement with its supplier. As the trial judge found, neither party was known to the other and neither had any business information concerning the other. According to Hashka and Backman, upon their return to Canada, an oral agreement was reached by telephone that Newman or Sunrise Marketing would purchase the right to distribute the bakeware in the United States. In the trial judge’s words, “Backman agreed that Hashka arrived at the price of US \$1.2 million by pulling the number out of the air” (2005 BCSC 1091, 8 B.L.R. (4th) 247, at para. 13). No projected cash flow statements, business plans or marketing plans were used as a basis for the negotiations, and BMP had conducted no research into Newman or Sunrise Marketing. The trial judge added: “Further, Newman did not request copies of BMP Global’s financial statements or sales records (indicating a net loss of approximately \$3,500), nor did BMP Global offer to provide this kind of information to Newman” (para. 13). According to Backman, he and Hashka decided to do business with Newman because he “was a sharp-looking guy that seemed like he had a lot of potential”. Hashka testified that Newman “seemed like a businessman” because he “dressed well”.

en reconnaissant que le résultat auquel il est parvenu était absurde, le juge de première instance a statué en faveur des titulaires des comptes. Avec égards, mais pour d’autres motifs que ceux retenus par la Cour d’appel, j’estime que le droit ne dicte pas la conclusion du juge de première instance. Je conclus aussi que le suivi (« *tracing* ») est autorisé si les fonds ont été transférés dans des circonstances qui permettent de les identifier.

[2] Comme l’a écrit la juge Saunders pour la Cour d’appel, il s’agit d’une étrange histoire. Elle débute par la rencontre aux États-Unis d’Audie Hashka et de Paul Backman avec Sunn Newman, dont on dit qu’il est associé à une entreprise du nom de Sunrise Marketing. Messieurs Hashka et Backman ont des intérêts dans l’appelante B.M.P. Global Distribution Inc. (« BMP »), qui exploite en Colombie-Britannique une entreprise de distribution d’articles de cuisson antiadhésifs, sans licence officielle ou entente écrite avec son fournisseur. Comme l’a constaté le juge de première instance, aucune des parties ne connaissait l’autre ni n’avait de renseignements commerciaux à son sujet. Selon MM. Hashka et Backman, une entente a été conclue par téléphone après leur retour au Canada, selon laquelle M. Newman ou Sunrise Marketing se porterait acquéreur du droit de distribuer les articles de cuisson aux États-Unis. Comme l’a dit le juge de première instance, [TRADUCTION] « M. Backman a reconnu que le prix de 1,2 million \$US établi par M. Hashka était tout à fait arbitraire » (2005 BCSC 1091, 8 B.L.R. (4th) 247, par. 13). Aucun état prévisionnel des flux de trésorerie, plan d’entreprise ou stratégie de marketing n’a servi de base à la négociation et BMP n’avait effectué aucune recherche au sujet de M. Newman ou de Sunrise Marketing. Le juge de première instance a ajouté : [TRADUCTION] « De plus, M. Newman n’a pas demandé de copie des états financiers ou de l’état des ventes (indiquant une perte nette d’environ 3 500 \$) de BMP, et cette dernière n’a pas proposé de les lui fournir » (par. 13). Selon M. Backman, M. Hashka et lui ont décidé de faire affaire avec M. Newman parce qu’il [TRADUCTION] « avait belle allure et semblait avoir beaucoup de potentiel ». Monsieur Hashka a lui aussi témoigné que M. Newman [TRADUCTION] « avait l’air d’un homme d’affaires » parce qu’il « était bien mis ».

[3] On October 22, 2001, Hashka went to a Burnaby branch of the Bank of Nova Scotia (“BNS”) where BMP held an account. He said that he wanted to deposit an unendorsed cheque for C\$904,563 that was payable to BMP. He informed the branch manager that the cheque was a down payment for distributorship rights for BMP’s products in the eastern United States (trial judgment, at para. 20). The cheque was drawn on an account of a corporation called First National Financial Corporation (“First National”) at a Toronto branch of the Royal Bank of Canada (“RBC”). The cheque had been received the same day, without a cover letter, in an envelope on which the sender’s name and address appeared as E. Smith of 6-6855 Airport Road, Mississauga, Ontario, L4V 1Y9, (416) 312-7205. Neither the drawer of the cheque nor the sender was known to Hashka or Backman or was apparently linked to Newman. No attempts were made to contact either First National or E. Smith before the cheque was taken to the bank.

[4] On receiving the cheque, BNS recorded it as a deposit to BMP’s account. The cheque was not endorsed. BNS did not provide immediate access to the \$904,563, because the funds already credited to the account were not sufficient to cover the amount of the cheque: the balance prior to the deposit was \$59.67. The circumstances were so unusual that the branch manager informed Hashka and Backman that the funds would be held until the bank was satisfied that the instrument was authentic (trial judgment, at para. 282). BNS contacted RBC to ensure that there were sufficient funds in First National’s account and that a hold had not been placed on the cheque. BNS eventually received the funds in the ordinary course of business and released them on October 30, 2001. On that date and over the next ten days, BMP made numerous transactions, including a transfer of US\$20,000 to a Citibank account in New York City whose holder Hashka and Backman said they did not know. The largest transfers were to accounts of Hashka and Backman and to an account opened on November 2, 2001 in the name of a holding company, 636651 B.C. Ltd., that was wholly controlled by Hashka. The Court of Appeal described this flurry of transactions as a dispersion

[3] Le 22 octobre 2001, M. Hashka s’est rendu à la succursale de Burnaby de la Banque de Nouvelle-Écosse (« BNÉ »), où BMP avait un compte. Il voulait déposer un chèque non endossé de 904 563 \$CAN, payable à l’ordre de BMP. Il a informé le directeur de la succursale que le chèque représentait un acompte pour les droits de distribution des produits de BMP dans l’est des États-Unis (jugement de première instance, par. 20). Le chèque était tiré sur le compte d’une société nommée First National Financial Corporation (« First National ») auprès d’une succursale de Toronto de la Banque Royale du Canada (« BRC »); il avait été reçu le jour même, sans lettre d’accompagnement, dans une enveloppe portant comme coordonnées de l’expéditeur E. Smith, 6-6855 Airport Road, Mississauga (Ontario), L4V 1Y9, (416) 312-7205. Messieurs Hashka et Backman ne connaissaient ni le tireur du chèque ni l’expéditeur, lesquels n’avaient ni l’un ni l’autre de lien apparent avec M. Newman. Personne n’a essayé de joindre First National ou E. Smith avant que le chèque ne soit porté à la banque.

[4] En recevant le chèque, qui n’a pas été endossé, la BNÉ l’a enregistré comme dépôt au compte de BMP. Elle n’a pas immédiatement donné accès aux 904 563 \$, car le solde créditeur du compte n’était pas suffisant pour couvrir le montant du chèque — le solde était alors de 59,67 \$. Les circonstances sortaient à ce point de l’ordinaire que le directeur de la succursale a informé MM. Hashka et Backman que les fonds seraient retenus jusqu’à ce que la banque puisse s’assurer de l’authenticité de l’effet (jugement de première instance, par. 282). La BNÉ a vérifié auprès de la BRC que le compte de First National était suffisamment provisionné et que le chèque n’avait pas fait l’objet d’une opposition. Elle a finalement reçu les fonds dans le cours normal de ses activités et les a rendus disponibles le 30 octobre 2001. À cette date et pendant les dix jours qui suivirent, BMP a effectué de nombreuses opérations, dont un virement de 20 000 \$US à un compte de Citibank à New York, en faveur d’un titulaire qui, selon le témoignage de MM. Hashka et Backman, leur était inconnu. Les virements les plus importants ont été effectués vers les comptes de MM. Hashka et Backman ainsi que vers un compte ouvert le 2 novembre 2001 au nom d’une société de portefeuille,

of funds (2007 BCCA 52, 24 B.L.R. (4th) 201, at para. 11).

[5] The movements of funds involving BMP's account and the accounts of Hashka, Backman and 636651 B.C. Ltd. can be summarized as follows:

1. On November 5, two cheques drawn on BMP's account were deposited in the account of 636651 B.C. Ltd., one, certified by BNS, in the amount of \$100,000 and the other in the amount of \$300,000. Prior to these deposits totalling \$400,000, the balance of the account was zero. After the deposits, \$7,000 was used to pay travelling expenses and personal expenses incurred by Hashka.
2. A total of \$70,000 was transferred from BMP's account to Backman's chequing account by way of deposits of \$50,000 on October 29 and \$20,000 on November 1. Prior to these deposits, the balance in the account was \$45.87. A total of \$52,351.81 was used to make purchases and retire outstanding debts incurred before the forged cheque was deposited in BMP's account. A deposit of \$17.11 was made on November 3 as a result of a point of sale refund from a Future Shop store.
3. An amount of \$3,000 was transferred from Backman's chequing account to his savings account. The prior balance of the savings account was \$74.35. No other deposits were made into this account. From the savings account, \$428.56 was used to pay outstanding debts incurred prior to the receipt of the forged cheque.
4. A total of \$20,000 was transferred from BMP's account to Hashka's account. The prior balance in Hashka's account was \$236.29. In addition, a payroll cheque for \$3,022.49 was deposited on October 30. A total of \$10,153.91 was used to pay personal debts, day-to-day expenses and entertainment expenses.

636651 B.C. Ltd., entièrement administrée par M. Hashka. Pour décrire ce cortège d'opérations, la Cour d'appel a parlé de dispersion des fonds (2007 BCCA 52, 24 B.L.R. (4th) 201, par. 11).

[5] Les déplacements des fonds impliquant le compte de BMP et ceux de MM. Hashka et Backman, et de 636651 B.C. Ltd. peuvent être résumés ainsi :

1. Le 5 novembre, deux chèques tirés sur le compte de BMP ont été déposés dans celui de 636651 B.C. Ltd. : l'un, certifié par la BNÉ, d'un montant de 100 000 \$, et l'autre, d'un montant de 300 000 \$. Avant les dépôts, totalisant 400 000 \$, aucun crédit ne paraissait au compte. Après les dépôts, 7 000 \$ ont servi à payer des frais de déplacement et dépenses personnelles engagés par M. Hashka.
2. Un virement de 70 000 \$ a été effectué du compte de BMP au compte chèques de M. Backman sous forme de deux dépôts : l'un de 50 000 \$ le 29 octobre et l'autre de 20 000 \$ le 1^{er} novembre. Avant les dépôts, le solde du compte était de 45,87 \$. Au total, 52 351,81 \$ ont servi à des achats et au remboursement de diverses dettes contractées avant le dépôt du faux chèque dans le compte de BMP. Il y a eu un dépôt de 17,11 \$ le 3 novembre, représentant le remboursement à un point de vente d'un magasin Future Shop.
3. Un virement de 3 000 \$ a été effectué du compte chèques de M. Backman à son compte d'épargne, dont le solde était de 74,35 \$ avant cette opération. Il n'y a pas eu d'autre dépôt sur ce compte. 428,56 \$ ont été prélevés sur le compte d'épargne pour rembourser des dettes antérieures à la réception du faux chèque.
4. Un virement de 20 000 \$ a été effectué du compte de BMP à celui de M. Hashka, dont le solde antérieur était de 236,29 \$. De plus, un chèque de paye de 3 022,49 \$ a été déposé le 30 octobre. 10 153,91 \$ ont servi à rembourser des dettes personnelles et à défrayer des dépenses courantes et des frais de représentation.

5. A certified cheque in the amount of \$300,000 dated November 2, drawn by BMP and made to the order of BMP, was taken to the Bank of Montreal. On November 7, a bank draft issued by the Bank of Montreal for \$300,100 was deposited by BMP in its account at BNS. No explanation has been provided for the disbursement or the subsequent deposit.

[6] On November 9, 2001, RBC notified BNS that the cheque for \$904,563 deposited in BMP's account on October 22, 2001 was counterfeit, as the drawer's signatures were forged and asked for BNS's assistance. BNS interrupted all transactions in BMP's account and in all related accounts and asked BMP for assistance in recovering the proceeds of the forged cheque. BMP insisted on retaining the amount it still held. BNS then restrained the following amounts in accounts under its control that it had linked to the forged cheque:

BMP's account	\$ 350,188.65
636651's account	\$393,000.00
Backman's chequing account	\$ 17,711.17
Hashka's account	\$ 13,104.87
Backman's savings account	\$ 2,645.79
Total	\$ 776,650.48

In addition, BNS recovered \$685.56 by reversing bill payments made from BMP's account. (When referring globally to the accounts other than that of BMP, I will call them the "related accounts".)

[7] On December 6, 2001, RBC and BNS entered into an agreement in which RBC represented and warranted that the "cheque dated October 12, 2001, in the amount of nine hundred and four thousand five hundred and sixty-three dollars (\$904,563.00) payable to BMP Global Distribution Inc. was counterfeit . . . [and] was deposited into Scotiabank account number 30460 00178-17 . . . [and] that the proceeds of the Counterfeit Cheque are proceeds of fraud". Under this agreement, BNS was, at RBC's request, to transfer the restrained funds to RBC and RBC was to indemnify BNS for any losses related to the restraint and transfer. On December 7, 2001, BNS transferred \$777,336.04 to RBC.

5. Un chèque certifié de 300 000 \$ daté du 2 novembre, tiré par BMP et établi à l'ordre de BMP, a été porté à la Banque de Montréal. Le 7 novembre, BMP dépose dans son compte à la BNÉ une traite bancaire de 300 100 \$ émise par la Banque de Montréal. Aucune explication n'a été donnée sur le retrait et le dépôt subséquent.

[6] Le 9 novembre 2001, la BRC a avisé la BNÉ que le chèque de 904 563 \$ déposé dans le compte de BMP le 22 octobre 2001 était un faux, car les signatures du tireur étaient contrefaites, et a demandé à la BNÉ de lui prêter assistance. Cette dernière a interrompu toutes les opérations dans le compte de BMP et dans tous les comptes connexes et a sollicité la coopération de BMP pour récupérer le produit du faux chèque. BMP a tenu à conserver la somme qu'elle détenait encore. La BNÉ a alors bloqué les sommes suivantes dans les comptes ouverts chez elle, sommes qu'elle avait liées au faux chèque :

Compte de BMP	350 188,65 \$
Compte de 636651	393 000,00 \$
Compte chèques de M. Backman	17 711,17 \$
Compte de M. Hashka	13 104,87 \$
Compte d'épargne de M. Backman	2 645,79 \$
Total	776 650,48 \$

De plus, la BNÉ a recouvré 685,56 \$ en annulant des paiements de factures effectués sur le compte de BMP. (Lorsqu'il sera question globalement des comptes susmentionnés, j'appellerai « comptes connexes » les comptes autres que celui de BMP.)

[7] Le 6 décembre 2001, la BRC et la BNÉ ont conclu une entente suivant laquelle la BRC atteste que le [TRADUCTION] « chèque du 12 octobre 2001 au montant de neuf cent quatre mille cinq cent soixante-trois dollars (904 563 \$) payable à l'ordre de BMP était un faux [. . .] et a été déposé dans le compte numéro 30460 00178-17 de la Banque Scotia [. . .] et que le produit de ce faux chèque est le produit d'une fraude ». Selon cette entente, la BNÉ, à la demande de la BRC, doit transférer à la BRC les fonds bloqués et celle-ci doit l'indemniser de toute perte liée au blocage et au transfert. Le 7 décembre 2001, la BNÉ a transféré 777 336,04 \$ à la BRC.

[8] BMP's account was governed by a standard-form financial services agreement ("service agreement"). The relevant clauses are discussed below.

[9] BMP, Hashka, Backman and 636651 B.C. Ltd. claimed damages equivalent to the restrained amounts, non-pecuniary damages for stress, wrongful disclosure of information and defamation, aggravated and punitive damages. Backman also claimed damages regarding BNS's failure to honour certain payment instructions while his account was restrained. The issue of damages for stress, wrongful disclosure of information and defamation is not before this Court.

2. Decisions of the Courts Below

2.1 *British Columbia Supreme Court, 2005 BCSC 1091, 8 B.L.R. (4th) 247*

[10] Cohen J. found that since BMP was not suing to enforce payment of the cheque, whether or not the cheque was a nullity or whether or not accepting BMP's position would allow a windfall to accrue to BMP had no bearing on the outcome of the litigation (paras. 284-85). In his view, BNS had violated the service agreement as well as the law applicable to banker/customer relations by charging back amounts credited to the accounts of BMP and the other plaintiffs. Cohen J. interpreted the service agreement as incorporating the clearing rules of the Canadian Payments Association ("clearing rules") and precluding BNS from charging back against its customer's account. He reasoned that once "final settlement on the deposit of the Counterfeit Cheque had been reached between the BNS and the RBC", the funds in BMP's account "went from being a 'provisional' credit to being a 'final' credit. At that stage the relationship between the BNS and the plaintiffs was that of debtor/creditor" (para. 306). Regarding the related accounts, Cohen J. found that the law prevented a bank charging back against a customer's account without the customer's permission. He awarded the plaintiffs pecuniary damages because they had

[8] Le compte de BMP était régi par un contrat type de services financiers (le « contrat de services »), dont les clauses pertinentes seront examinées plus loin.

[9] BMP, MM. Hashka et Backman, et 636651 B.C. Ltd. ont réclamé des dommages-intérêts équivalant aux sommes bloquées, des dommages-intérêts non pécuniaires pour stress, communication abusive de renseignements et diffamation ainsi que des dommages-intérêts majorés et des dommages-intérêts punitifs. Monsieur Backman a aussi demandé des dommages-intérêts du fait que la BNÉ n'avait pas respecté certaines instructions de paiement pendant le blocage des fonds dans son compte. La Cour n'est pas saisie de la question des dommages-intérêts pour stress, communication abusive de renseignements et diffamation.

