

Zoran Zlatic *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ZLATIC

File No.: 22342.

1992: November 6; 1993: April 8.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Criminal law — Fraud — Elements of offence — Accused accepting goods from suppliers in return for post-dated cheques or on credit and using money obtained from sale of goods for gambling — Accused believing that his gambling system would allow him to repay suppliers — Trial judge finding that accused was not concerned with paying goods received by suppliers — Whether accused guilty of fraud — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1).*

The accused, a businessman, was charged with several offences, including four counts of fraud pursuant to s. 380(1) of the *Criminal Code*. Between mid-November 1983 and mid-January 1984, the accused received goods worth more than \$375,000 from his suppliers in return for post-dated cheques or on credit. During the same period, he used the money obtained from the sale of the goods for gambling and eventually went bankrupt. At trial, the accused testified that he had a system which, he believed, would increase his odds of winning and allow him to pay back his suppliers. The trial judge appears to have held that the speculative use of the funds constituted fraud by "other fraudulent means" and exposed the pecuniary interests of the suppliers to risk, and found that the accused was not concerned with paying for the goods he received from his suppliers. The accused was convicted on the four counts of fraud and the majority of the Court of Appeal upheld his conviction. This appeal is to determine whether a businessman who diverts the proceeds of goods received for resale to a gambling scheme may be found guilty of fraud.

Zoran Zlatic *Appelant*

c.

<sup>a</sup> Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ZLATIC

N<sup>o</sup> du greffe: 22342.

<sup>b</sup>

1992: 6 novembre; 1993: 8 avril.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.

<sup>c</sup>

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit criminel — Fraude — Éléments de l'infraction — Réception par l'accusé des marchandises de fournisseurs en contrepartie de chèques postdatés ou à crédit — Utilisation par l'accusé du produit de la vente des marchandises pour s'adonner au jeu — Accusé croyant que sa méthode de jeu lui permettrait de rembourser ses fournisseurs — Conclusion du juge du procès que l'accusé ne se souciait pas de payer les marchandises reçues des fournisseurs — L'accusé est-il coupable de fraude? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 380(1).*

L'accusé, un homme d'affaires, a été inculpé de plusieurs infractions et, notamment, quatre chefs d'accusation de fraude ont été portés contre lui conformément au par. 380(1) du *Code criminel*. Entre la mi-novembre 1983 et la mi-janvier 1984, l'accusé a reçu de ses fournisseurs, en contrepartie de chèques postdatés ou à crédit, des marchandises dont la valeur s'élevait à plus de 375 000 \$. Au cours de la même période, il a utilisé le produit de la vente des marchandises pour s'adonner au jeu et il a finalement fait faillite. Au procès, l'accusé a témoigné qu'il croyait que sa méthode augmenterait ses chances de gagner et lui permettrait de rembourser ses fournisseurs. Le juge du procès paraît avoir déterminé que l'utilisation de nature spéculative de ces fonds constituait une fraude par un «autre moyen dolosif» et mettait en péril les intérêts pécuniaires des fournisseurs, et il a conclu que l'accusé ne s'était guère soucié de payer les marchandises reçues de ses fournisseurs. L'accusé a été déclaré coupable relativement aux quatre chefs de fraude et la Cour d'appel à la majorité a confirmé sa déclaration de culpabilité. Il s'agit en l'espèce de déterminer s'il est possible de déclarer coupable de fraude un homme d'affaires qui détourne le produit de marchandises destinées à la revente pour s'adonner au jeu.

