

Hershey Rosen *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

File No.: 16164.

1985: January 24; 1985: February 21.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Wilson J.J.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Verdicts finding fraud, fraudulent conversion of trust funds by trustee, and theft — Verdicts upheld on appeal — Whether or not error in upholding verdicts incompatible and contradictory in fundamental reasons.

Mechanics' liens — Trustee — Whether or not appellant trustee as defined by the Mechanics' Lien Act.

Appellant was convicted of (1) fraud, (2) converting with fraudulent intent trust funds, held for the benefit of workers and suppliers and for which he was a trustee, to a use not authorized by the trust, and (3) stealing funds exceeding two hundred dollars. The Court of Appeal upheld the convictions. At issue here was (1) whether or not appellant was a trustee within the definition of *The Mechanics' Lien Act*, and therefore, under the *Criminal Code*, and (2) whether or not the Court of Appeal erred in law by upholding verdicts that were incompatible and contradictory in their fundamental reasons.

Held: The appeal should be allowed in part.

Appellant was not a trustee and the conviction of breach of trust could not be supported on that basis. Although appellant needed not be a trustee to commit the offence of breach of trust, the Crown, in that it charged appellant with "being a trustee", undertook to prove that averment. To find otherwise would mislead the accused, not as regards the offence he committed, but as regards the *actus reus* the Crown was undertaking to prove.

The other convictions stood. No conflict remained, if any had existed, between the convictions for theft and fraud. The fraud was committed and consummated prior to the commencement of the theft.

Hershey Rosen *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

N° du greffe: 16164.

1985: 24 janvier; 1985: 21 février.

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

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

Droit criminel — Verdicts de fraude, de vol et de détournement frauduleux par le fiduciaire de fonds détenus en fiducie — Confirmation des verdicts en appel — A-t-on commis une erreur en confirmant des verdicts fondamentalement incompatibles et contradictoires?

Privilèges de constructeur — Fiduciaire — L'appellant est-il un fiduciaire au sens de la Mechanics' Lien Act?

L'appellant a été déclaré coupable (1) de fraude, (2) de détournement frauduleux de fonds, dont il était fiduciaire pour le bénéfice d'ouvriers et de fournisseurs, pour en faire un usage non autorisé par la fiducie et (3) de vol d'une somme supérieure à 200 \$. La Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité. Il s'agit en l'espèce de savoir (1) si l'appelant était fiduciaire selon la définition de ce terme dans la *Mechanics' Lien Act* et, par voie de conséquence, selon le *Code criminel* et (2) si la Cour d'appel a commis une erreur de droit en confirmant des verdicts fondamentalement incompatibles et contradictoires.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli en partie.

L'appellant n'était pas fiduciaire et la déclaration de culpabilité pour abus de confiance ne peut être justifiée pour cette raison. Même s'il n'était pas nécessaire que l'appelant soit fiduciaire pour commettre l'infraction d'abus de confiance, la poursuite, en inculquant l'appelant «à titre de fiduciaire», a entrepris de prouver cette allégation. Conclure autrement induirait l'accusé en erreur non pas quant à l'infraction qu'il a commise, mais quant à l'*actus reus* que la poursuite s'est engagée à prouver.

Les autres déclarations de culpabilité sont maintenues. Il ne subsiste pas de conflit, à supposer qu'il y en ait déjà eu, entre les déclarations de culpabilité pour vol et pour fraude. La fraude a été commise et terminée avant le commencement de la perpétration du vol.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 296.

Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, am. 1975 (Ont.), c. 43.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal dismissing an appeal from convictions in the county court before Locke Co. Ct. J. Appeal allowed in part.

Léo-René Maranda, for the appellant.

J. Douglas Ewart, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The appellant, Mr. Rosen, was indicted and convicted in County Court in Ontario by Locke Co. Ct. J. of the following counts:

1. HERSHEY ROSEN stands charged that he during the years 1974, 1975, 1976, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, and elsewhere in the Province of Ontario, by deceit, falsehood or other fraudulent means, defrauded Benjamin Pape Associates Limited, Heller-Natofin (Ontario) Limited, and the Bank of Nova Scotia of property or funds or other valuable securities having a value of \$1,200,000.00 in money more or less, by representing that the said property or funds or other valuable securities would be used for construction of buildings, on Whiteoaks Boulevard and Marlborough Drive in Oakville, Ontario, by Greater National Building Corporation, contrary to the Criminal Code.