2. Les décisions des juridictions inférieures

2.1 *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2005 BCSC 1091, 8 B.L.R. (4th) 247*

[10] Selon le juge Cohen, puisque l'action intentée par BMP ne visait pas le paiement du chèque, l'issue du litige ne dépendait pas de la question de savoir si le chèque était nul ou non ou si l'acceptation de la position de BMP permettait ou non à celle-ci de recevoir une manne indue (par. 284-285). Le juge a estimé que la BNÉ avait contrevenu au contrat de services ainsi qu'aux règles de droit régissant les relations banque-client, en annulant les crédits inscrits au compte de BMP et aux comptes connexes. Selon son interprétation du contrat de services, celui-ci incorporait les règles de compensation de l'Association canadienne des paiements (« règles de compensation ») et empêchait la BNÉ d'annuler des crédits portés au compte du client. D'après son raisonnement, une fois que [TRADUCTION] « la BNÉ et la BRC sont parvenues au règlement définitif concernant le dépôt du faux chèque », les fonds du compte de BMP [TRADUCTION] « sont passés de crédit "provisoire" à crédit "définitif". La relation entre la BNÉ et les demandeurs devenait alors une relation débiteur-créancier » (par. 306). S'agissant des comptes connexes, le juge Cohen a conclu que le droit ne permettait pas à une banque d'annuler un crédit porté au compte d'un client sans

“suffered a loss of their right to demand repayment from the BNS of the BNS’ debt to them by reason of the BNS’ wrongful charge backs against their respective bank accounts” (para. 423). He assessed the total pecuniary damages at \$777,336.04, the sum of all the charge backs and the reversed payments. He also awarded Backman \$13.50 for a late charge due to BNS’s failure to honour certain payment instructions while his account was restrained. Cohen J. also awarded damages for wrongful disclosure of information and defamation.

2.2 *British Columbia Court of Appeal, 2007 BCCA 52, 24 B.L.R. (4th) 201*

[11] The unanimous judgment of the Court of Appeal was rendered by Saunders J.A. She framed the issue as a fraud designed to place a credit in BMP’s account for which BMP gave nothing. In her view, the courts were being asked to indirectly complete the fraud. She accepted the trial judge’s finding that BNS had breached its banking agreement when it reversed the credit in BMP’s account over BMP’s opposition. However, she found that two characteristics of the case made it unusual. The first was that

the fact of two banks, and the consequent issues arising of clearing rules and the *Bills of Exchange Act*, confuse what would be otherwise a simple conclusion in these circumstances. The interposition in the fraudster’s scheme of the Royal Bank of Canada created the screen of the clearing system. In this sense, the fraud may be described as extra-layered. The issue is whether that extra layering, in the circumstances I have just described, entitles BMP to recover from the Bank of Nova Scotia, as ordered by the trial judge. [para. 26]

Indeed, Saunders J.A. said that if only one bank had been involved in the payment, it would have been entitled to debit BMP’s account, because the money was paid under a mistake of fact. The second unusual characteristic was the fact that

BMP is an innocent in the fraud. Thus we know that BMP did not overtly assist the author of the scheme

son autorisation. Il a octroyé aux demandeurs des dommages-intérêts pécuniaires parce qu’ils avaient été [TRADUCTION] « privés de leur droit d’exiger de la BNÉ le remboursement de sa dette à leur égard en raison de l’annulation inappropriée de crédits portés à leurs comptes respectifs » (par. 423). Il a évalué le montant total des dommages-intérêts pécuniaires à 777 336,04 \$, c’est-à-dire la somme des crédits et paiements annulés. Il a aussi accordé à M. Backman 13,50 \$ en remboursement d’un montant qui lui avait été facturé à tort. Il a également accordé des dommages-intérêts pour communication abusive de renseignements et pour diffamation.

2.2 *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2007 BCCA 52, 24 B.L.R. (4th) 201*

[11] Le jugement unanime de la Cour d’appel a été rendu par la juge Saunders. Pour elle, il s’agissait d’une fraude qui visait à inscrire, sans contrepartie, un crédit au compte de BMP; on demandait aux tribunaux de parachever indirectement la fraude. Elle a souscrit à la conclusion du juge de première instance que la BNÉ avait contrevenu au contrat bancaire en annulant les crédits dans le compte de BMP malgré son opposition. Elle a toutefois conclu que deux éléments rendaient l’affaire inhabituelle. D’abord,

[TRADUCTION] la présence de deux banques — et des questions d’application des règles de compensation et de la *Loi sur les lettres de change* qui en découlent — embrouille une conclusion qui, autrement, serait facile à tirer. En faisant intervenir la Banque Royale du Canada, l’auteur de la fraude s’est servi du système de compensation comme écran. En ce sens, la fraude comporte une couche supplémentaire. Il s’agit de se demander si cette couche supplémentaire, dans les circonstances que je viens de décrire, procure à BMP le droit au remboursement, de la part de la Banque de Nouvelle-Écosse, ordonné par le juge de première instance. [par. 26]

La juge Saunders a d’ailleurs indiqué que, si une seule banque avait été en cause, cette banque aurait été habilitée à débiter le compte de BMP, parce que le paiement résultait d’une erreur de fait. La deuxième circonstance inhabituelle était le fait que

[TRADUCTION] BMP n’est pas partie à la fraude. Ainsi, nous savons que BMP n’a pas ouvertement prêté son

in its iniquitous aspects, whether or not the author has already been paid, unknowingly, by the cheque to Citibank, or was a gratuitous fraudster, or was a fraudster who has not yet presented his bill. For that reason, the many cases concerning recovery of monies from persons implicated in a fraud have no bearing on this case. [para. 27]

[12] Saunders J.A. did not delve further into what she called “the screen of the clearing system”. She went on to find that

on a plain reading of s. 48, the counterfeit cheque, because of the forged signatures on it, was wholly inoperative, setting the stage for a claim for return of monies advanced in reliance upon it.

Section 48 demonstrates the *prima facie* empty asset that BMP builds its claim around.

In equity, then, would this cheque have provided a basis upon which BMP could hope to retain the funds credited to its account? In my view the answer is no. [paras. 33-35]

[13] Saunders J.A. then found that it would be against good conscience to give a monetary judgment that would accomplish the substance of the fraud. She added that BMP could not claim the windfall — it had lost nothing; it did not change its position as a result of the charge back. She found that the arguments about the alleged rights of BMP, 636651 B.C. Ltd., Hashka and Backman under the clearing system rules were inconsistent with the principles of equity. She also found that, except for the \$100 added to the original amount of \$300,000, the funds linked to the bank draft issued by the Bank of Montreal bore the same character as the credit obtained from the deposit of the forged cheque. Thus, BMP could not retain any proceeds essentially derived from fraud. Saunders J.A. awarded BMP nominal damages of \$1 for BNS’s reversal of the credit over BMP’s opposition (paras. 30 and 51) plus the remaining \$100 from the bank draft, and dismissed the cross-appeal on punitive damages.

concoure aux aspects illicites de l’opération, que l’auteur de la fraude ait déjà été payé ou non à son insu au moyen du chèque établi à l’ordre de Citibank, qu’il se soit agi ou non d’une fraude gratuite ou que la facture de l’auteur de la fraude reste ou non à présenter. C’est pourquoi les nombreuses décisions concernant le recouvrement auprès des parties à une fraude ne s’appliquent pas en l’espèce. [par. 27]

[12] La juge Saunders n’a pas expliqué plus en détail ce qu’elle a décrit comme l’« écran » du système de compensation. Elle a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION] . . . selon le sens ordinaire de l’art. 48, le faux chèque était sans effet à cause des signatures contrefaites, ce qui ouvrait la voie à une demande de restitution des sommes avancées sur la base du chèque.

Il ressort de l’article 48 que le bien sur lequel BMP fonde sa réclamation est à première vue dépourvu de valeur.

On peut alors se demander si, en equity, le chèque aurait pu donner à BMP motif d’espérer conserver les fonds portés au crédit de son compte. À mon avis, la réponse est négative. [par. 33-35]

[13] La juge Saunders a ensuite conclu qu’on ne pouvait, en bonne conscience, rendre un jugement pécuniaire qui, essentiellement, réaliserait une fraude. Elle a ajouté que BMP ne pouvait réclamer la manne indue parce qu’elle n’avait rien perdu : sa situation n’a pas changé par suite de l’annulation des crédits. Elle a aussi estimé que les arguments relatifs aux droits que BMP, 636651 B.C. Ltd. et MM. Hashka et Backman prétendaient tenir des règles du système de compensation allaient à l’encontre des principes de l’equity et que les fonds liés à la traite bancaire émise par la Banque de Montréal, exception faite des 100 \$ ajoutés au 300 000 \$, étaient de la même nature que le crédit inscrit par suite du dépôt du faux chèque. BMP ne pouvait donc conserver quoi que ce soit qui découlait essentiellement de la fraude. La juge Saunders a accordé à BMP des dommages-intérêts symboliques de 1 \$ pour l’annulation de crédits que la BNÉ a effectuée sans son autorisation (par. 30 et 51) ainsi que les 100 \$ restants de la traite bancaire; elle a rejeté l’appel incident relatif aux dommages-intérêts punitifs.

[14] As to the funds traced in the related accounts, Saunders J.A. found that the transfers were proper and that the cheques were actual bills of exchange, unlike the forged cheque. Absent a finding that the cheques in question were improper, BNS was entitled only to “a remedy of tracing, or an enquiry into the true ownership of the accounts” (para. 56). The appeals against 636651 B.C. Ltd., Hashka and Backman were thus dismissed.

[15] BMP appeals the Court of Appeal’s reversal of the trial judge’s conclusion on damages and also asks for punitive damages. BNS cross-appeals on the issue of tracing in the related accounts. It seeks the reversal of the Court of Appeal’s decision and of the trial judge’s damages award in favour of the holders of the related accounts.

3. Positions of the Parties

[16] BMP asks that the award of damages be restored. It argues that, whether the claim is viewed as one for debt or for damages for breach of contract, BNS’s liability is the same: “It is not necessary for BMP to prove that it suffered a loss, other than the loss of its right to demand repayment of [the amount credited to] its account [at] BNS” (A.F., at para. 82). BMP also asks for punitive damages to sanction BNS for its conduct.

[17] BNS takes the position that BMP never had any interest in the proceeds of the forged cheque and that it is not entitled to damages, whether general or punitive, resulting from BNS’s decision to return the funds to the victim of the fraud. BNS asserts what is essentially a defence *in rem*, relying on the inherent nullity of an instrument bearing the forged signatures of the drawer. It argues that this defence suffices for it to resist BMP’s claim. In addition, BNS appeals the decision on the tracing of the funds in the related accounts on the basis that those funds were clearly identified as

[14] Quant aux fonds suivis dans les comptes connexes, la juge Saunders a conclu que les virements étaient valides et que les chèques étaient d’authentiques lettres de change, contrairement au faux chèque. En l’absence de conclusion d’irrégularité des chèques en question, le seul recours de la BNÉ consistait à [TRADUCTION] « suivre les fonds dans les comptes ou à faire déterminer à qui appartiennent véritablement les comptes » (par. 56). Les appels interjetés contre 636651 B.C. Ltd. et MM. Hashka et Backman ont donc été rejetés.

[15] BMP se pourvoit contre la décision de la Cour d’appel d’infirmar la conclusion du juge de première instance sur les dommages-intérêts et demande des dommages-intérêts punitifs. La BNÉ a formé un appel incident sur la question du suivi des fonds dans les comptes connexes. Elle cherche à faire infirmer la décision de la Cour d’appel ainsi que celle du juge de première instance d’octroyer des dommages-intérêts aux titulaires des comptes connexes.

3. La position des parties

[16] BMP demande le rétablissement de l’ordonnance de paiement des dommages-intérêts, faisant valoir que la responsabilité de la BNÉ demeure la même qu’on l’examine sous l’angle de la dette ou sous celui de la violation de contrat, [TRADUCTION] « [c]e qui la dispense d’établir qu’elle a subi une perte autre que celle de son droit d’exiger le remboursement du crédit porté à son compte auprès de la BNÉ » (m.a., par. 82). Elle demande aussi que la conduite de la BNÉ soit sanctionnée par l’octroi de dommages-intérêts punitifs.

[17] La BNÉ soutient que sa décision de restituer les fonds à la victime de la fraude ne saurait fonder la réclamation en dommages-intérêts, généraux ou punitifs, de BMP, car celle-ci n’a jamais eu de droit sur le produit du faux chèque. Elle présente essentiellement un moyen de défense *in rem*, invoquant la nullité inhérente d’un effet dont les signatures du tireur sont contrefaites, moyen qui, selon elle, fait totalement obstacle aux prétentions de BMP. Elle se pourvoit également contre la décision concernant le suivi des fonds dans les comptes connexes, en faisant valoir que ces fonds constituaient clairement

proceeds of the forged cheque and that none of the parties involved gave any consideration or suffered any detriment. BNS does not contest the \$13.50 awarded as damages by the trial judge in relation to a late-payment charge Backman had to pay to a third party.

[18] As the Court of Appeal mentioned, the case would have been simpler had only one bank been involved. However, in my view, BNS was not precluded from acknowledging that RBC could rely on the well-established doctrine of mistake of fact. Moreover, the conditions for tracing the funds in the related accounts are, in my view, met.

[19] In sum, this case is about the restitution of amounts paid by RBC by mistake and the right to trace the proceeds. Since the case can be resolved by applying the common law rules on mistake of fact, I will begin by reviewing those rules. I will then apply the rules to the facts, and in doing so I will explain how the rules apply in the context of the relationship between the drawee and the collecting bank and between the customer and the bank; this will require a further discussion of the common law inasmuch as it has not been changed by the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1985, c. B-4 (“*BEA*”). Finally, I will explain why, in my view, BNS could resist the claims of BMP and the holders of the related accounts.

4. Analysis

[20] In *Bank and Customer Law in Canada* (2007), M. H. Ogilvie writes (at p. 284):

[B]anks make payments by mistake for a variety of reasons, including simple error, either personal or by computer, in making a payment more than once, payment over an effective countermand, payment where there are insufficient funds, or payment of a forged or unauthorized cheque. *Prima facie*, in these situations, with the exception of insufficient funds which is treated as an overdraft, the bank is liable to reimburse the customer’s account because it is in breach of contract with the customer. But the bank is also permitted to look to the recipient of the mistaken payment for restitution of the sum paid under a mistake of fact.

des produits du faux chèque et qu’aucune des parties en cause n’avait fourni de contrepartie ou subi de préjudice. Elle ne conteste pas les dommages-intérêts de 13,50 \$ que le juge de première instance a accordés relativement aux frais de paiement en retard que M. Backman avait dû payer à un tiers.

[18] Comme la Cour d’appel l’a indiqué, l’affaire aurait été plus simple s’il n’y avait eu qu’une banque en cause. Toutefois, à mon avis, il n’était pas pour autant interdit à la BNÉ de reconnaître que la BRC pouvait se fonder sur la doctrine bien établie de l’erreur de fait. J’estime en outre que les conditions permettant le suivi des fonds dans les comptes connexes étaient remplies.

[19] En résumé, la présente affaire concerne la restitution des sommes payées par erreur par la BRC et le droit de suivre le produit du chèque. Puisqu’il est possible de trancher l’affaire par application des règles de common law en matière d’erreur de fait, j’examinerai d’abord ces règles, pour ensuite les appliquer aux faits en expliquant comment elles s’intègrent à la relation entre la banque tirée et la banque d’encaissement et à celle entre le client et sa banque; cela nécessite un examen plus approfondi de la common law dans la mesure où la *Loi sur les lettres de change*, L.R.C. 1985, ch. B-4 (« *LLC* »), ne les a pas modifiées. Enfin, j’expliquerai pourquoi, à mon avis, la BNÉ a le droit de contester les prétentions de BMP et des titulaires des comptes connexes.

4. Analyse

[20] Dans *Bank and Customer Law in Canada* (2007), M. H. Ogilvie écrit :

[TRADUCTION] [L]es paiements effectués par erreur par les banques peuvent avoir diverses causes, dont la simple erreur personnelle ou informatique, le double paiement, le paiement en dépit de l’annulation valide de l’ordre de paiement, le paiement sur des fonds insuffisants ou le paiement d’un chèque contrefait ou non autorisé. Dans de tels cas, exception faite de l’insuffisance de fonds considérée comme un découvert, la banque est à première vue tenue de rembourser le compte du client parce qu’elle a contrevenu au contrat conclu avec celui-ci, mais elle peut aussi se retourner contre le destinataire du paiement pour obtenir la restitution de la somme payée par erreur de fait. [p. 284]

[21] That a bank has a right to recover from a recipient a payment made under a mistake of fact was made clear in a restatement of the law by Goff J. (as he then was) in *Barclays Bank Ltd. v. W. J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.*, [1979] 3 All E.R. 522 (Q.B.), at p. 541. Canadian courts have long recognized that right on the basis of the analytical framework adopted in *Royal Bank v. The King*, [1931] 2 D.L.R. 685 (Man. K.B.). Since *Simms*, however, and I agree with this approach, many Canadian courts have relied on the English case as setting the conditions for recovery in restitution by a bank, subject to Canadian law with respect to change of position, an issue that will be discussed below: *Royal Bank of Canada v. LVG Auctions Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 582 (H.C.J.), aff'd (1984), 12 D.L.R. (4th) 768 (Ont. C.A.); *Toronto-Dominion Bank v. Pella/Hunt Corp.* (1992), 10 O.R. (3d) 634 (Gen. Div.); *A.E. LePage Real Estate Services Ltd. v. Rattray Publications* (1994), 120 D.L.R. (4th) 499 (Ont. C.A.), at p. 507: “*Barclays Bank v. Simms* is the accepted authority explaining the obligations of a bank to its customer and its redress against the payee of a cheque who appears to be taking advantage of an innocent mistake on the part of a bank employee”; *Central Guaranty Trust Co. v. Dixdale Mortgage Investment Corp.* (1994), 24 O.R. (3d) 506 (C.A.), at p. 512, fn. 1; Ogilvie, at p. 285; P. D. Maddaugh and J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (loose-leaf), at p. 10-32.