*Held* (Lamer C.J. and Sopinka J. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ.: The elements of the offence of fraud, as defined in *Théroux*, were made out. With respect to the *actus reus*, the combined act of taking the goods without concern for payment and gambling away the value they represented constituted dishonest conduct amounting to "other fraudulent means" within the meaning of s. 380(1) of the *Code*, and the accused's fraudulent scheme put the suppliers' pecuniary interest at risk. While most frauds involve either deceit or falsehood, fraud by "other fraudulent means" encompasses all other means which can properly be stigmatized as dishonest. Dishonesty is, for the purposes of the *actus reus*, determined objectively, by reference to what a reasonable person would consider to be a dishonest act. The dishonesty of "other fraudulent means" has, at its heart, the wrongful use of something in which another person has an interest, in such a manner that this other's interest is extinguished or put at risk. Here, the funds which the accused used to gamble represented the means by which his suppliers could be repaid. They had, to this extent, a pecuniary interest in the monies. While the accused had the legal right to use the funds he obtained from the sale of the goods, he did not have an unrestricted right to use them as he pleased. In accepting these goods with no concern for payment and in diverting the funds to a non-business, notoriously risky enterprise, he put these funds to a wrongful use. A reasonable person would regard such a scheme as dishonest. The fact that the accused had legal right to the monies he gambled is no defence. Fraud looks to the substance of the matter. It is not a person's right, but how he has obtained it and what he does with it that is important.

With respect to the *mens rea*, fraud by "other fraudulent means" does not require that the accused subjectively appreciate the dishonesty of his acts. The accused must knowingly, i.e., subjectively, undertake the conduct which constitutes the dishonest act, and must subjectively appreciate that the consequences of such conduct could be deprivation, in the sense of causing another to lose his pecuniary interest in certain property or in placing that interest at risk. Here, although the trial judge made no explicit finding that the accused subjectively appreciated that in gambling he was subjecting the interests of others to the risk of deprivation, the accused's cross-examination shows that he did and there is nothing in the evidence which negates the natural inference that when a person gambles with funds in

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et le juge Sopinka sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin: Les éléments de l'infraction de fraude, définis dans *Théroux*, ont été établis. En ce qui concerne l'*actus reus*, le fait d'accepter les marchandises sans se soucier de les payer, conjugué à la perte au jeu de la valeur qu'elles représentaient, constituait une conduite malhonnête équivalant à un «autre moyen dolosif» au sens du par. 380(1) du *Code criminel*, et l'accusé a, par sa méthode dolosive, mis en péril les intérêts pécuniaires de ses fournisseurs. Si la plupart des fraudes comportent une supercherie ou un mensonge, la fraude par un «autre moyen dolosif» vise tous les autres moyens qu'on peut proprement qualifier de malhonnêtes. Pour les fins de l'*actus reus*, la malhonnêteté est déterminée objectivement, selon ce qu'une personne raisonnable considérerait comme un acte malhonnête. La malhonnêteté de l'«autre moyen dolosif» tient essentiellement à l'emploi illégitime d'une chose sur laquelle une personne a un droit, de telle sorte que ce droit d'autrui se trouve éteint ou compromis. En l'espèce, les sommes jouées par l'accusé représentaient le moyen par lequel ses fournisseurs pouvaient être payés. Dans cette mesure, ils avaient un intérêt pécuniaire dans ces sommes d'argent. Même s'il avait le droit d'utiliser le produit de la vente des marchandises, l'accusé n'avait toutefois pas le droit absolu d'utiliser ces sommes à sa guise. En acceptant ces marchandises sans se soucier de les payer et en détournant les sommes vers une entreprise non commerciale et notoirement risquée, il a employé ces sommes illégitimement. Une personne raisonnable considérerait malhonnête une telle manœuvre. Le fait que l'accusé possédait un droit sur les sommes qu'il a jouées ne constitue pas un moyen de défense. La fraude concerne le fond de la question. Ce qui importe n'est pas le droit que possède une personne, mais la façon dont elle l'a obtenu et ce qu'elle en fait.

En ce qui concerne la *mens rea*, pour commettre une fraude par un «autre moyen dolosif», il n'est pas nécessaire que l'accusé saisisse subjectivement la malhonnêteté de ses actes. Il doit sciemment, c'est-à-dire subjectivement, adopter la conduite qui constitue l'acte malhonnête, et il doit comprendre subjectivement que cette conduite peut entraîner une privation au sens de faire perdre à une autre personne l'intérêt pécuniaire qu'elle a dans un certain bien ou de mettre en péril cet intérêt. En l'espèce, même si le juge du procès n'a pas conclu expressément que l'accusé a compris subjectivement qu'en s'adonnant au jeu il exposait les intérêts d'autrui au risque de privation, le contre-interrogatoire de l'accusé montre qu'il a compris cela, et il n'y a rien dans la preuve qui écarte la déduction naturelle que la

which others have a pecuniary interest he knowingly subjects that interest to risk. In convicting, the trial judge must have concluded that the necessary *mens rea* was present. It is no defence that the accused believed he would win at the casinos and be able to pay his suppliers.