2. HERSHEY ROSEN stands further charged that he during the years 1974, 1975 and 1976, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York, and elsewhere in the Province of Ontario being a trustee of funds for the use or benefit of workmen and suppliers of materials to residential buildings being constructed in Oakville, Ontario converted, with intent to defraud and in violation of the trust, the said funds to a use that was not authorized by the trust, contrary to the Criminal Code.

3. HERSHEY ROSEN stands further charged that he during the years 1974, 1975 and 1976, at the Municipality of Metropolitan Toronto in the Judicial District of York and elsewhere in the Province of Ontario stole funds, the property of Greater National Building Corporation, of a value exceeding two hundred dollars, contrary to the Criminal Code.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art 296.

Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, chap. 267, mod. par 1975 (Ont.), chap. 43.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel des déclarations de culpabilité prononcées par le juge Locke de la Cour de comté. Pourvoi accueilli en partie.

Léo-René Maranda, pour l'appellant.

J. Douglas Ewart, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—L'appelant, M. Rosen, a été inculpé et déclaré coupable par le juge Locke de la Cour de comté de l'Ontario relativement aux chefs d'accusation suivants:

[TRADUCTION] 1. HERSHEY ROSEN est accusé d'avoir, au cours des années 1974, 1975 et 1976, dans la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, et ailleurs dans la province de l'Ontario, par supercherie, mensonge et autre moyen dolosif, frustré Benjamin Pape Associates Limited, Heller-Natofin (Ontario) Limited et la Banque de Nouvelle-Écosse de biens, de sommes d'argent ou d'autres valeurs estimés à 1 200 000 \$, en faisant valoir que lesdits biens, sommes d'argent ou autres valeurs serviraient à la construction d'édifices sur le boulevard Whiteoaks et la promenade Marlborough, à Oakville (Ontario), par Greater National Building Corporation, contrairement au *Code criminel*.

2. HERSHEY ROSEN est de plus accusé d'avoir, au cours des années 1974, 1975 et 1976, dans la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, et ailleurs dans la province de l'Ontario, à titre de fiduciaire de sommes à l'usage ou pour le bénéfice d'ouvriers et de fournisseurs de matériaux pour des édifices résidentiels en construction à Oakville (Ontario), dans l'intention de frauder et en violation de la fiducie, détourné lesdites sommes à un usage non autorisé par la fiducie, contrairement au *Code criminel*.

3. HERSHEY ROSEN est de plus accusé d'avoir, au cours des années 1974, 1975 et 1976, dans la municipalité de la communauté urbaine de Toronto, district judiciaire de York, et ailleurs dans la province de l'Ontario, volé des fonds appartenant à Greater National Building Corporation et dont la valeur dépasse deux cents dollars, contrairement au *Code criminel*.

Mr. Rosen's appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed. There were no reasons given. The appellant was granted leave to this Court on the following two questions of law:

1. Did the Honourable Court of Appeal of Ontario err in law in holding that the appellant was a trustee within the definition of trustee in the *Mechanics' Lien Act* (R.S.O. 1970, c. 267, as amended by S.O. 1975, c. 43) and therefore under the Criminal Code?
2. Did the Honourable Court of Appeal of Ontario err in law by upholding verdicts that are incompatible and self-contradictory in their fundamental reasons?

As regards the count of "breach of trust", the respondent says the conviction should be upheld on the basis that Rosen was "a trustee" or, alternatively, on the basis that he was an "aider and abettor" to Greater National Building Corporation. We are all of the view that Rosen was not a trustee, and the conviction cannot be supported on that basis.