4.1 *Simms Test for Recovering Money Paid Under a Mistake of Fact*

[22] The test laid down in *Simms* for recovering money paid under a mistake of fact (at p. 535) is straightforward:

1. If a person pays money to another under a mistake of fact which causes him to make the payment, he is prima facie entitled to recover it as money paid under a mistake of fact.

2. His claim may however fail if: (a) the payer intends that the payee shall have the money at all events, whether the fact be true or false, or is deemed in law so to intend; (b) the payment is made for good consideration, in particular if the money is paid to discharge,

[21] Il ressort clairement de la reformulation du droit applicable qu'a faite le juge Goff (plus tard lord Goff) dans *Barclays Bank Ltd. c. W. J. Simms Son & Cooke (Southern) Ltd.*, [1979] 3 All E.R. 522 (Q.B.), p. 541, qu'une banque ayant effectué un paiement par une erreur de fait a le droit de le recouvrer auprès du récepteur. Les tribunaux canadiens reconnaissent ce droit depuis longtemps selon le cadre analytique adopté dans *Royal Bank c. The King*, [1931] 2 D.L.R. 685 (B.R. Man.). Depuis *Simms*, toutefois, et je partage cette approche, nombre d'entre eux ont eu recours à la décision anglaise pour ce qui est des conditions d'exercice de ce droit, sous réserve de la position canadienne en matière de changement de situation, dont il sera question plus loin : *Royal Bank of Canada c. LVG Auctions Ltd.* (1983), 43 O.R. (2d) 582 (H.C.J.), conf. par (1984), 12 D.L.R. (4th) 768 (C.A. Ont.); *Toronto-Dominion Bank c. Pella/Hunt Corp.* (1992), 10 O.R. (3d) 634 (Div. gén.); *A.E. LePage Real Estate Services Ltd. c. Rattray Publications* (1994), 120 D.L.R. (4th) 499 (C.A. Ont.), p. 507 : [TRADUCTION] « *Barclays Bank c. Simms* est reconnu comme l'arrêt expliquant les obligations d'une banque envers son client ainsi que ses recours contre le preneur d'un chèque qui semble tirer profit d'une erreur commise de bonne foi par un employé de banque »; *Central Guaranty Trust Co. c. Dixdale Mortgage Investment Corp.* (1994), 24 O.R. (3d) 506 (C.A.), p. 512, note 1; Ogilvie, p. 285; P. D. Maddaugh et J. D. McCamus, *The Law of Restitution* (feuilles mobiles), p. 10-32.

4.1 *Le critère de la décision Simms applicable au recouvrement des paiements résultant d'une erreur de fait*

[22] Le critère établi dans *Simms* en matière de recouvrement de sommes payées par erreur de fait est simple :

[TRADUCTION] 1. Quiconque paie une somme d'argent par erreur de fait a, à première vue, le droit de recouvrer le paiement à titre de deniers versés par erreur de fait.

2. La demande de recouvrement peut cependant être rejetée si : (a) le payeur avait l'intention que le bénéficiaire ait l'argent quoi qu'il arrive, que le fait soit vrai ou faux, ou est juridiquement réputé avoir cette intention; (b) le paiement est effectué avec contrepartie valable, en

and does discharge, a debt owed to the payee (or a principal on whose behalf he is authorised to receive the payment) by the payer or by a third party by whom he is authorised to discharge the debt; (c) the payee has changed his position in good faith, or is deemed in law to have done so.

[23] The right of BNS to resist the claims of the appellant and the cross-respondents cannot be examined without regard to RBC's right to ask BNS to transfer the funds. Consequently, RBC's position is the starting point for the analysis.

4.2 *Application of the Test*

4.2.1 Prima Facie Right to Recover

[24] On the first step of the *Simms* test, RBC has a *prima facie* right to recover. It is common ground that payment was made on the basis of a forged instrument. According to s. 48(1) *BEA*, a forged signature is wholly inoperative. It does not create a right to give a discharge for the bill or to enforce payment. RBC made the payment before discovering that the drawer's signatures were forged. BMP no longer disputes the fact that the instrument is a forgery, but it contends that RBC must bear the loss and that BNS was not entitled to restrain the funds and transfer them to RBC. This argument goes to the second step of the test. At the first step, there is no basis for denying that RBC has a *prima facie* right to recover the funds.

4.2.2 Right of the Payee to Keep the Proceeds, Consideration and Change of Position

[25] I reiterate that the second step of the test involves three enquiries: (1) Did the payor intend that the payee keep the money in any event or is the payor precluded by law from raising the mistake? (2) Did the payee give consideration? (3) Did the payee change its position?

4.2.2.1 *Right to Keep the Proceeds*

[26] In the first enquiry, the question is whether the payor intends or is deemed in law to intend the payee to receive the funds. In the case at bar,

particulier s'il sert à acquitter une dette due par le payeur (ou par un tiers ayant autorisé le paiement) à un bénéficiaire (ou à un mandant au nom de qui le bénéficiaire est autorisé à recevoir le paiement) et qu'il a cet effet; (c) le bénéficiaire a modifié sa situation de bonne foi ou est juridiquement réputé l'avoir fait. [p. 535]

[23] L'examen du droit de la BNÉ de contester les prétentions de l'appelante et des intimés au pourvoi incident implique nécessairement celui du droit de la BRC de demander à la BNÉ de transférer les fonds. Par conséquent, le point de départ de l'analyse est la position de la BRC.

4.2 *Application du critère*

4.2.1 Existence à première vue d'un droit au recouvrement

[24] Selon le premier volet du critère établi dans *Simms*, la BRC a, à première vue, droit au recouvrement. Nul ne conteste en l'espèce que l'effet payé était un faux. Selon le par. 48(1) de la *LLC*, la signature contrefaite est sans effet; elle ne confère pas le droit d'acquitter la lettre de change ou d'obliger une partie à en effectuer le paiement. La BRC a payé avant de découvrir que les signatures du tireur étaient contrefaites. BMP ne conteste plus que l'effet est un faux, mais elle soutient que la perte doit être assumée par la BRC et que la BNÉ n'avait pas le droit de bloquer les fonds et de les transférer à la BRC. Cet argument se rapporte au deuxième volet du critère. Au premier volet, il n'y a aucune raison de ne pas reconnaître que la BRC a, à première vue, droit au recouvrement des fonds.

4.2.2 Droit du bénéficiaire de garder le produit, contrepartie et changement de situation

[25] Le deuxième volet du critère comporte, je le répète, trois questions : (1) Le payeur a-t-il l'intention que le bénéficiaire conserve l'argent quoi qu'il arrive ou est-il juridiquement empêché d'invoquer l'erreur? (2) Le bénéficiaire a-t-il donné contrepartie? (3) Le bénéficiaire a-t-il modifié sa situation?

4.2.2.1 *Droit de conserver le produit*

[26] Le premier point à examiner est la question de savoir si le payeur a ou est juridiquement réputé avoir l'intention que le bénéficiaire, ici le preneur,

the drawee provided the funds under the mistaken assumption that the drawer's signatures were genuine. It is not in dispute — and is well settled in law — that RBC, as the drawee, had no right to pay the cheque out of the funds it held to the credit of First National, the purported drawer, and that RBC would be liable to reimburse its customer if it used the customer's funds to make the payment. Nor is the relationship between BNS and RBC in dispute. It is that of a collecting bank receiving funds from the drawee in order to remit them to the payee. The issue before the Court in this case is whether, as BMP argues, the loss must fall on the drawee bank.

[27] Where a drawee provides funds to a collecting bank on presentation of an instrument bearing a forged signature of the drawer, the drawee will usually — unless a specific factual context dictates otherwise — be in a position to assert that it did not intend the payee to keep the funds. As I mentioned above, the drawee in this situation pays without the authority to do so and is liable to its customer, who has not signed as the drawer. Without such an instruction from the drawer, the payor cannot be said to have intended the payee to keep the money in any event. This is not a case where a party pays a debt it owes or where other similar circumstances preclude the payor from denying that it intended the payee to keep the funds.

[28] However, whether the payor is deemed in law to intend that the payee keep the money requires further elaboration. BMP put forward three arguments in support of its claim. The first is that the principle of finality of payment forms part of the common law and that it prevents the drawee bank from recovering the paid proceeds of a forged cheque from anyone other than the forger. The second is that the scheme of the *BEA* does not allow RBC to recover from BNS or BMP. The third is that the service agreement between BNS and BMP precludes BNS from recovering such proceeds from BMP.

reçoive les fonds. En l'espèce, la banque tirée a fourni les fonds en croyant à tort à l'authenticité des signatures du tireur. Il n'est pas contesté — et il est bien établi en droit — que la BRC (banque tirée) n'était pas autorisée à payer le chèque avec les fonds portés au crédit de First National (tireur apparent) et qu'elle aurait été tenue de rembourser sa cliente si elle avait effectué le paiement avec les fonds de celle-ci. La relation entre la BNÉ et la BRC n'est pas contestée non plus. La BNÉ était la banque d'encaissement, qui recevait les fonds de la banque tirée afin de les remettre au preneur. La Cour est appelée en l'espèce à décider si, comme le prétend BMP, la banque tirée doit assumer la perte.

[27] Lorsqu'un tiré remet des fonds à une banque d'encaissement sur présentation d'un effet dont la signature du tireur est contrefaite, il sera habituellement — sauf indication contraire du contexte factuel de l'espèce — en mesure d'affirmer qu'il n'avait pas l'intention que le preneur conserve les fonds. Comme je l'ai déjà mentionné, le tiré, dans un tel cas, paie sans y être autorisé et il engage sa responsabilité envers son client, qui n'a pas signé l'effet en qualité de tireur. L'instruction du tireur étant inexistante, on ne peut considérer que le payeur avait l'intention que le preneur conserve les fonds quoi qu'il arrive. Il ne s'agit pas d'un cas de paiement d'une dette ou d'un cas présentant des circonstances analogues interdisant au payeur de nier son intention que le preneur conserve les fonds.

[28] Toutefois, la question de savoir si le payeur est juridiquement réputé avoir l'intention que le preneur garde l'argent nécessite quelques précisions. BMP a invoqué trois arguments à l'appui de ses prétentions. Le premier est que le principe de l'irrévocabilité du paiement d'un chèque fait partie de la common law et il empêche la banque tirée qui a payé un faux chèque d'obtenir la restitution du paiement de qui que ce soit d'autre que l'auteur du faux. Le deuxième est que la BRC ne peut invoquer le régime prévu par la *LLC* pour obtenir restitution de la BNÉ ou de BMP. Le troisième est que le contrat de services liant la BNÉ et BMP interdit à la BNÉ de recouvrer auprès de BMP le produit du chèque.

4.2.2.1.1 Principle of Finality of Payment

[29] In Canadian law, the argument that the drawee should bear the loss is sometimes said to have originated in *Bank of Montreal v. The King* (1907), 38 S.C.R. 258. I will turn to that case in a moment, but since the two judges (Girouard J., with whom MacLennan J. concurred) who supported the principle of finality relied heavily on the older case of *Price v. Neal* (1762), 3 Burr. 1354, 97 E.R. 871, I will begin by discussing the latter.

[30] In *Price v. Neal*, a drawee paid a first bill of exchange bearing a forged signature of the drawer. He then accepted a second, also bearing a forged signature of the drawer. After that acceptance, the bearer discounted the second bill, which the drawee eventually paid. A considerable amount of time elapsed before the drawee found out that the signatures on both bills were forged. Lord Mansfield held that the drawee was not entitled to recover in such a case.

[31] *Price v. Neal* has been interpreted in various ways over the centuries. One of the interpretations serves as a basis for a broad statement that the principle of finality of payment requires the drawee to bear the loss where the drawer's signature is forged, irrespective of detrimental reliance (see S. A. Scott, "Comment on Benjamin Geva's Paper: 'Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects'" (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 331 ("Comment on Reflections"), at p. 342). A second interpretation of *Price v. Neal* is that the drawee cannot rely on the forgery after acceptance (or payment) of a bill bearing a signature he should know to be forged or is deemed to have negligently omitted to verify. Yet a third interpretation put forward for *Price v. Neal* limits its scope to instances where two innocent parties have equal equities but the holder of the bill has legal title to the money (see *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, [1991] 2 A.C. 548 (H.L.); B. Geva, "Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects: Panel Discussion" (1981-82), 6 *Can. Bus. L.J.* 269 ("Reflections"), at pp. 308-9; J. S. Ziegel, B. Geva

4.2.2.1.1 Le principe de l'irrévocabilité

[29] En droit canadien, on lie parfois à l'arrêt *Bank of Montreal c. The King* (1907), 38 R.C.S. 258, l'argument que le tiré doit assumer la perte. Mais comme les deux juges (le juge Girouard, à l'opinion duquel a souscrit le juge MacLennan) qui ont appuyé le principe de l'irrévocabilité ont amplement cité l'arrêt antérieur *Price c. Neal* (1762), 3 Burr. 1354, 97 E.R. 871, j'examinerai d'abord ce dernier.

[30] Dans *Price c. Neal*, un tiré avait payé une première lettre de change dont la signature du tireur était contrefaite. Il en a ensuite accepté une deuxième sur laquelle la signature du tireur était elle aussi contrefaite. Après l'acceptation, le porteur a fait escompter la seconde lettre de change, que le tiré a finalement payée. Longtemps après les paiements, le tiré a découvert que les signatures sur les deux effets étaient contrefaites. Lord Mansfield a jugé que, dans un tel cas, le tiré n'avait pas droit au recouvrement.

[31] L'arrêt *Price c. Neal* a fait l'objet de diverses interprétations au cours des siècles, dont une a formé l'assise de l'énoncé général selon lequel, en raison du principe de l'irrévocabilité du paiement, le tiré doit assumer la perte découlant de la contrefaçon de la signature du tireur, sans égard au fait qu'il ait pu poser des actes préjudiciables en tenant pour acquis que l'effet était valide (voir S. A. Scott, « Comment on Benjamin Geva's Paper : "Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects" » (1981-1982), 6 *Rev. can. dr. comm.* 331 (« Comment on Reflections »), p. 342). Selon la deuxième interprétation de *Price c. Neal*, le tiré ne peut invoquer le faux après acceptation (ou paiement) d'une lettre de change portant une signature dont il devrait savoir qu'il s'agissait d'un faux ou qu'il est réputé avoir omis, par négligence, de vérifier. La troisième interprétation limite cependant l'application de *Price c. Neal* aux cas où les revendications en equity de deux parties innocentes sont tout aussi fondées, mais où le détenteur de la lettre de change peut légalement prétendre à la propriété de l'argent (voir *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, [1991] 2 A.C. 548 (H.L.); B. Geva,

and R. C. C. Cuming, *Commercial and Consumer Transactions: Cases, Text and Materials* (3rd ed. 1995), vol. II, at p. 396, citing J. B. Ames, “The Doctrine of *Price v. Neal*” (1891), 4 *Harv. L. Rev.* 297, at pp. 297-99). In view of the various interpretations of *Price v. Neal*, I do not accept that it provides a basis for an unqualified rule that a drawee will never have any recourse against either the collecting bank or the payee where payment has been made on the forged signature of the drawer.

[32] In Canada, *Bank of Montreal v. The King* is sometimes relied on in support of the principle of finality of payment. Upon closer examination, however, it cannot be said to stand for a hard and fast rule that the drawee is in all circumstances precluded from recovering from the collecting bank. First, the judges in *Bank of Montreal v. The King* who invoked *Price v. Neal* as having endorsed the principle of finality of payment did not discuss the third interpretation of that case. Second, the other judges who wrote in *Bank of Montreal v. The King* took a far more nuanced approach to the problem of the forged signature of the drawer.

[33] In *Bank of Montreal v. The King*, the bank had honoured cheques bearing the forged signatures of officers of the Government of Canada. As the Government of Canada had not authorized the payments, it sought to recover the amounts of the forged cheques from the Bank of Montreal. The Bank of Montreal in turn took action against the collecting banks to recover the amounts they had received as a result of the forged cheques. Four different judges wrote reasons. All of them concluded that the drawee, the Bank of Montreal, had to return the funds to the drawer, the Government of Canada. All of them also rejected the claim against the collecting banks, although the reasons they gave cannot easily be categorized.

« Reflections on the Need to Revise the Bills of Exchange Act — Some Doctrinal Aspects : Panel Discussion » (1981-1982), 6 *Rev. can. dr. comm.* 269 (« Reflections »), p. 308-309; J. S. Ziegel, B. Geva et R. C. C. Cuming, *Commercial and Consumer Transactions : Cases, Text and Materials* (3^e éd. 1995), vol. II, p. 396, citant J. B. Ames « The Doctrine of *Price v. Neal* » (1891), 4 *Harv. L. Rev.* 297, p. 297-299). Compte tenu des interprétations diverses de *Price v. Neal*, j'estime que cette décision ne saurait constituer une assise solide pour affirmer qu'il existe une règle voulant que le tiré ne dispose d'aucun recours contre la banque d'encaissement ou le preneur à l'égard d'un paiement effectué sur la foi de la signature contrefaite du tireur.