*Per Lamer C.J. and Sopinka J. (dissenting):* The accused's suppliers do not have a pecuniary interest in a proprietary sense in the monies which the accused used for gambling. They had the same interest as all creditors, that is, an interest in being paid. The wrongful appropriation of that interest is not fraud unless, in certain circumstances, non-payment of a debt can amount to fraud.

In this case, the trial judge did not make the necessary findings to support a conviction for fraud. Although there was evidence which, if accepted, would have resulted in a finding that the accused accepted the goods from his suppliers with no intention to pay, thereby satisfying the first element of the definition of fraud on the ground of either deceit or falsehood, there was also evidence tending the other way and this Court should not make original findings of fact on disputed evidence. The trial judge's statement that the accused had no concern, desire or preoccupation as regards payment of his suppliers should not be taken as a finding that there was no intention to pay when the goods were supplied. As for a conviction for fraud by "other fraudulent means", while the accused's belief that an act is honest will not avail if it is objectively dishonest as determined by reasonable persons, it is important to distinguish between a belief in the honesty of one's actions and an honest belief in facts which would make the *actus reus* non-culpable. Where a person uses his own funds in a way which jeopardizes his ability to repay his creditors, the conduct can only be stigmatized as dishonest if he does so knowingly.

The honest belief of the accused is relevant at three stages in assessing whether the offence of fraud is established. The application of the objective test for dishonesty requires the reasonable person to take into account the state of mind of the accused. This is implicit in the term "dishonest". The honest belief of the accused is also relevant when dealing with the requirement of *mens rea* for dishonesty and for deprivation. In the latter case,

personne qui joue des fonds dans lesquels d'autres personnes ont un intérêt pécuniaire sait qu'elle met en péril cet intérêt. En prononçant un verdict de culpabilité, le juge du procès doit avoir conclu que la *mens rea* nécessaire était présente. Le fait que l'accusé ait cru qu'il gagnerait aux casinos et serait en mesure de payer ses fournisseurs ne constitue pas un moyen de défense.

*Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka (dissidents):* Les fournisseurs de l'accusé n'ont pas l'intérêt pécuniaire du propriétaire dans les sommes d'argent jouées par l'accusé. Ils avaient le même droit que tous les créanciers, à savoir celui d'être payés. L'appropriation illégitime de ce droit ne constitue pas une fraude à moins que, dans certaines circonstances, le défaut de payer une dette puisse équivaloir à une fraude.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas tiré les conclusions nécessaires pour justifier une déclaration de culpabilité de fraude. Même s'il existait une preuve qui, si elle avait été acceptée, aurait permis de conclure que l'accusé a accepté les marchandises de ses fournisseurs sans avoir l'intention de les payer, ce qui aurait satisfait au premier élément de la définition de fraude par supercherie ou mensonge, il y avait également une preuve qui tendait à prouver le contraire et notre Cour ne devrait pas tirer des conclusions de fait originales sur des éléments de preuve contestés. L'affirmation par le juge du procès que l'accusé ne se souciait pas de rembourser ses fournisseurs ni ne souhaitait le faire ne devrait pas être interprétée comme une conclusion que l'accusé n'avait pas l'intention de payer les marchandises lorsqu'il les a reçues. Quant à une déclaration de culpabilité de fraude par «un autre moyen dolosif», même si la conviction de l'accusé qu'un acte est honnête ne sera guère utile si cet acte est, aux yeux d'une personne raisonnable, objectivement malhonnête, il est important d'établir une distinction entre le fait de croire à l'honnêteté de ses actes et le fait de croire sincèrement en des faits qui rendraient l'*actus reus* non coupable. Dans le cas où une personne utilise ses propres fonds d'une façon qui compromet sa capacité de rembourser ses créanciers, cette conduite ne peut qu'être qualifiée de malhonnête si cette personne agit en connaissance de cause.