However, the appellant needed not be a trustee to commit the offence of breach of trust. By causing the trustee company to breach its trust he, by the operation of s. 21 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, could have committed the offence. But he was not charged with that offence in that way, but with that of breach of trust, "being a trustee". Having charged the appellant with "being a trustee", the Crown thereby undertook to prove that averment.

There is no doubt as to the soundness of the proposition that an aider and abettor may be charged and convicted as a principal. Mr. Rosen, charged with breach of trust could have stood convicted. But if particulars are volunteered or ordered by the Court, they must be met. To find otherwise is, in most cases and is in this case, to mislead an accused, not as regards the offence he committed, but as regards the *actus reus* the Crown is undertaking to prove. That conviction should therefore be quashed.

L'appel interjeté par M. Rosen à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté. La Cour n'a pas fourni de motifs. L'appellant a reçu l'autorisation de se pourvoir en cette Cour relativement aux deux questions de droit suivantes:

[TRADUCTION]

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en statuant que l'appellant était un fiduciaire selon la définition de ce terme dans la *Mechanics' Lien Act* (R.S.O. 1970, chap. 267, modifiée par 1975 (Ont.), chap. 43) et par voie de conséquence selon le *Code criminel*?
2. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur de droit en confirmant des verdicts fondamentalement incompatibles et contradictoires?

Quant au chef d'accusation d'abus de confiance, l'intimée soutient qu'il faut confirmer la déclaration de culpabilité parce que Rosen était «fiduciaire» ou, subsidiairement, parce qu'il a été le «complice» de Greater National Building Corporation. Nous sommes tous d'avis que Rosen n'était pas fiduciaire et que la déclaration de culpabilité ne peut être justifiée pour cette raison.

Toutefois, il n'était pas nécessaire que l'appellant soit fiduciaire pour commettre l'infraction d'abus de confiance. En faisant en sorte que la compagnie fiduciaire commette un abus de confiance, il se peut qu'il ait, en application de l'art. 21 du *Code criminel*, commis l'infraction. Mais il a été accusé non pas d'avoir commis l'infraction de cette manière, mais d'avoir commis un abus de confiance «à titre de fiduciaire». Ayant inculpé l'accusé «à titre de fiduciaire», la poursuite a entrepris de prouver cette allégation.

Il n'y a pas de doute quant à la justesse de la proposition selon laquelle un complice peut être accusé et déclaré coupable autant que l'auteur principal. M. Rosen aurait pu être déclaré coupable de l'abus de confiance dont il était accusé. Cependant, si des détails sont fournis de plein gré ou si la cour ordonne d'en fournir, ceux-ci doivent être prouvés. Conclure autrement, dans la plupart des cas et en l'espèce notamment, induit l'accusé en erreur non pas quant à l'infraction qu'il a commise, mais quant à l'*actus reus* que la poursuite s'engage à prouver. Cette déclaration de culpabilité doit en conséquence être infirmée.

The other convictions should stand as we find no merit in the other points raised by the appellant. Indeed, there is no conflict left, if any ever existed, between the convictions for theft and fraud. The fraud was committed and consummated prior to the commencement of the theft.

The appeal is allowed in part, the conviction for breach of trust is quashed and an acquittal on that count is entered, but the appellant stands convicted of theft and fraud.

Appeal allowed in part.

Solicitor for the appellant: Léo-René Maranda, Montréal.

Solicitor for the respondent: J. Douglas Ewart, Toronto.

Les autres déclarations de culpabilité doivent être maintenues puisque nous jugeons non fondés les autres moyens soulevés par l'appelant. En réalité, il ne subsiste pas de conflit, à supposer qu'il y en ait déjà eu, entre les déclarations de culpabilité pour vol et pour fraude. La fraude a été commise et terminée avant le commencement de la perpétration du vol.

Le pourvoi est accueilli en partie, la déclaration de culpabilité pour abus de confiance est infirmée et il y a inscription de l'acquittal de l'appelant quant à ce chef d'accusation, mais ses déclarations de culpabilité pour vol et pour fraude sont maintenues.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureur de l'appelant: Léo-René Maranda, Montréal.

Procureur de l'intimée: J. Douglas Ewart, Toronto.