[32] Au Canada, on cite parfois *Bank of Montreal c. The King* à l'appui du principe de l'irrévocabilité des paiements. Toutefois, si l'on pousse plus loin l'examen on s'aperçoit qu'on ne peut affirmer que cet arrêt établit une règle absolue selon laquelle le tiré ne peut jamais exercer de recours en recouvrement contre la banque d'encaissement. Premièrement, les juges dans *Bank of Montreal c. The King* pour qui *Price v. Neal* établissait le principe de l'irrévocabilité des paiements n'ont pas examiné la troisième interprétation donnée à cet arrêt. Deuxièmement, les autres juges qui se sont prononcés dans *Bank of Montreal c. The King* ont abordé le problème de la signature contrefaite du tireur d'une façon beaucoup plus nuancée.

[33] Dans *Bank of Montreal c. The King*, la banque avait honoré des chèques portant les signatures contrefaites de fonctionnaires du gouvernement canadien. Comme celui-ci n'avait pas autorisé les paiements, il a cherché à recouvrer les montants des faux chèques auprès de la Banque de Montréal, laquelle s'est retournée contre les banques d'encaissement pour recouvrer les sommes qu'elles avaient reçues en raison des faux chèques. Quatre juges ont rédigé des motifs. Ils ont tous conclu que la banque tirée, la Banque de Montréal, devait restituer les fonds au tireur, le gouvernement canadien. Ils ont tous, également, rejeté le recours exercé contre les banques d'encaissement, mais les motifs qu'ils ont rendus résistent à la classification.

[34] Three of the five judges in *Bank of Montreal v. The King* (Davies, Idington and Duff JJ.) were of the view that if the position of a collecting bank is altered, that bank can resist a claim by the drawee. Two of the judges (Davies and Idington JJ.) explicitly rejected Girouard J.'s adoption of the argument, based on *Price v. Neal*, of presumed or actual negligence on the drawee's part and the third (Duff J.) did not pronounce on it. Therefore, to argue that there is a clear rule that the drawee must suffer the loss is not supported by what is labeled as the *fons et origo* of the Canadian precedents on forged instruments. In addition, the fact that the Canadian courts subsequently embraced *Simms* also weakens the finality of payment argument significantly in a case involving payment of an instrument bearing a forged signature.

[35] The assessment of the drawee's rights requires a more nuanced enquiry. The principle of finality of payment underlies both the common law rules and the *BEA*'s provisions and serves as a general goal, but as laudable as it is, it does not negate rights that may otherwise accrue to a party. It cannot be raised by a payee as an indiscriminate bar to the recovery of a mistaken payment. I agree with Scott, "Comment on Reflections", at p. 342, that:

[N]o very convincing reason can be offered for refusing the drawee relief in the single instance where the mistake involves acceptance or payment on a forged drawer's signature, whilst relief is freely given to the drawee on all *other* acceptances or payments by mistake (including indeed various other kinds of forgeries; even the case where the drawer's own endorsement is forged on a bill payable to his order (s. 129(b)) [now s. 128(b)].

4.2.2.1.2 Provisions of the *BEA*

[36] On the issue of whether the payor is deemed in law to intend that the payee keep the money, two provisions of the *BEA* warrant comment: ss. 128(a) and 165(3). These provisions are relevant in view both of BNS's role as BMP's agent for the purposes of collection on the instrument, and of the special

[34] Trois des cinq juges dans *Bank of Montreal c. The King* (les juges Davies, Idington et Duff) ont estimé que, si la situation d'une banque d'encaissement a changé, celle-ci peut contester une réclamation du tiré. Deux de ces juges (les juges Davies et Idington) ont explicitement refusé d'entériner l'adoption par le juge Girouard de l'argument — fondé sur *Price c. Neal* — de la négligence réelle ou présumée du tiré, et le troisième juge (le juge Duff) ne s'est pas prononcé sur la question. Par conséquent, l'arrêt considéré comme la source de la jurisprudence canadienne en matière d'effets falsifiés ne permet pas d'affirmer qu'il existe une règle claire selon laquelle le tiré doit assumer la perte. De plus, le fait que les tribunaux canadiens aient par la suite adopté le raisonnement suivi dans *Simms* enlève énormément de poids à l'argument de l'irrévocabilité dans le cas du paiement d'un effet portant une signature contrefaite.

[35] L'appréciation des droits du tiré nécessite un examen plus nuancé. Le principe de l'irrévocabilité du paiement sous-tend à la fois les règles de common law et la *LLC* et sert d'objectif général mais, pour louable qu'il soit, il ne nie pas les droits qu'une partie peut faire valoir par ailleurs. Il ne permet pas aux bénéficiaires de s'opposer arbitrairement à tout recouvrement de paiement fait par erreur. Je partage les vues de M. Scott dans « Comment on Reflections », p. 342 :

[TRADUCTION] [O]n ne saurait présenter aucune raison très convaincante pour priver le tiré de recours seulement lorsque l'erreur consiste en l'acceptation ou le paiement d'un effet portant la signature contrefaite du tireur, alors que le tiré est libre d'exercer un recours dans tous les *autres* cas d'acceptation ou de paiement par erreur (y compris d'ailleurs le cas d'autres types de falsification, même celui du faux endossement du tireur lui-même sur un effet payable à son ordre (al. 129b)) [maintenant al. 128b)].

4.2.2.1.2 Dispositions de la *LLC*

[36] Lorsqu'il s'agit de déterminer si le payeur est juridiquement réputé avoir l'intention que le preneur garde l'argent, quelques remarques s'imposent au sujet de deux dispositions de la *LLC*, l'al. 128a) et le par. 165(3), dont il faut tenir compte en raison du rôle de mandataire de BMP joué par la BNÉ à

status granted to a bank that receives an unendorsed cheque.

[37] Section 128(a) *BEA* reads as follows:

128. [Estoppel] The acceptor of a bill by accepting it is precluded from denying to a holder in due course

(a) the existence of the drawer, the genuineness of his signature and his capacity and authority to draw the bill;

[38] In the instant case, the drawee (RBC), in requesting restitution from the collecting bank (BNS), was in fact denying to both the collecting bank and the payee the genuineness of the drawer's signatures. Consequently, the question is whether the payee and the collecting bank were holders in due course and therefore entitled to rely on s. 128(a) *BEA*. I will discuss the payee's situation first, because the collecting bank has a special status which, in this case, is governed by s. 165(3), to which I will turn below.

[39] The most common view is that a payee is not, as a general rule, a holder in due course because he or she has not acquired the instrument by way of negotiation (s. 55(1)(b) *BEA*). Yet in some factual circumstances, dealings may take place before the payee becomes the holder of the instrument, and some commentators consider that the negotiation requirement needs to be revisited: Geva, "Reflections", at pp. 289 ff.; see also *St. Martin Supplies Inc. v. Boucley*, [1969] C.S. 324. This question need not be resolved for the purposes of the present case, however. It is another requirement for qualifying as a holder in due course under s. 55(1)(b) *BEA* that is lacking here: BMP did not take the instrument for value, so it was not a holder in due course. Since only a holder in due course can benefit from s. 128(a) *BEA*, even if RBC were deemed — by payment — to have accepted the forged cheque, it would not be precluded from denying to BMP the genuineness of the drawer's signatures.

[40] The other provision that is relevant to RBC's right to recover the money it paid by mistake from

l'égard de l'encaissement de l'effet et en raison du statut particulier de la banque qui reçoit un chèque non endossé.

[37] Voici le texte de l'al. 128a) de la *LLC* :

128. [Droits refusés à l'accepteur] L'accepteur d'une lettre ne peut opposer au détenteur régulier ce qui suit :

a) l'existence du tireur, l'authenticité de sa signature, sa capacité et son autorité de tirer la lettre;

[38] En l'espèce, la banque tirée (la BRC), en demandant restitution à la banque d'encaissement (la BNÉ), opposait tant à la banque d'encaissement qu'au preneur l'authenticité des signatures du tireur. En conséquence, il faut se demander si le preneur et la banque d'encaissement étaient des détenteurs réguliers et pouvaient donc invoquer l'al. 128a) de la *LLC*. J'examinerai d'abord le cas du preneur, car la banque d'encaissement jouit d'un statut particulier — qui, en l'espèce, est régi par le par. 165(3) — que j'aborderai ensuite.

[39] L'opinion la plus répandue est qu'en règle générale le preneur n'est pas un détenteur régulier parce qu'il n'a pas acquis l'effet par négociation (al. 55(1)(b) *LLC*). Cependant, dans certaines situations de fait, des opérations peuvent avoir eu lieu avant que le preneur devienne détenteur de l'effet, et certains auteurs estiment que l'exigence de négociation doit être réexaminée : Geva, « Reflections », p. 289 et suiv.; voir aussi *St. Martin Supplies Inc. c. Boucley*, [1969] C.S. 324. Pour les besoins du présent pourvoi, toutefois, il n'est pas nécessaire de rouvrir ce débat, car une autre exigence à laquelle il faut satisfaire pour conclure à une détention régulière aux termes de l'al. 55(1)(b) de la *LLC* n'est pas remplie. En effet, BMP n'est pas détenteur régulier parce qu'elle n'a pas pris l'effet à titre onéreux. Étant donné que seul un détenteur régulier peut se prévaloir de l'al. 128a) de la *LLC*, même si la BRC était réputée — à cause du paiement — avoir accepté le faux chèque, elle ne serait pas empêchée d'opposer à BMP l'authenticité des signatures du tireur.

[40] L'autre disposition pertinente pour ce qui est du droit de la BRC de recouvrer auprès de la BNÉ

BNS is s. 165(3) *BEA*. This provision reads as follows:

165. . . .

(3) Where a cheque is delivered to a bank for deposit to the credit of a person and the bank credits him with the amount of the cheque, the bank acquires all the rights and powers of a holder in due course of the cheque.

[41] According to this provision, BNS acquired the status of a holder in due course by receiving the cheque from the payee and crediting the amount to the payee's account. Section 165(3) *BEA* deems the collecting bank to be in the same position as a party who has taken the bill free from any defect of title of prior parties. It has the same right as a party who has given consideration. Consequently, it can be argued that if BNS had chosen to do so, it could have refused to transfer to RBC the money it held on account of the fraudulent instrument. However, the question is not whether it could rely on the protection of s. 165(3) *BEA*, but whether it could restore the funds to RBC.

[42] Section 165(3) *BEA* has been commented on many times. Parliament was initially criticized for acting at the request of the banking industry without understanding the potentially wide scope of the amendment (see S. A. Scott, "The Bank is Always Right: Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History" (1973), 19 *McGill L.J.* 78). Then, following *Boma Manufacturing Ltd. v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1996] 3 S.C.R. 727, Ogilvie expressed the view in *Bank and Customer Law in Canada*, at p. 295, that the effect of the Court's narrow interpretation of s. 165(3) has been to make the collecting bank the drawer's insurer. The least that can be said is that the interpretation of the scope of s. 165(3) *BEA* is taking shape.

[43] No prior case has concerned the effect s. 165(3) *BEA* will have where the deposited instrument bears a forged signature of the drawer. In *Boma*, at para. 43, Iacobucci J. explicitly refrained

l'argent qu'elle a payé par erreur est le par. 165(3) de la *LLC*, dont voici le texte :

165. . . .

(3) Lorsqu'un chèque est livré à une banque en vue de son dépôt au compte d'une personne et que la banque porte au crédit de celle-ci le montant du chèque, la banque acquiert tous les droits et pouvoirs du détenteur régulier du chèque.

[41] Selon cette disposition, la BNÉ, ayant reçu le chèque du preneur et en ayant porté le montant au compte de celui-ci, a acquis la qualité de détenteur régulier. Aux termes du par. 165(3) de la *LLC*, la banque d'encaissement est réputée être dans la même situation que la partie qui aurait pris l'effet libre de tout défaut dans le titre des parties antérieures. Elle possède les mêmes droits que la partie qui aurait versé une contrepartie. Il est donc possible d'affirmer que la BNÉ aurait pu, si elle l'avait voulu, refuser de transférer à la BRC l'argent qu'elle détenait en raison de l'effet frauduleux. Il s'agit toutefois de se demander non pas si elle pouvait se prévaloir de la protection prévue au par. 165(3) de la *LLC*, mais si elle pouvait restituer les fonds à la BRC.

[42] On a beaucoup écrit au sujet du par. 165(3) de la *LLC*. On a d'abord reproché au législateur d'avoir donné suite à une demande des banques sans saisir la grande portée que pourrait avoir la modification (voir S. A. Scott, « The Bank is Always Right : Section 165(3) of the Bills of Exchange Act and its Curious Parliamentary History » (1973), 19 *McGill L.J.* 78). Puis, après *Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1996] 3 R.C.S. 727, la professeure Ogilvie a écrit, dans *Bank and Customer Law in Canada*, p. 295, que l'interprétation étroite que la Cour avait donnée au par. 165(3) avait pour effet de faire de la banque d'encaissement l'assureur du tireur. Le moins qu'on puisse dire est que l'interprétation de la portée du par. 165(3) de la *LLC* est en évolution.

[43] Aucune jurisprudence n'a examiné la portée du par. 165(3) de la *LLC* lorsque la signature du tireur sur l'effet déposé est contrefaite. Dans *Boma*, par. 43, le juge Iacobucci s'est volontairement

from discussing the applicability of the defence available to the collecting bank in circumstances where the instrument might be found not to be a bill of exchange. Although I have serious doubts about the soundness of an argument which would deprive the collecting bank of all protection on the basis that the instrument is a sham, not a cheque, I need not discuss it here in view of my position that the collecting bank is not required to rely on the protection potentially afforded by s. 165(3) *BEA*.

[44] As Ogilvie clearly points out:

Section 165(3) is drafted in broad terms, with the obvious policy of protecting a bank from liability in relation to cheques deposited in a customer's account by permitting a bank to presume that it was the drawer's intention that the payee receive the proceeds of the cheque, in complete contrast to the earlier law, where a bank enjoyed no such presumption. [pp. 292-93]

[45] Section 165(3) *BEA* affords protection to a bank. The bank is not obligated to rely on this protection when restitution is claimed from it. The payee stands as a third party with respect to the protection. He or she cannot use the bank's shield as a sword against it. The purpose of granting the bank the status of a holder in due course is not to create an entitlement for the payee of a forged instrument. The payee may benefit from defences that are inherent in the rules on mistake of fact, but not from the protection afforded to a bank by s. 165(3) *BEA*. In other words, if the forged instrument were held to be a bill of exchange, BMP could not argue, for the purposes of the *Simms* test, that BNS was deemed in law to be entitled to receive the funds irrespective of the validity of the drawer's signatures.

4.2.2.1.3 The Service Agreement

[46] BMP also argued, and the trial judge agreed, that BNS was not entitled to restrain the funds and transfer them to RBC because the service

abstenu d'aborder la question de l'applicabilité de la défense dont jouit la banque d'encaissement dans les cas où il se peut que l'effet ne soit pas une lettre de change. Bien que j'aie de sérieuses réserves sur le bien-fondé de l'argument qui priverait la banque d'encaissement de toute protection au motif que l'effet est un faux et non un chèque, je n'ai pas à examiner cette question compte tenu de ma conclusion que la banque d'encaissement n'est pas tenue d'invoquer la protection que le par. 165(3) de la *LLC* est susceptible d'offrir.

[44] Comme la professeure Ogilvie l'indique clairement :

[TRADUCTION] Le paragraphe 165(3) est rédigé en termes larges et vise clairement à exonérer les banques de responsabilité à l'égard de chèques déposés au compte de clients, en leur permettant de présumer que l'intention du tireur était que le preneur touche le produit du chèque, ce qui marque un contraste absolu avec le droit antérieur, qui ne prévoyait pas cette présomption. [p. 292-293]

[45] Le paragraphe 165(3) de la *LLC* prévoit une mesure de protection à l'intention des banques; il ne les oblige pas à opposer cette mesure aux demandes de restitution. Le preneur est un tiers à l'égard de cette protection. Il ne saurait utiliser comme arme contre les banques le bouclier mis à leur disposition. L'octroi à la banque de la qualité de détenteur régulier ne vise pas à conférer des droits au preneur d'un effet falsifié. Le preneur peut se prévaloir des moyens de défense inhérents aux règles concernant l'erreur de fait, mais non de la protection conférée à une banque par le par. 165(3) de la *LLC*. Autrement dit, même si l'on concluait que l'effet falsifié est une lettre de change, BMP ne pourrait soutenir, pour l'application du critère de l'arrêt *Simms*, que la BNÉ est juridiquement réputée avoir le droit de recevoir les fonds sans égard à la validité des signatures du tireur.

4.2.2.1.3 Le contrat de services

[46] BMP a également fait valoir que la BNÉ n'avait pas le droit de bloquer les fonds et de les transférer à la BRC parce que le contrat de services

agreement governing the contractual relationship did not authorize this.

[47] Historically, a contract governing a bank account consisted mainly of implied terms: *Bank of Montreal v. Attorney General of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 565, at p. 569 (*per Pratte J.*), citing *Joachimson v. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110 (C.A.), at p. 117 (*per Bankes L.J.*). Those terms were developed by the common law courts, and some of them were later codified in what is now the *BEA*.

[48] Today, most bank account agreements, including the service agreement between BMP and BNS, are standard form contracts. However, terms may still be implied: *Canadian Pacific Hotels Ltd. v. Bank of Montreal*, [1987] 1 S.C.R. 711, at pp. 776-77; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2007), at p. 125. In the instant case, BMP argues that under the service agreement, BNS could charge back only the credits for which it had not received settlement. According to BNS, nothing in the service agreement precluded it from returning the funds to RBC and resisting the claim for damages.

4.2.2.1.3.1 *The Provisional Payment Clause*

[49] The service agreement contains provisions under which amounts may be charged back in certain circumstances. Clause 4.7 reads as follows:

4.7 You authorize us to charge the following to any of your accounts, even if they are not specifically designated for the instruction or service:

- the amount you ask us to pay in any instruction
- the amount of any instruction we have paid to you or credited to your account and for which we do not receive settlement for any reason (including fraud, loss or endorsement error) together with all related costs
- payment of any amount you owe us, including fees, charges, costs and expenses.

régissant la relation contractuelle ne le permettait pas. Le juge de première instance a accepté cet argument.

[47] Pendant longtemps, le contrat régissant les comptes bancaires était principalement constitué de stipulations implicites (*Banque de Montréal c. Procureur général du Québec*, [1979] 1 R.C.S. 565, p. 569 (le juge Pratte), citant *Joachimson c. Swiss Bank Corp.*, [1921] 3 K.B. 110 (C.A.), p. 117 (le lord juge Bankes)), élaborées par les tribunaux de common law, dont certaines ont été ensuite codifiées dans ce qui est maintenant la *LLC*.

[48] Aujourd'hui, la plupart des ententes visant des comptes bancaires, y compris le contrat de services entre BMP et la BNÉ, sont des contrats types. Elles peuvent cependant comporter des stipulations implicites : *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c. Banque de Montréal*, [1987] 1 R.C.S. 711, p. 776-777; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2007), p. 125. En l'espèce, BMP prétend que le contrat de services n'autorisait la BNÉ à annuler un crédit que dans les cas où elle n'avait reçu aucun règlement. Selon la BNÉ, rien dans le contrat de services ne lui interdisait de retourner les fonds à la BRC et de contester la réclamation de dommages-intérêts.

4.2.2.1.3.1 *La clause de paiement provisoire*

[49] Le contrat de services renferme des clauses autorisant l'annulation d'un crédit dans certaines circonstances. Voici le texte de la clause 4.7 :

4.7 Vous nous autorisez à imputer les éléments suivants à l'un ou l'autre de vos comptes, même s'ils ne sont pas expressément désignés pour l'instruction ou le service :

- la somme que vous nous demandez de payer dans une instruction;
- la somme d'une instruction que nous vous avons payée ou que nous avons créditée à votre compte et pour laquelle nous n'avons pas reçu de règlement pour une raison ou une autre (y compris la fraude, la perte ou l'erreur d'endossement), majorée de tous les frais connexes;
- le paiement de toute somme que vous nous devez, y compris les commissions, frais, coûts et autres dépenses.

[50] The right to charge back provisional credits when a customer's instruction to collect on a bill cannot be carried out has long been recognized at common law. Clause 4.7 clarifies that right but does not rule out other reversals of credit that are available at common law. Clause 4.7 gives the bank an explicit right to charge back amounts credited to the customer's account if an instrument is not settled. In the context of the service agreement, it is clear that the settlement referred to in this clause is the receipt of the funds through the banking system, and more particularly through the clearing mechanism available to members of the Canadian Payments Association.

[51] The trial judge seems to have understood the doctrine of mistake of fact to be limited to provisional credits or, in other words, to situations where the collecting bank has not received the funds. This is not so. As a matter of fact, both the seminal cases of *Bank of Montreal v. The King* and *Royal Bank v. The King*, to which I referred above, concerned forgeries discovered long after the forged cheques had been paid. In *Royal Bank v. The King*, the drawee bank was held to be entitled to claim the amounts of the cheques from the payee, who was also its customer. *Royal Bank v. The King* shows that a bank is not necessarily precluded from claiming funds from the payee long after the instrument has been cleared.

[52] The doctrine of mistake of fact is so ingrained in our law that it can be seen as an implied term of the contract. This is even more true in the case at bar, as a clause of the service agreement explicitly provides that BNS retains its rights under "any law". Clause 17.3 reads as follows:

17.3 This agreement takes precedence over any other agreement, service request or service materials relating to any instruction or services. However, we retain all our rights under any law respecting loans, set-off, deposits and banking matters even if they are not described in this agreement.

[53] Although the restraint of the funds by BNS could not be based on clause 4.7, since BNS had

[50] La common law reconnaît depuis longtemps le droit d'annuler un crédit provisoire porté à un compte, lorsque l'instruction d'encaissement d'un client ne peut être exécutée. La clause 4.7 clarifie ce droit, sans exclure les autres opérations d'annulation de crédits permises par la common law; elle confère explicitement à la banque le droit d'annuler un crédit porté au compte d'un client si un effet n'est pas réglé. Dans le contexte du contrat de services, il est clair que le règlement dont il est question dans la clause est la réception des fonds par l'intermédiaire du système bancaire et, plus particulièrement, du mécanisme de compensation dont disposent les membres de l'Association canadienne des paiements.

[51] Le juge de première instance semble avoir compris que la doctrine de l'erreur de fait se limitait aux crédits provisoires ou, en d'autres termes, aux situations où la banque d'encaissement n'a pas reçu les fonds. Ce n'est pas le cas. En fait, les deux arrêts importants que j'ai déjà mentionnés, *Bank of Montreal c. The King* et *Royal Bank c. The King*, concernent des faux découverts longtemps après le paiement des chèques. Dans *Royal Bank c. The King*, la cour a jugé que la banque tirée pouvait réclamer le produit des chèques au preneur, qui était également son client. Cet arrêt démontre qu'il n'est pas nécessairement interdit à une banque de réclamer des fonds au preneur longtemps après la compensation de l'effet.

[52] La doctrine de l'erreur de fait est à ce point ancrée dans notre droit qu'on peut la considérer comme une stipulation contractuelle implicite. Cela est d'autant plus vrai en l'espèce qu'une clause du contrat de services prévoit expressément que la BNÉ conserve les droits qui lui sont reconnus « en vertu des lois ». Voici le texte de la clause 17.3 :

17.3 Le présent contrat prime sur toute autre convention, demande de services ou documentation relative aux services se rattachant à des instructions ou services. Cependant, nous conservons tous nos droits en vertu des lois en matière de prêt, de compensation, de dépôt et d'affaires bancaires même s'ils ne sont pas décrits dans le présent contrat.

[53] Le blocage des fonds opéré par la BNÉ ne pouvait pas reposer sur la clause 4.7 parce qu'il y

received settlement from RBC, the contract does not preclude the application of the common law where a payment has been made under a mistake of fact. Rather, the common law is implicitly incorporated, since it does not conflict with the explicit terms of the contract. Thus, clause 4.7 is not a bar to applying the common law to the relationship between BNS and BMP where BNS's role is no longer that of a collecting bank.

4.2.2.1.3.2 *The Clearing Rules*

[54] In concluding that BNS did not have the right to restrain the funds and transfer them to RBC, the trial judge interpreted the service agreement as incorporating the clearing rules of the Canadian Payments Association. Cohen J. held that “the Agreement specifically refers to, and incorporates the time limit set out in the [clearing] [r]ules” (para. 292). With respect, I do not agree that the clearing rules are an obstacle to recovery.

[55] The clearing rules themselves provide for the survival of the members' common law rights. Clause 1(b) of Rule A4 allows a negotiating bank to seek recourse outside the clearing system:

Nothing in this Rule precludes a Drawee or a Negotiating Institution from exercising its rights and seeking recourse outside of the Clearing.

Moreover, the preamble to the rules contains an express disclaimer of application to third parties:

Nothing in the Rules shall affect or be interpreted to affect the rights or liabilities of any party to any Payment Item, except as expressly provided in the Rules.

[56] It is also recognized in the authorities that the clearing rules apply only to relations between members of the Canadian Payments Association and that they do not create entitlements for third parties. As B. Crawford states in *Payment, Clearing and Settlement in Canada* (2002), vol. 1, at p. 168:

avait eu règlement entre la BNÉ et la BRC, mais le contrat n'exclut pas l'application des règles de common law dans le cas d'un paiement fondé sur une erreur de fait. Ces règles font implicitement partie du contrat puisqu'elles n'entrent pas en conflit avec ses stipulations expresses. La clause 4.7 n'empêche donc pas l'application de la common law à la relation entre la BNÉ et BMP lorsque le rôle de la BNÉ n'est plus celui de banque d'encaissement.

4.2.2.1.3.2 *Les règles de compensation*

[54] En concluant que la BNÉ n'avait pas le droit de bloquer les fonds et de les transférer à la BRC, le juge de première instance a considéré que le contrat de services incorporait les règles de compensation de l'Association canadienne des paiements. Le juge Cohen a statué que [TRADUCTION] « le contrat mentionne expressément les règles de compensation et incorpore le délai prescrit par celles-ci » (par. 292). Avec égards, je ne peux souscrire à l'opinion que les règles de compensation sont un obstacle au recouvrement.

[55] Les règles de compensation elles-mêmes prévoient que les membres continuent d'exercer les droits qu'ils tiennent de la common law. L'alinéa 1(b) de la règle A4 permet à une banque négociatrice d'obtenir réparation hors du système de compensation :

Rien dans la présente Règle n'empêche le tiré ou l'institution négociatrice d'exercer ses droits ni de faire valoir ses recours en dehors du cadre de la compensation.

Par ailleurs, le préambule de ces règles écarte expressément toute application à des tiers :

Rien dans les Règles ne change ou ne peut être interprété comme change[ant] quoi que ce soit aux droits ou aux obligations des parties à un effet de paiement, sauf disposition expresse des Règles.

[56] La jurisprudence et la doctrine, elles aussi, reconnaissent que les règles de compensation ne s'appliquent qu'aux relations entre les membres de l'Association canadienne des paiements et ne confèrent pas de droits aux tiers. Comme l'indique B. Crawford dans *Payment, Clearing and Settlement in Canada* (2002), vol. 1, p. 168 :

... it must be abundantly clear in principle that the ACSS Rules, being internal documents of a corporation, may legitimately govern the relations of the members of the corporation but cannot place burdens on members of the public or bestow benefits on them in connection with their use of the CPA's clearing and settlement system.

[57] I agree with the following statement by Evans J.A. in *National Bank of Greece (Canada) v. Bank of Montreal*, [2001] 2 F.C. 288 (C.A.), at para. 19:

This system operates only at the level of banking and similar institutions, and . . . decisions of the compliance panel have no impact on either the private law rights and duties of banks, their customers, and the payers and payees of cheques, or the remedies available to enforce them.

(See also *Bank of Nova Scotia v. Regent Enterprises Ltd.* (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 102 (C.A.), at para. 38; *Toronto-Dominion Bank v. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 90 D.L.R. (4th) 117 (Man. Q.B.), at p. 121, rev'd on other grounds (1992), 98 D.L.R. (4th) 736 (Man. C.A.), leave to appeal to SCC refused, [1993] 2 S.C.R. vii.)

[58] Finally, I disagree with the trial judge that the service agreement governing the relationship between BNS and BMP incorporated the clearing rules for BMP's benefit. The trial judge based this conclusion on his analysis of clauses 4.1, 4.3, 4.4 (para. 296) and 4.7 (para. 297), as well as on the testimony of the branch manager, who stated: "[The service agreement] uses — That's correct. It used the clearing settlement system" (para. 291). This statement supports the fact that BNS "used" the clearing system. However, it does not mean that the rules were incorporated into the service agreement. Clauses 4.1, 4.3 and 4.4, to which the trial judge referred, read as follows:

4.1 You are responsible for settling payment of your instructions. Unless you have made specific arrangements with us, you will ensure that your accounts have sufficient cleared funds to settle any instructions at the time that you give us an instruction. We are not required to settle an instruction if sufficient cleared

[TRANSLATION] . . . il ne doit faire aucun doute qu'en principe les règles de l'ACP, en tant que documents internes d'une personne morale, peuvent légitimement régir les relations des membres de la personne morale mais ne peuvent imposer de charge ou conférer d'avantage aux membres du public quant à l'utilisation du système de compensation et de règlement de l'ACP.

[57] Je fais mien l'énoncé suivant du juge Evans dans *Banque Nationale de Grèce (Canada) c. Banque de Montréal*, [2001] 2 C.F. 288 (C.A.), par. 19 :

Ce système ne vise que les banques et les institutions financières apparentées et [. . .] les décisions du groupe de l'observation n'ont aucune incidence sur les droits et les obligations, en droit privé, des banques, de leurs clients ainsi que des payeurs et des bénéficiaires de chèques, non plus que sur les recours y afférents.

(Voir aussi *Bank of Nova Scotia c. Regent Enterprises Ltd.* (1997), 157 Nfld. & P.E.I.R. 102 (C.A.), par. 38; *Toronto-Dominion Bank c. Dauphin Plains Credit Union Ltd.* (1992), 90 D.L.R. (4th) 117 (B.R. Man.), p. 121, inf. pour d'autres motifs (1992), 98 D.L.R. (4th) 736 (C.A. Man.), autorisation d'appel devant la CSC refusée, [1993] 2 R.C.S. vii.)

[58] Enfin, contrairement au juge de première instance, j'estime que le contrat de services régissant les relations entre la BNÉ et BMP n'incorpore pas les règles de compensation au profit de BMP. Le juge fondait sa conclusion sur son analyse des clauses 4.1, 4.3, 4.4 (par. 296) et 4.7 (par. 297) ainsi que sur le témoignage du directeur de la succursale, qui avait déclaré : [TRANSLATION] « [Le contrat de services] utilise — C'est vrai. Il a utilisé le système de compensation et de règlement » (par. 291). Cette déclaration confirme que la BNÉ « a utilisé » le système de compensation, non que les règles sont intégrées au contrat de services. Voici le texte des clauses 4.1, 4.3 et 4.4 auxquelles se reporte le juge de première instance :

4.1 Vous êtes responsable du règlement du paiement de vos instructions. À moins que vous n'ayez pris des arrangements particuliers avec nous, vous devez veiller à ce que vos comptes aient suffisamment de fonds compensés pour régler les instructions au moment où vous nous les donnez. Nous ne sommes pas tenus de régler

funds are not available in your account. The reported balances for your account may include amounts which are not cleared funds. Cleared funds means cash or any funds from any deposit which have been finally settled through the clearing system.

4.3 You acknowledge that we must clear instructions using a clearing system and are bound by the rules of any clearing system we use, including rules for endorsement of instructions, identity of payee and the time for final settlement. These rules affect our ability to honour your request to cancel instructions and the procedures we must follow to settle your instructions and clear funds for you.

4.4 We reserve the right to clear and transfer instructions by whatever method we choose, whether they are drawn on your account or negotiated by you. You grant us sufficient time to settle all instructions. You acknowledge that we may delay crediting your account until we receive the cleared funds for the instruction.

[59] Clause 4.1 is a restatement of the bank's common law obligation to honour its customer's cheques and instructions when the customer has sufficient credit. Under clause 4.3, BMP acknowledged that BNS was bound by the clearing rules. The only consequence of this acknowledgment was that BMP would be precluded from claiming a breach of the agreement if a failure by BNS to honour its instructions was justified by the clearing rules BNS must abide by in dealing with other banks. Clause 4.4 essentially gave BNS three types of rights: (1) to clear instructions in whatever way it chose; (2) to take sufficient time to settle instructions; and (3) to take sufficient time to credit the account. Clause 4.4 was silent as to whether the "credit" ever became a final and irreversible credit to BMP's account. It may be that the restraint of the funds by BNS was based on no express provision, but it is clear that the clearing rules were neither expressly nor implicitly incorporated for BMP's benefit.

une instruction si votre compte n'a pas suffisamment de fonds compensés. Les soldes reportés pour votre compte peuvent comprendre des sommes qui ne sont pas des fonds compensés. Les fonds compensés désignent de comptant ou des fonds d'un dépôt qui ont été finalement réglés par l'entremise du système de compensation.

4.3 Vous reconnaissez que nous de[vo]ns compenser les instructions en utilisant un système de compensation et que nous sommes liés par les règles de tout système de compensation que nous utilisons, notamment les règles concernant l'endossement des instructions, l'identité du bénéficiaire et le délai de règlement final. Ces règles influent sur notre capacité d'accepter votre demande d'annulation d'instructions et sur la procédure que nous devons suivre pour régler vos instructions et compenser des fonds en votre nom.

4.4 Nous nous réservons le droit de compenser et de transférer des instructions tirées sur votre compte ou négociées par vous, par n'importe quel moyen que nous choisissons. Vous nous accordez suffisamment de temps pour régler toutes les instructions. Vous reconnaissez que nous pouvons attendre d'avoir reçu les fonds compensés pour l'instruction avant de créditer votre compte.

[59] La clause 4.1 reformule l'obligation que la common law impose à la banque d'honorer les chèques et les instructions de son client lorsqu'il dispose des provisions suffisantes. Par la clause 4.3, BMP reconnaît que la BNÉ doit se conformer aux règles de compensation. Cette reconnaissance a pour seul effet d'empêcher BMP d'invoquer la rupture de contrat si le refus de la part de la BNÉ d'honorer ses instructions est justifié par les règles de compensation que celle-ci est tenue d'observer dans ses transactions avec d'autres banques. La clause 4.4 confère essentiellement à la BNÉ trois types de droits : (1) le droit de compenser les instructions de la façon qu'elle détermine, (2) le droit de jouir d'un délai suffisant pour régler les instructions et (3) le droit de jouir d'un délai suffisant pour créditer le compte. Elle est silencieuse sur la question de savoir si le « crédit » devient jamais un crédit définitif et irréversible dans le compte de BMP. Il se peut que le blocage des fonds par la BNÉ ne repose sur aucune assise explicite, mais il est clair que les règles de compensation n'ont pas été incorporées expressément ou implicitement au contrat de services au profit de BMP.

[60] In summary, the trial judge could not rely on the clearing rules to arrive at the conclusion that BMP had a right to the proceeds of the forged cheque. Consequently, I find that the first answer at the second step of the *Simms* test is that RBC did not intend and is not deemed in law to have intended that BMP receive the funds. Two other enquiries remain: whether consideration was given and whether a change of position occurred.

4.2.2.2 *Consideration*

[61] The question whether BMP has given consideration is easily answered in light of the trial judge's finding of fact that BMP gave no value for the instrument. At the same time, BMP's position that RBC should bear the loss entails an implicit acknowledgment that neither itself nor BNS has given consideration for the instrument.

4.2.2.3 *Change of Position*

[62] The question in the third enquiry is whether the payee has changed its position. In *Simms*, the condition that money cannot be recovered in the event of a change of position was seen to be linked to the defendant's being deprived of an opportunity to give a notice of dishonour. This prompted comments that the defence of change of position is more specific than the label would suggest: Geva, "Reflections", at pp. 308 ff. However, leading English commentators on the subject now observe that the law has evolved and may now include defences of change of position that are not related to the *BEA*'s notice requirements: Lord Goff and G. Jones, *The Law of Restitution* (6th ed. 2002), at p. 852; see *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* Similarly, leading Canadian commentators consider that since *Rural Municipality of Storthoaks v. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 S.C.R. 147, the defence of change of position has been "an established feature of the Canadian law of mistaken payments": Maddaugh and McCamus, at p. 10-35, §10:500.10; see also G. H. L. Fridman, *Restitution* (2nd ed. 1992), at p. 458. I see no reason why the general defence of change of position should

[60] En résumé, les règles de compensation ne permettraient pas au juge de première instance de conclure que BMP avait un droit sur le produit du faux chèque. Par conséquent, la réponse à la première question du deuxième volet du critère de l'arrêt *Simms* est que la BRC n'avait pas ou n'était juridiquement pas réputée avoir l'intention que BMP reçoive les fonds. Deux autres questions doivent être examinées : la question de la contrepartie et celle du changement de situation.

4.2.2.2 *La contrepartie*

[61] La conclusion de fait du juge de première instance que BMP n'a pas acquis l'effet à titre onéreux permet de trancher aisément la question de savoir si BMP a fourni une contrepartie. Par ailleurs, en affirmant que la BRC doit assumer la perte, BMP reconnaît implicitement que ni la BNÉ ni elle n'ont fourni de contrepartie à l'égard de l'effet.

4.2.2.3 *Le changement de situation*

[62] La troisième question est celle de savoir si la situation du preneur a changé. Dans *Simms*, on a considéré que l'exigence que l'argent ne puisse être recouvré en cas de changement de situation était liée à l'impossibilité pour le défendeur de donner un avis de refus, ce qui a suscité le commentaire que le moyen de défense de changement de situation est beaucoup plus précis que son nom le suggère : Geva, « Reflections », p. 308 et suiv. Des auteurs anglais de renom, toutefois, signalent à présent que le droit a évolué et qu'il peut maintenant inclure des moyens de défense de cette nature qui sont sans lien avec les exigences d'avis de la *LLC* : lord Goff et G. Jones, *The Law of Restitution* (6^e éd. 2002), p. 852; voir *Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.* De même, des auteurs canadiens réputés estiment que, depuis *Rural Municipality of Storthoaks c. Mobil Oil Canada, Ltd.*, [1976] 2 R.C.S. 147, un tel moyen de défense constitue [TRADUCTION] « une caractéristique reconnue du droit canadien en matière de paiement par erreur » : Maddaugh et McCamus, p. 10-35, § 10:500.10; voir aussi G. H. L. Fridman, *Restitution* (2^e éd. 1992), p. 458. Il n'y a aucune raison, selon moi, pour que le moyen de défense

not apply to mistaken payments made on forged cheques.

[63] To conduct the change of position enquiry, it is necessary to determine whether the payee parted with the funds. In this case, BNS, as the collecting bank, received the funds from RBC for the benefit of the payee, BMP, and credited BMP's account. Once the collecting bank receives the funds from the drawee and credits the payee, its role as a collecting bank is terminated. It then becomes the holder of the funds under its contract with its customer. It is settled law that a customer is a creditor of the bank when he or she deposits funds into an account and that the bank holds these funds as its own until the customer asks for repayment. This principle has gone unquestioned since *Foley v. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002. See *Crawford and Falconbridge: Banking and Bills of Exchange* (8th ed. 1986), vol. 1, at pp. 742-43; Ogilvie, at p. 179.

[64] Thus, although BNS's role was changed from that of a collecting bank to that of a borrower, for the purposes of the change of position analysis, it must be concluded that BNS remained the holder of the funds. Moreover, at the time they were restrained, the funds now claimed by BMP were still credited to its account. Therefore neither BNS as the holder of the funds nor the payee had changed its position.

[65] In conclusion, BMP had not changed its position and the defence was available neither to it nor to BNS. It is worth noting that cases in which a person who is not a party to the fraud has neither given consideration nor changed its position will be rare. However, that is what has happened here according to the facts found by the trial judge. In these circumstances, all the conditions for recovery of the payment made by mistake are met. Other objections have been made, though, and I will discuss them now.

général de changement de situation ne s'applique pas aux paiements effectués par erreur sur la foi de faux chèques.

[63] L'examen relatif au changement de situation exige qu'on détermine si le preneur s'est dessaisi des fonds. En l'espèce, la BNÉ, en sa qualité de banque d'encaissement, a reçu les fonds de la BRC pour le compte du preneur, BMP, et les a portés au crédit de celle-ci. Une fois que la banque d'encaissement a reçu les fonds de la banque tirée et les a portés au compte du preneur, son rôle d'encaissement prend fin. C'est alors en exécution du contrat qui la lie à son client qu'elle détient les fonds. Il est bien établi en droit que le dépôt de fonds auprès d'une banque, qui les détient alors comme s'il s'agissait des siens jusqu'à une demande de paiement de la part du client, fait naître une relation débiteur-créancier entre la banque et son client. Depuis *Foley c. Hill* (1848), 2 H.L.C. 28, 9 E.R. 1002, personne ne remet en question ce principe : voir *Crawford and Falconbridge : Banking and Bills of Exchange* (8^e éd. 1986), vol. 1, p. 742-743; Ogilvie, p. 179.

[64] Ainsi, malgré le changement du rôle de la BNÉ, qui passe de banque d'encaissement à emprunteuse, pour les besoins de l'analyse relative au changement de situation, il faut conclure que la BNÉ détenait toujours les fonds. Par ailleurs, au moment de leur blocage, les fonds que BMP réclame maintenant étaient toujours au crédit de son compte. Par conséquent, ni la situation de la BNÉ en tant que détentrice des fonds ni celle du preneur n'avaient changé.

[65] En conclusion, la situation de BMP n'avait pas changé et ni BMP ni la BNÉ ne pouvaient invoquer la défense fondée sur le changement de situation. Il convient de noter qu'il arrive rarement qu'une personne n'ayant pas pris part à la fraude n'a ni fourni de contrepartie ni changé de situation. C'est pourtant ce qui est arrivé ici selon les faits établis par le juge de première instance. Dans ces circonstances, toutes les conditions du recouvrement du paiement par erreur sont remplies. Je passe maintenant à l'examen d'autres objections qui ont été soulevées.

4.3 *Jus Tertii Defence, Self-Help Arguments and Policy Considerations*

[66] The trial judge found that it was wrong for BNS to transfer the funds to RBC. He was of the view that BNS had favoured a bank to its customer's detriment. In his opinion, BNS was not entitled to exercise any of the rights that could have been exercised by RBC.

[67] The *jus tertii* argument the trial judge relied on could be accepted only if RBC had no right to recover the funds from BNS. Only then could BNS be said to have acted in RBC's stead. Since I have concluded that BNS was entitled to give effect to RBC's claim for restitution of the moneys paid under mistake of fact, the *jus tertii* argument fails. This is the result of the application of the law to the highly singular facts of this case.

[68] It is worth recalling some of the extremely unusual circumstances of this case: the sale price of the unlicensed distributorship was arrived at by "pulling the number out of the air", the cheque was received without a cover letter, the names of the sender and the drawer of the cheque were unknown, Newman, the purchaser, could not be reached and the payee had given no consideration. The fraud could not be clearer, nor could the origin of the funds. In my view, since the rightful owner had a legitimate claim against the recipient, BNS had no duty to give preference to BMP.

[69] The funds received by BNS were RBC's own funds and RBC had no right to be repaid out of First National's account. BNS acted in a way that could have enabled the parties to avoid going through a series of judicial proceedings. This Court's reasoning in *Bank Canadian National v. Gingras*, [1977] 2 S.C.R. 554, at p. 564, applies with equal force here. BNS asked BMP for support in recovering the proceeds of the forged cheque. BMP insisted on retaining the funds even though it had given no

4.3 *Les arguments du droit du tiers et du droit à l'autoredressement et les considérations de politique générale*

[66] Le juge de première instance a conclu que la BNÉ ne pouvait légitimement transférer les fonds à la BRC. Il estimait qu'elle avait privilégié une banque au détriment de son client et qu'elle ne pouvait exercer aucun des droits dont la BRC aurait pu se prévaloir.

[67] L'argument du droit du tiers sur lequel s'est appuyé le juge de première instance ne tient que si la BRC ne pouvait faire valoir contre la BNÉ aucun droit au recouvrement des fonds. Ce n'est qu'à cette condition qu'on pourrait considérer que la BNÉ a agi à la place de la BRC. Comme j'ai conclu que la BNÉ pouvait à bon droit donner suite à la demande de la BRC visant la restitution des sommes payées par erreur de fait, l'argument du droit du tiers ne peut être retenu. Cela s'explique par les règles de droit applicables à la présente affaire, qui est tout à fait particulière.

[68] Il y a lieu de rappeler certaines circonstances extrêmement inusitées de l'affaire : le prix de vente de la franchise de distribution sans licence a été établi de façon tout à fait arbitraire, le chèque a été reçu sans lettre d'accompagnement, le nom de l'expéditeur de l'enveloppe et celui du tireur du chèque sont inconnus, l'acquéreur, M. Newman, ne pouvait être joint et le preneur n'avait fourni aucune contrepartie. La fraude et l'origine des fonds ne pouvaient être plus claires. Si le propriétaire légitime peut à bon droit exiger du récepteur le remboursement des fonds, la BNÉ n'était, à mon sens, nullement tenue de donner la préférence à BMP.

[69] Les fonds reçus par la BNÉ étaient les fonds de la BRC elle-même et cette dernière n'était pas autorisée à se faire rembourser sur le compte de First National. La conduite de la BNÉ aurait pu permettre aux parties d'éviter une série de procédures judiciaires. Le raisonnement tenu par la Cour dans *Banque Canadienne Nationale c. Gingras*, [1977] 2 R.C.S. 554, p. 564, s'applique tout autant ici. La BNÉ a demandé l'appui de BMP pour le recouvrement du produit du faux chèque. BMP a insisté

consideration for them and even though the fraud was beyond dispute. In this case, BNS's actions entailed no risk of curtailing the protection from which a holder in due course is entitled to benefit.

[70] Furthermore, BMP objected to the joinder of the action RBC had eventually instituted against BMP, which was pending at the time this case was heard. It might have been easier for the trial judge to assess the parties' rights had the two proceedings been joined. In these circumstances, the argument that BNS had exercised a third party right or resorted to a self-help remedy not only sounds hollow and opportunistic, but is procedurally unfounded.

[71] I can conceive of no policy consideration that would preclude BNS from responding to RBC's common law right in this case. As I mentioned above, neither *Price v. Neal* nor *Bank of Montreal v. The King* stands for a strict rule that the drawee must in all circumstances bear a loss resulting from a cheque bearing a forged signature of the drawer. There is no rule preventing RBC or BNS from arguing that the payment to BMP was made by mistake. The commentators find no convincing reason to establish an absolute rule against relief in the case of payment on the drawer's forged signature (B. Geva, "Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC*" (1997), 28 *Can. Bus. L.J.* 177, at p. 189; Scott, "Comment on Reflections", at p. 342).

[72] At common law, the principle of finality of payment must be balanced against the right of the owner of the funds to recover money paid under a mistake of fact. The common law affords a defence to an innocent party who has given consideration or changed his or her position. However, the person who is still in possession of the funds is in the best position to stop the fraud. To preclude means to prevent the continuation of a fraud in order to allow a fraudulent payment to be finalized would be a strange policy. Thus, there is no overarching policy consideration that would bar the payee's bank from

pour conserver les fonds même si elle n'avait fourni aucune contrepartie et que la fraude était incontestable. En l'espèce, les gestes de la BNÉ ne risquaient pas de restreindre la protection à laquelle avait droit un détenteur régulier.

[70] En outre, BMP s'est opposée à la jonction de l'action que la BRC avait finalement intentée contre elle et qui était pendante au moment de l'instruction de la présente affaire. La jonction aurait peut-être facilité l'évaluation des droits des parties par le juge de première instance. Dans ces circonstances, non seulement l'argument que la BNÉ avait exercé un droit du tiers ou recouru à l'autoredressement paraît insatisfaisant et opportuniste, mais il est mal fondé sur le plan de la procédure.

[71] Je ne puis concevoir aucune considération de politique générale qui, en l'espèce, empêcherait la BNÉ de donner suite au droit que la common law confère à la BRC. Comme je l'ai déjà mentionné, ni *Price c. Neal* ni *Bank of Montreal c. The King* n'établissent de règle stricte portant que le tiré assume en toutes circonstances la perte résultant de la signature contrefaite du tireur sur un chèque. Aucune règle n'empêche la BRC ou la BNÉ de soutenir que le paiement fait à BMP a été effectué par erreur. Les auteurs ne voient aucune raison convaincante pour établir une règle absolue visant à refuser un redressement dans le cas d'un paiement effectué sur la foi de la signature contrefaite du tireur (B. Geva, « Conversion of Unissued Cheques and the Fictitious or Non-Existing Payee — *Boma v. CIBC* » (1997), 28 *Rev. can. dr. comm.* 177, p. 189; Scott, « Comment on Reflections », p. 342).

[72] En common law, le principe de l'irrévocabilité du paiement doit être concilié avec le droit du propriétaire des fonds de recouvrer l'argent payé à la suite d'une erreur de fait. La common law fournit un moyen de défense à la partie innocente qui a donné une contrepartie ou dont la situation a changé. Cependant, c'est la personne encore en possession des fonds qui est la mieux placée pour mettre fin à la fraude. Ce serait un principe bien singulier que d'interdire le recours à des moyens d'empêcher une fraude de perdurer afin de permettre le parachèvement d'un paiement frauduleux. Ainsi, il n'existe

resisting a claim based on a signature that has been proven to be forged where the payee has not used the funds and has neither given consideration for them nor changed his or her position.

[73] The trial judge was of the view that BMP and the holders of the related accounts had “suffered a loss of their right to demand repayment from the BNS of the BNS’ debt to them by reason of the BNS’ wrongful charge backs against their respective bank accounts” (para. 423). In my view, BNS was entitled to object that since the cheque was forged, the funds could be and were returned to their rightful owner. The deposit of the forged instrument could not result in a debt to BMP in this case. Therefore, BMP did not lose anything because the funds had to be returned to RBC. The trial judge’s conclusion that BMP had lost the right to demand payment of a debt owed by BNS is erroneous, because the credit entry in the account had been made by mistake.

[74] I have found that RBC made a mistaken payment, that nothing precluded it from recovering the funds and that BMP had no defence to the claim. More particularly, BNS was entitled not to raise a defence based on s. 165(3) *BEA*. RBC, in trying to trace the sums it had mistakenly paid, was informed that a portion amounting to over \$776,000 was being held by BNS at the time the fraud was discovered. An amount of \$350,188.65 was still in BMP’s account. BNS also restrained funds in the related accounts. The question the Court must now answer is whether the rules of evidence are a bar to restitution. I will now discuss this issue.

4.4 *Right to Claim the Amounts in BMP’s Account and to Trace Funds in the Related Accounts*

[75] Tracing is an identification process. The common law rule is that the claimant must demonstrate that the assets being sought in the hands of the recipient are either the very assets in which the claimant asserts a proprietary right or a substitute for them.

aucune considération de politique générale prépondérante qui empêcherait la banque du preneur de refuser une réclamation fondée sur un faux démontré lorsque le preneur n’a pas employé les fonds et n’a pas non plus fourni de contrepartie ou modifié sa situation.

[73] Le juge de première instance a estimé que BMP et les titulaires des comptes connexes avaient été [TRADUCTION] « privés de leur droit d’exiger de la BNÉ le remboursement de sa dette à leur égard en raison de l’annulation inappropriée de crédits portés à leurs comptes respectifs » (par. 423). À mon avis, la BNÉ pouvait faire valoir que, le chèque étant un faux, les fonds pouvaient être restitués à leur propriétaire légitime comme ils l’avaient été. Le dépôt de l’effet falsifié ne pouvait donner naissance à une créance de BMP en l’espèce. Par conséquent, BMP n’a rien perdu du fait que les fonds devaient être retournés à la BRC. L’inscription au crédit procédant d’une erreur, le juge de première instance a conclu à tort que BMP avait été privée de son droit d’exiger de la BNÉ qu’elle paie sa dette.

[74] Je conclus que la BRC a payé par erreur, que rien ne s’opposait à ce qu’elle recouvre les fonds et que BMP n’avait aucun moyen de défense à opposer. En particulier, la BNÉ pouvait à bon droit ne pas invoquer le moyen de défense fondé sur le par. 165(3) de la *LLC*. La BRC, qui essayait de suivre les fonds qu’elle avait payés par erreur, a été informée que la BNÉ détenait, au moment de la découverte de la fraude, plus de 776 000 \$ de ces fonds. La somme de 350 188,65 \$ se trouvait encore dans le compte de BMP. La BNÉ a aussi bloqué des fonds dans les comptes connexes. Il s’agit donc à présent de déterminer si les règles de preuve empêchent la restitution. J’examine maintenant cette question.

4.4 *Le droit de réclamer les sommes dans le compte de BMP et le droit de suivre les fonds dans les comptes connexes*

[75] Suivre un bien est un processus d’identification. Selon la règle de common law, le demandeur doit démontrer que les biens visés qui sont détenus par le récepteur sont les biens sur lesquels il a un droit de propriété ou les substituts de ces biens.

[76] In the instant case, RBC's funds were first transferred through the clearing system to BNS in its capacity as collecting bank — and thus as agent — for BMP. BNS then made the entry in BMP's account to reflect the receipt of the funds from RBC. Finally, BMP made withdrawals from its account by way of transfers or cheques for deposit in the related accounts and, in the case of the transactions involving the \$300,000 cheque, back to its own account. What is at issue here is a non-specific fund.

[77] Under ordinary circumstances, an agent cannot be sued in the principal's stead. However, as stated by Lord Goff and Jones in *The Law of Restitution*, at p. 847, citing *British American Continental Bank v. British Bank for Foreign Trade*, [1926] 1 K.B. 328 (C.A.),

where the agent has paid the money over to his principal but has received it back again so that his position is as it was before he paid it over, he must make restitution.

Save for the \$100 added to the bank draft, there is no issue of identification of the money in BMP's account. The unchallenged evidence is that it comes from the funds received from RBC. BNS, as agent, received the funds from RBC and, after crediting them to its principal, BMP, received them back under the banking contract. Having received the funds back, BNS had to make restitution to RBC. Therefore, BNS has a valid defence against BMP (see *Bavins, Junr. & Sims v. London and South Western Bank, Ltd.*, [1900] 1 Q.B. 270 (C.A.)). BNS's status with respect to the funds in the related accounts is different. BNS was not acting as agent of the holders of the related accounts. A review of the rules on tracing will therefore be helpful.

[78] It has been accepted that the English case of *Agip (Africa) Ltd. v. Jackson*, [1992] 4 All E.R. 451 (C.A.) (aff'g [1992] 4 All E.R. 385 (Ch.)), has been accepted as setting out rules with respect to tracing of money: *Citadel General Assurance Co. v. Lloyds Bank Canada*, [1997] 3 S.C.R. 805.

[76] En l'espèce, les fonds de la BRC ont d'abord été transférés par l'entremise du système de compensation à la BNÉ, qui agit à titre de banque d'encaissement — et ainsi de mandataire — de BMP. La BNÉ a alors inscrit dans le compte de BMP les fonds reçus de la BRC. Enfin, BMP a effectué des retraits sur son compte par virement ou par chèque en vue du dépôt dans les comptes connexes et, dans le cas des opérations relatives au chèque de 300 000 \$, en vue de le retransférer sur son compte. Ce dont il est question ici, ce sont donc des fonds qui n'ont pas de caractéristique particulière.

[77] Normalement, le mandataire ne peut être poursuivi à la place du mandant. Cependant, comme l'indiquent lord Goff et Jones dans *The Law of Restitution*, p. 847, citant *British American Continental Bank c. British Bank for Foreign Trade*, [1926] 1 K.B. 328 (C.A.),

[TRADUCTION] lorsque le mandataire a remis l'argent à son mandant mais l'a reçu de nouveau de sorte que sa situation est la même qu'avant le paiement, il doit procéder à la restitution.

À l'exception des 100 \$ ajoutés à la traite bancaire, l'identification de l'argent dans le compte de BMP ne pose pas de problème. Il n'est pas contesté qu'il provient des fonds reçus de la BRC. En tant que mandataire, la BNÉ a reçu les fonds de la BRC et, après qu'elle les a portés au crédit de son mandant, BMP, ces fonds lui ont été de nouveau remis en vertu du contrat bancaire. Ayant reçu de nouveau les fonds, elle devait les restituer à la BRC. Elle dispose donc d'une défense valable contre BMP (voir *Bavins, Junr. & Sims c. London and South Western Bank, Ltd.*, [1900] 1 Q.B. 270 (C.A.)). Son statut à l'égard des fonds détenus dans les comptes connexes est différent. Elle n'agissait pas à titre de mandataire des titulaires de ces comptes. Il sera donc utile d'examiner les règles régissant le suivi des fonds.

[78] Il a été reconnu que l'arrêt anglais *Agip (Africa) Ltd. c. Jackson*, [1992] 4 All E.R. 451 (C.A.) (conf. [1992] 4 All E.R. 385 (Ch.)), a énoncé les règles régissant le suivi des fonds : *Citadelle (La), Cie d'assurances générales c. Banque Lloyds du Canada*, [1997] 3 R.C.S. 805.

[79] According to the Court of Appeal in *Agip*, tracing at law is permitted where a person has received money rightfully claimed by the claimant. Liability is based on mere receipt, and the extent of liability will depend on the amount received (*Agip* (C.A.), at pp. 463-64; *Agip* (Ch.), at p. 399; *Banque Belge pour l'Étranger v. Hambrouck*, [1921] 1 K.B. 321 (C.A.)). It is sometimes said that funds cannot be traced to bank accounts at common law. This view overstates the rule and fails to take into account the fact that, as an evidentiary process, tracing is possible if identification is possible (see D. R. Klinck, “Two Distincts, Division None”: Tracing Money into (and out of) Mixed Accounts” (1988), 2 *B.F.L.R.* 147, at p. 148, and L. D. Smith, *The Law of Tracing* (1997), at pp. 183 ff.). Indeed, no statement that tracing is impossible can be found in the case that is most often cited in support of the theory that funds cannot be traced to bank accounts at common law. If Lord Ellenborough C.J.’s comment in *Taylor v. Plumer* (1815), 3 M. & S. 562, 34 E.R. 721, is read in its entirety, it is clear that tracing is impossible only when the means of ascertainment fail:

It makes no difference in reason or law into what other form, different from the original, the change may have been made, whether it be into that of promissory notes for the security of the money which was produced by the sale of the goods of the principal, as in *Scott v. Surman*, Willes, 400, or into other merchandize, as in *Whitecomb v. Jacob*, Salk. 160, for the product of or substitute for the original thing still follows the nature of the thing itself, as long as it can be ascertained to be such, and the right only ceases when the means of ascertainment fail, which is the case when the subject is turned into money, and mixed and confounded in a general mass of the same description. The difficulty which arises in such a case is a difficulty of fact and not of law, and the dictum that money has no ear-mark must be understood in the same way; i.e. as predicated only of an undivided and undistinguishable mass of current money. [Emphasis added; p. 726.]

[80] That it is possible at common law to trace money to bank accounts is illustrated by the cases of *Hambrouck* and *Agip*. In *Hambrouck*,

[79] Selon la Cour d’appel dans *Agip*, la common law permet de suivre les fonds lorsqu’une personne a reçu de l’argent qui peut légitimement être revendiqué par le demandeur. Le seul fait de la réception fonde la responsabilité, dont l’étendue sera fonction de la somme reçue (*Agip* (C.A.), p. 463-464; *Agip* (Ch.), p. 399; *Banque Belge pour l'Étranger c. Hambrouck*, [1921] 1 K.B. 321 (C.A.)). On dit parfois qu’il est impossible en common law de suivre les fonds détenus dans les comptes bancaires. Ce point de vue exagère la portée de la règle et ne tient pas compte du fait que, dans le cadre de la présentation de la preuve, le suivi est permis si l’identification est possible (voir D. R. Klinck, « “Two Distincts, Division None” : Tracing Money into (and out of) Mixed Accounts » (1988), 2 *B.F.L.R.* 147, p. 148, et L. D. Smith, *The Law of Tracing* (1997), p. 183 et suiv.). D’ailleurs, l’arrêt le plus souvent cité à l’appui de la théorie qu’il est impossible en common law de suivre les fonds détenus dans des comptes bancaires ne comporte aucun énoncé quant à cet effet. Il ressort clairement de l’ensemble du commentaire du juge en chef lord Ellenborough dans *Taylor c. Plumer* (1815), 3 M. & S. 562, 34 E.R. 721, que c’est seulement lorsque les moyens de l’établir font défaut que le suivi n’est pas possible :

[TRADUCTION] Sur le plan de la raison ou du droit, peu importe la forme que peut prendre par la suite la chose originaire, qu’elle se change en billet pour la sécurité de l’argent provenant de la vente des biens du mandant, comme c’est le cas dans *Scott c. Surman*, Willes, 400, ou en une marchandise, comme dans *Whitecomb c. Jacob*, Salk. 160, car le produit de la chose ou son substitut reflète la nature de la chose elle-même, tant qu’il est possible de l’établir, et le droit cesse uniquement lorsque les moyens de l’établir font défaut, ce qui arrive lorsque l’objet en cause est transformé en argent et confondu dans une masse générale du même ordre. La difficulté qui se pose alors est de nature factuelle et non juridique, et l’adage selon lequel l’argent ne porte pas de marque doit s’entendre de la même façon, c’est-à-dire qu’il fait seulement référence à une masse monétaire courante, indivise et indistinguishable. [Je souligne; p. 726.]

[80] Il ressort des arrêts *Hambrouck* et *Agip* qu’il est possible en common law de suivre l’argent détenu dans des comptes bancaires. Dans l’affaire

a man named Hambrouck had fraudulently procured cheques drawn on the Banque Belge pour l'Étranger. He endorsed the cheques and deposited them in his account at Farrow's Bank. The cheques were cleared through the banking system and credited to Hambrouck's account. "In substance no other funds were paid into the account than the proceeds of these forged cheques" (Atkin L.J., at p. 331 (emphasis added)). Hambrouck then paid money out of that bank account to a Ms. Spanoghe, with whom he was living. A deposit was made in Ms. Spanoghe's account at the London Joint City and Midland Bank and, according to Atkin L.J., "[n]o other sums were at any time placed to that deposit account" (p. 332). On the basis of those facts, Bankes and Atkin L.JJ. were both of the opinion that the funds could be traced at common law to Ms. Spanoghe's account (pp. 328 and 335-36). Two points drawn from that case are important for our purposes: neither the fact that a cheque is cleared through the banking system before being deposited in the payee's account nor the fact that the payee has mixed the funds with other funds is sufficient to bar recovery at common law.

[81] To fully understand the parallel between *Hambrouck* and *Agip*, it is important to follow the sequence of events in the latter case. In *Agip*, the Banque du Sud ("BdS") in Tunis received a payment order of \$518,822.92 in favour of Baker Oil. BdS instructed Citibank to debit its account and credit an account at Lloyds Bank. Lloyds Bank credited Baker Oil's account before receiving the funds from Citibank, thereby assuming the delivery risk. The next day, pursuant to instructions from accountants Jackson & Co., who controlled Baker Oil on behalf of their clients, Lloyds Bank transferred the funds to Jackson & Co.'s account. At the time the credit was entered in Baker Oil's account, there was no other money in the account; however, the balance of Jackson & Co.'s account was US\$7,911.80 before the transfer. The Court of Appeal agreed with the trial judge that the mixing of the funds with the amount already in Jackson & Co.'s account was of no consequence and did not preclude tracing (pp. 465-66). In first instance,

Hambrouck, un certain Hambrouck avait frauduleusement obtenu des chèques tirés sur la Banque Belge pour l'Étranger, qu'il avait endossés puis déposés dans son compte auprès de la Farrow's Bank. Les chèques ont été compensés par l'entremise du système bancaire et portés au crédit de son compte, dans lequel [TRADUCTION] « [a]ucune autre somme substantielle que le produit des faux chèques n'avait été versée » (lord Atkin, p. 331 (je souligne)). Sur ce compte, M. Hambrouck a ensuite effectué un paiement à M^{lle} Spanoghe, avec qui il vivait, lequel a été déposé au compte de celle-ci à la London Joint City and Midland Bank. Selon lord Atkin, [TRADUCTION] « [a]ucune autre somme n'a été déposée sur ce compte » (p. 332). Se fondant sur ces faits, les lords Bankes et Atkin ont tous deux estimé qu'en common law les fonds peuvent être suivis dans le compte de M^{lle} Spanoghe (p. 328 et 335-336). Deux éléments tirés de cette affaire sont d'importance pour les besoins de notre analyse : ni le fait que le chèque a été compensé par l'entremise du système bancaire avant d'être déposé dans le compte du preneur du chèque ni le fait que le preneur a opéré une confusion avec d'autres fonds ne suffisent à empêcher le recouvrement en common law.

[81] Pour bien comprendre le parallèle entre *Hambrouck* et *Agip*, il importe de suivre la séquence des événements dans cette dernière affaire. Dans *Agip*, la Banque du Sud de Tunis (« BdS ») a reçu un ordre de paiement de 518 822,92 \$ en faveur de Baker Oil. Elle a donné comme instructions à Citibank de débiter son compte et de créditer un compte à la banque Lloyds, laquelle a crédité le compte de Baker Oil avant de recevoir les fonds de Citibank, assumant ainsi le risque de livraison. Le lendemain, conformément aux instructions du cabinet comptable Jackson & Co., qui administrait Baker Oil au nom de ses clients, la Lloyds a transféré les fonds dans le compte de Jackson & Co. Avant l'opération, le compte de Baker Oil présentait un solde de zéro, mais celui de Jackson & Co. s'élevait à 7 911,80 \$US. La Cour d'appel a souscrit à l'opinion du juge de première instance que la confusion des fonds avec le montant déjà dans le compte de Jackson & Co. ne portait pas à conséquence et n'empêchait pas le suivi des fonds (p. 465-466). En première instance,

Millett J., as he then was, had stated in *Agip*, at p. 399:

A fortiori it can be no defence for [Jackson, a partner of Jackson & Co.] to show that he has so mixed it with his own money that he cannot tell whether he still has it or not. Mixing by the defendant himself must, therefore, be distinguished from mixing by a prior recipient. The former is irrelevant, but the latter will destroy the claim for it will prevent proof that the money received by the defendant was the money paid by the plaintiff. [Emphasis added.]

[82] In *Agip*, the time when the funds the plaintiff sought to trace ceased to be identifiable was when Lloyds Bank made the transfer to Jackson & Co.'s account before receiving the funds from Citibank: even though Lloyds Bank later recouped them, the funds used to make the payment belonged to Lloyds, and BdS's funds had to be traced through the clearing system. On that issue, the Court of Appeal also agreed with Millett J. and quoted him (at p. 466):

Unless Lloyds Bank's correspondent bank in New York was also Citibank, this involves tracing the money [BdS's funds] through the accounts of Citibank and Lloyd's Bank's correspondent bank with the Federal Reserve Bank, where it must have been mixed with other money. The money with which Lloyds Bank was reimbursed cannot therefore, without recourse to equity, be identified as being that of the Banque du Sud.

[83] What distinguishes *Agip* from *Hambrouck* is that Lloyds Bank, having assumed the delivery risk, paid with its own money. This broke the link between the funds it paid and the funds it received from Citibank. If passage through the clearing system could on its own eliminate any possibility of identifying the money, tracing at common law would long ago have become totally obsolete and the dictum of the Court of Appeal in *Agip* that mixing in Jackson & Co.'s account was of no consequence would be of little use. I cannot accept that the result in *Hambrouck* can be explained by an oversight that occurred because the interruption caused by passage through the clearing system was

le juge Millett (plus tard lord Millett) avait écrit dans *Agip*, p. 399 :

[TRADUCTION] À plus forte raison, la preuve qu'il a à ce point confondu les fonds avec les siens propres qu'il ne peut dire s'il les a encore ou non ne saurait constituer une défense pour [M. Jackson, un associé de Jackson & Co.]. Il convient donc de distinguer la confusion intervenant du propre fait du défendeur de celle qu'a opérée un récepteur antérieur. La première ne compte pas, mais la seconde sera fatale à la réclamation, car elle empêchera de prouver que la somme reçue par le défendeur était celle que le demandeur avait payée. [Je souligne.]

[82] Dans *Agip*, les fonds que le demandeur cherchait à suivre ont cessé d'être identifiables lorsque la Lloyds a effectué le transfert dans le compte de Jackson & Co. avant d'avoir reçu les fonds de Citibank : même si la Lloyds les a par la suite récupérés, les fonds utilisés pour le paiement appartenaient à la Lloyds, et les fonds de la BdS devaient être suivis à travers le système de compensation. À cet égard, la Cour d'appel a également souscrit à l'opinion du juge Millett, qu'elle a cité :

[TRADUCTION] À moins que la banque correspondante à New York de la Lloyds soit aussi Citibank, l'argent [les fonds de la BdS] doit être suivi à travers les comptes de Citibank et de la banque correspondante de la Lloyds auprès de la Federal Reserve Bank, où il a dû être confondu avec d'autres fonds. Il est donc impossible, sans recourir à l'équité, de considérer que l'argent restitué à la Lloyds est celui qui appartient à la Banque du Sud. [p. 466]

[83] Ce qui distingue *Agip* de *Hambrouck* est le fait que la Lloyds, ayant assumé le risque de livraison, a payé avec son argent. Le lien entre les fonds qu'elle a payés et ceux qu'elle a reçus de Citibank n'existe donc plus. Si le simple passage par le système de compensation éliminait toute possibilité d'identifier l'argent, il y aurait longtemps que le suivi de la common law serait complètement tombé en désuétude et la remarque de la Cour d'appel dans *Agip* que la confusion des fonds dans le compte de Jackson & Co. ne portait pas à conséquence serait de peu d'utilité. Je ne pense pas que le résultat dans *Hambrouck* puisse s'expliquer par une erreur survenue du fait que l'interruption

not argued: P. J. Millett, “Tracing the Proceeds of Fraud” (1991), 107 *L.Q. Rev.* 71, at p. 74, fn. 7. When, as in *Agip*, the chain is broken by one of the intervening parties paying from its own funds, identification of the claimant’s funds is no longer possible. However, the clearing system should be a neutral factor: P. Birks, “Overview: Tracing, Claiming and Defences”, in P. Birks, ed., *Laundering and Tracing* (2003), 289, at pp. 302-5. Indeed, I prefer to assess the traceability of the asset after the clearing process and not see that process as a systematic break in the chain of possession of the funds. Just as the collecting bank receives the funds as the payee’s agent, the clearing system is only a payment process. Paying through the clearing system amounts to no more than channelling the funds.

[84] In *Hambrouck*, the funds received through the clearing system by Farrow’s Bank, acting as the collecting bank, from the Banque Belge pour l’Étranger had not lost their “identity”. In the same way, the funds in the case at bar have not lost theirs. BNS, acting as the collecting bank, received the funds from RBC through the clearing system and credited them to BMP. The asset traced by RBC is simply its own. It is not the chose in action or the account holders’s personal claim against BNS: R. M. Goode, “The Right to Trace and its Impact in Commercial Transactions — I” (1976), 92 *L.Q. Rev.* 360, at p. 380. The transactions that followed were all conducted by the recipient and persons related to it who received the money from BMP. Moreover, the fact that some of the accounts had prior balances is not a bar to recovery. Not only were the balances not substantial — only one of the accounts contained over \$100 — but the withdrawals by the holders significantly exceeded the balances. It is also worth noting that BNS was both the drawee and the payees’ banker in all the transactions at issue, namely the transfers and payments from BMP’s account and to the related accounts. There was no hiatus like the one in *Agip*, and the holders of the related accounts were not third

causée par le passage par le système de compensation n’a pas été soulevée : P. J. Millett, « Tracing the Proceeds of Fraud » (1991), 107 *L.Q. Rev.* 71, p. 74, note 7. Dans un cas, comme dans *Agip*, où la chaîne est interrompue du fait que les intervenants paient de leur poche, il n’est plus possible d’identifier les fonds du demandeur. Le système de compensation devrait toutefois être un facteur neutre : P. Birks, « Overview : Tracing, Claiming and Defences », dans P. Birks, dir., *Laundering and Tracing* (2003), 289, p. 302-305. D’ailleurs, je préfère apprécier la possibilité de suivre un bien après la compensation et ne pas considérer cette opération comme une rupture systématique dans la chaîne de possession des fonds. Tout comme la banque d’encaissement reçoit les fonds à titre de mandataire du preneur, le système de compensation représente seulement un processus de paiement. Payer par l’entremise du système de compensation n’est rien d’autre qu’un moyen d’acheminer les fonds.

[84] Dans *Hambrouck*, les fonds qu’à titre de banque d’encaissement la Farrow’s Bank a reçus de la Banque Belge pour l’Étranger par l’entremise du système de compensation n’avaient pas perdu leur « identité ». De même, les fonds visés en l’espèce n’ont pas perdu la leur. La BNÉ, en tant que banque d’encaissement, a reçu les fonds de la BRC par l’entremise du système de compensation et les a portés au crédit de BMP. L’actif suivi par la BRC est simplement le sien. Il ne s’agit ni de la chose non possessoire ni d’une réclamation personnelle des titulaires des comptes contre la BNÉ : R. M. Goode, « The Right to Trace and its Impact in Commercial Transactions — I » (1976), 92 *L.Q. Rev.* 360, p. 380. Les opérations qui ont suivi ont toutes été effectuées par le récepteur et par les personnes qui lui sont liées et qui ont reçu l’argent de BMP. Par ailleurs, le fait que certains comptes avaient déjà un solde avant l’opération n’empêche pas le recouvrement. En effet, non seulement les montants des soldes n’étaient pas élevés — seulement un compte affichait un solde de plus de 100 \$ — mais les retraits effectués par les titulaires des comptes dépassaient de beaucoup les soldes. Il convient également de noter que la BNÉ était à la fois la banque tirée et le banquier du preneur dans

parties who had given consideration or changed their positions.

[85] In my view, *Taylor, Agip and Hambrouck* show that it is possible at common law to trace funds into bank accounts if it is possible to identify the funds. (See also Goode, at pp. 378, 390-91 and 395.) According to *Agip and Hambrouck*, mixing by the recipient is not a bar to recovery. I do not see those cases as exceptions to a common law rule against tracing in mixed funds. Rather, I accept the view advanced by Lord Millett in *Foskett v. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102 (H.L.), at p. 132, that the rules for tracing money are the same as those for tracing into physical mixtures. This view is also supported by Professor L. D. Smith in his treatise *The Law of Tracing*, at pp. 74 and 194 ff. For our purposes, there is no need to review all the rules applicable to physical mixtures (*Lawrie v. Rathbun* (1876), 38 U.C.Q.B. 255; *Carter v. Long & Bisby* (1896), 26 S.C.R. 430, at pp. 434-35; J. Ulph, “Retaining Proprietary Rights at Common Law Through Mixtures and Changes”, [2001] *L.M.C.L.Q.* 449). Suffice it to say that, as between innocent contributors, contributions are followed first to amounts they have withdrawn. In the case at bar, since the withdrawals of all those who received funds far exceeded their contributions, RBC can trace its own contribution to the balances remaining in the accounts.

[86] As Atkin L.J. mentioned in *Hambrouck*, the question to be asked is whether the money deposited in those accounts was “the product of, or substitute for, the original thing” (p. 335). In the instant case, the identification process is quite simple. I will not go back over the issue of the funds in

toutes les opérations visées, à savoir les transferts et les paiements sur les comptes connexes à partir du compte de BMP. Les opérations n’impliquaient aucun hiatus du genre de celui observé dans *Agip*, et les titulaires des comptes connexes n’étaient pas des tiers qui avaient fourni une contrepartie ou dont la situation a changé.

[85] À mon sens, *Taylor, Agip et Hambrouck* montrent qu’il est possible en common law de suivre des fonds portés au crédit de comptes bancaires s’il est possible de les identifier. (Voir aussi Goode, p. 378, 390-391 et 395.) Selon *Agip et Hambrouck*, le fait que le récepteur ait opéré une confusion de fonds n’est pas un obstacle au recouvrement. Je ne considère pas ces arrêts comme étant des exceptions à une règle de common law qui interdisent le suivi des fonds confondus. Je partage plutôt l’opinion de lord Millett dans *Foskett c. McKeown*, [2001] 1 A.C. 102 (H.L.), p. 132, selon laquelle les règles régissant le suivi de l’argent sont les mêmes que celles régissant le suivi des mélanges physiques. C’est également une opinion à laquelle souscrit le professeur L. D. Smith dans son traité *The Law of Tracing*, p. 74 et 194 et suiv. Pour les besoins de notre analyse, il n’est pas nécessaire d’examiner toutes les règles applicables aux mélanges physiques (*Lawrie c. Rathbun* (1876), 38 U.C.Q.B. 255; *Carter c. Long & Bisby* (1896), 26 R.C.S. 430, p. 434-435; J. Ulph, « Retaining Proprietary Rights at Common Law Through Mixtures and Changes », [2001] *L.M.C.L.Q.* 449). Il suffit de dire que, lorsqu’il s’agit de personnes également innocentes qui contribuent à l’actif d’un compte, les retraits qu’elles font sont pris en considération avant l’évaluation du solde résiduaire disponible pour le suivi. En l’espèce, comme les retraits effectués par tous ceux qui ont reçu des fonds dépassent de beaucoup leur contribution aux fonds, la BRC peut suivre les sommes pour lesquelles elle a elle-même contribué aux soldes des comptes.

[86] Comme l’a signalé lord Atkin dans *Hambrouck*, il faut se demander si l’argent déposé dans ces comptes était [TRADUCTION] « le produit de la chose originaire ou son substitut » (p. 335). En l’espèce, l’identification est très simple. Je ne reviendrai pas sur les fonds détenus dans le compte

BMP's account: there was no relevant movement of funds. Regarding the funds in the related accounts when BNS acted on BMP's instructions and transferred money to the accounts of 636651 B.C. Ltd., Backman (chequing and savings accounts) and Hashka, the transferred funds were clearly related to the forged cheque BNS had mistakenly credited to BMP's account. The moneys used for the transfers came from BMP's account. The link is made with the funds RBC had used to pay the forged cheque.

[87] One issue that was raised is whether certification of the cheques would be a bar to tracing. When a cheque is certified, the certification does not affect the nature of the funds. In discussing the effect of certification in *Ratray Publications*, at p. 505, Finlayson J.A. stated that certification of a cheque, like acceptance, is irrevocable; see also *Centrac Inc. v. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1994), 21 O.R. (3d) 161 (C.A.). As a matter of law, to hold that certification is irrevocable would contribute to the acceptability of certified cheques as substitutes for cash and would also reflect the prevailing perception in the business world that it is irrevocable. However, BNS's intention in the instant case was not to revoke the certification. In fact, the certified cheques had already been honoured. As Maddaugh and McCamus point out:

The fact that the drawee bank cannot resist payment on a cheque it has certified does not necessarily insulate the payee, however, from a subsequent restitutionary claim by the paying bank. [p. 10-57]

[88] In *Ratray Publications*, Finlayson J.A. stated that "where a drawee bank honours a cheque notwithstanding a valid countermand and the effect is to satisfy a just debt, the bank may [debit the customer's account and] successfully defend an action by [the] customer/drawer for reimbursement" (p. 509). Further, where a payment does not satisfy a just debt, the bank "may have an action in restitution against the holder of a certified cheque" (*ibid.*). Indeed, if a bank has certified a cheque, it cannot deny the authenticity of the drawer's signature and the sufficiency of the funds. However, certification

de BMP : il n'y a eu aucun mouvement de fonds. En ce qui concerne les fonds dans les comptes connexes, lorsque la BNÉ, en exécution des instructions de BMP, a transféré l'argent sur les comptes de 636651 B.C. Ltd., de M. Backman (compte chèques et compte d'épargne) et de M. Hashka, les fonds virés avaient clairement un lien avec le faux chèque que la BNÉ avait par erreur porté au compte de BMP. Les fonds utilisés pour les virements provenaient du compte de BMP. Le lien est donc établi avec les fonds que la BRC a utilisés pour payer le faux chèque.

[87] Une des questions soulevées est celle de savoir si la certification d'un chèque fait obstacle au suivi. La certification d'un chèque est sans effet sur la nature des fonds. Dans *Ratray Publications*, p. 505, le juge Finlayson a indiqué que la certification d'un chèque était, comme son acceptation, irrévocable; voir aussi *Centrac Inc. c. Canadian Imperial Bank of Commerce* (1994), 21 O.R. (3d) 161 (C.A.). Sur le plan du droit, l'irrévocabilité de la certification contribue à l'acceptabilité des chèques certifiés comme substituts du numéraire et rend compte de la perception la plus répandue dans le milieu des affaires quant à cette irrévocabilité. Toutefois, l'intention de la BNÉ en l'espèce n'était pas de révoquer la certification. En fait, le chèque certifié avait déjà été honoré. Comme le soulignent Maddaugh et McCamus :

[TRADUCTION] Le fait que la banque tirée ne peut refuser de payer un chèque qu'elle a certifié ne protège pas nécessairement le preneur, toutefois, d'une demande de restitution de la banque de paiement. [p. 10-57]

[88] Dans *Ratray Publications*, le juge Finlayson a indiqué que, [TRADUCTION] « lorsqu'une banque tirée honore un chèque malgré l'annulation valide de l'ordre de paiement de sorte qu'une dette juste se trouve ainsi payée, la banque peut [débitier le compte du client et] avoir gain de cause dans une action en remboursement introduite contre elle par son client tireur » (p. 509). De plus, lorsque le paiement ne rembourse pas une dette juste, la banque [TRADUCTION] « peut intenter une action en restitution contre le détenteur d'un chèque certifié » (*ibid.*). En fait, la certification empêche la banque

does not affect the traceability of the underlying funds.

[89] What remains to be discussed is the claim by way of cross-appeal concerning punitive damages.

4.5 *Damages*

[90] The Court of Appeal found that BNS had breached the service agreement by reversing the credit in BMP's account without having been instructed to do so by BMP. However, it also found that BMP had suffered no real injury and accordingly awarded nominal damages of \$1. In addition, it ordered BNS to pay BMP the difference of \$100 between the bank draft of November 7, 2001, and the certified cheque of November 2, 2001. BNS does not contest this conclusion. BMP seeks an increase in the damages and Hashka, Backman and 636651 B.C. Ltd. seek an order for damages.

[91] In light of my conclusion that BNS could resist BMP's claim on the basis of the doctrine of mistake of fact, it is my view that no additional damages can be awarded. Since RBC could trace the funds with the assistance of BNS, the same reasoning applies to the restraint of funds and the reversal of credits. Therefore, the claim to have the trial judge's award restored fails.

[92] BMP also seeks an award of punitive damages. The trial judge rejected this claim, finding that BNS's conduct did not warrant such an award. In view of my conclusions on BNS's right, this claim, too, can only fail.

5. Conclusion

[93] Beyond the strangeness of its factual substratum, this case involves an application of the well-established doctrine of mistake of fact to very

qui a certifié le chèque de contester l'authenticité de la signature du tireur ainsi que la suffisance des fonds, mais elle n'influe pas sur la possibilité de suivre les fonds sous-jacents.

[89] Seule reste à examiner la demande de dommages-intérêts punitifs soumise par la voie du pourvoi incident.

4.5 *Dommages-intérêts*

[90] La Cour d'appel a conclu que la BNÉ n'avait pas respecté le contrat de services en annulant le crédit porté au compte de BMP, sans instruction de la part de cette dernière, mais aussi que BMP n'avait pas subi de préjudice véritable. Elle a donc octroyé des dommages-intérêts symboliques de 1 \$. Elle a aussi ordonné à la BNÉ de verser à BMP la différence de 100 \$ entre la traite bancaire du 7 novembre 2001 et le chèque certifié du 2 novembre 2001. La BNÉ ne conteste pas cette conclusion. BMP veut faire augmenter le montant des dommages-intérêts; MM. Hashka et Backman, et 636651 B.C. Ltd. demandent une ordonnance leur accordant des dommages-intérêts.

[91] Compte tenu de ma conclusion que la BNÉ pouvait contester la réclamation de BMP en invoquant la doctrine de l'erreur de fait, je juge qu'il n'y a pas lieu d'accorder de dommages-intérêts supplémentaires. Le même raisonnement s'applique au blocage des fonds et à l'annulation des crédits, car la BRC pouvait suivre les fonds avec l'aide de la BNÉ. La demande de rétablissement des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance est donc rejetée.

[92] BMP demande aussi des dommages-intérêts punitifs. Le juge de première instance n'a pas fait droit à cette demande, estimant que la conduite de la BNÉ ne le justifiait pas. Compte tenu de ma conclusion au sujet des droits de la BNÉ, je ne puis que rejeter moi aussi cette demande.

5. Conclusion

[93] Au-delà de la singularité des faits, la présente affaire fait appel à l'application de la doctrine bien établie de l'erreur de fait à des faits très

unusual facts. The business of collecting banks will rarely lend itself to the application of this doctrine because most of the time, the bank will have changed its position, or its customer will have drawn on the credited amount, or the funds will have been mixed in a way that precludes tracing. In this case, however, the application of common law principles leads to a logical conclusion. The Court of Appeal found support for that conclusion in equity and it may be that support can be found there, but the same result can be obtained at common law.

[94] The appeal should be dismissed with costs and the Court of Appeal order affirmed. The cross-appeal should be allowed with costs and the awards of damages in favour of 636651 B.C. Ltd., Hashka and Backman set aside, save for the amount of \$13.50 payable to Backman, which BNS does not contest.

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

Solicitor for the appellant and the respondents on cross-appeal: Paul E. Jaffe, Vancouver.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

inhabituels de la présente affaire. Il est rare que la fonction d'encaissement des banques se prête à l'application de cette doctrine parce que la plupart du temps leur situation aura changé, leurs clients auront utilisé le crédit porté à leur compte ou les fonds auront été confondus de sorte qu'un suivi est impossible. En l'espèce, toutefois, l'application des principes de common law mène à une conclusion logique. La Cour d'appel a jugé que l'équity pouvait fonder cette conclusion. C'est possible, mais la common law mène au même résultat.

[94] Le pourvoi est rejeté avec dépens et l'ordonnance de la Cour d'appel est confirmée. Le pourvoi incident est accueilli avec dépens; les dommages-intérêts accordés à 636651 B.C. Ltd. et à MM. Hashka et Backman sont annulés, à l'exception des 13,50 \$ qui sont payables à M. Backman et que la BNÉ n'a pas contestés.

Pourvoi rejeté avec dépens et pourvoi incident accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante et des intimés au pourvoi incident : Paul E. Jaffe, Vancouver.

Procureurs de l'intimée/appelante au pourvoi incident : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.