Lorsqu'il s'agit de déterminer si l'infraction de fraude est établie, la conviction sincère de l'accusé est pertinente à trois étapes. L'application du critère objectif de la malhonnêteté exige que la personne raisonnable tienne compte de l'état d'esprit de l'accusé. Cela est implicite dans le terme «malhonnête». La conviction sincère de l'accusé est également pertinente en ce qui concerne l'exigence de *mens rea* en matière de malhon-

knowledge of deprivation (or risk thereof) or recklessness must be proved.

Here, there was no finding by the trial judge that the accused subjectively appreciated that his gambling created an unreasonable risk of being unable to pay his creditors. Rather, the trial judge seems to accept that the accused believed that his gambling system would allow him to repay them. He did not squarely address the question of whether the accused knew or was reckless about the unreasonable risk which his gambling created. This is a finding which, on the evidence, he could have made, but he did not err in law in failing to make it. In the absence of a finding of fact on an essential element of the offence, this Court ought not to confirm a conviction simply because, in its view, there is evidence which establishes the *mens rea*. As long as there is evidence capable of raising a reasonable doubt, this Court should not make findings of fact.

### Cases Cited

By McLachlin J.

**Applied:** *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; **referred to:** *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *R. v. Black and Whiteside* (1983), 5 C.C.C. (3d) 313; *R. v. Shaw* (1983), 4 C.C.C. (3d) 348; *R. v. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2d) 23; *R. v. Rosen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Côté and Vézina (No. 2)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 557; *R. v. Hansen* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193; *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230; *R. v. Currie*; *R. v. Bruce* (1984), 5 O.A.C. 280; *R. v. Kirkwood* (1983), 42 O.R. (2d) 65; *R. v. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29; *R. v. Smith*, [1963] 1 O.R. 249; *R. v. Knelson and Baran* (1962), 38 C.R. 181; *Welham v. Director of Public Prosecutions*, [1961] A.C. 103; *R. v. Melnyk* (1947), 90 C.C.C. 257; *R. v. Rodrigue, Ares and Nantel* (1973), 17 C.C.C. (2d) 252; *R. v. Huggett* (1978), 42 C.C.C. (2d) 198; *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174; *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201.

By Sopinka J. (dissenting)

*R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175; *Cox v. The Queen*, [1963] S.C.R. 500; *R. v. Smith*, [1963] 1 O.R. 249; *R. v. Reid* (1940), 74 C.C.C. 156; *R. v. Charters* (1957), 119 C.C.C. 223; *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174; *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201.

nêteté et de privation. Dans ce dernier cas, la connaissance de la privation (ou du risque de privation) ou l'insouciance doit être établie.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas conclu que l'accusé comprenait subjectivement qu'en s'adonnant au jeu il risquait déraisonnablement d'être incapable de rembourser ses créanciers. Au contraire, le juge du procès semble accepter que l'accusé croyait que sa méthode de jeu lui permettrait de les rembourser. Il n'a pas abordé directement la question de savoir si l'accusé était conscient du risque déraisonnable que son jeu créait ou s'il y était indifférent. D'après la preuve, il s'agit là d'une conclusion qu'il aurait pu tirer, mais il n'a pas commis d'erreur de droit en s'abstenant de le faire. En l'absence d'une conclusion de fait sur un élément essentiel de l'infraction, notre Cour ne devrait pas confirmer une déclaration de culpabilité simplement parce qu'à son avis il y a une preuve qui établit l'existence de la *mens rea*. Tant et aussi longtemps qu'il y a une preuve susceptible de créer un doute raisonnable, notre Cour ne devrait pas tirer des conclusions de fait.

### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt appliqué:** *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; **arrêts mentionnés:** *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. c. Black and Whiteside* (1983), 5 C.C.C. (3d) 313; *R. c. Shaw* (1983), 4 C.C.C. (3d) 348; *R. c. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2d) 23; *R. c. Rosen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 342; *R. c. Côté and Vézina (No. 2)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 557; *R. c. Hansen* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193; *R. c. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230; *R. c. Currie*; *R. c. Bruce* (1984), 5 O.A.C. 280; *R. c. Kirkwood* (1983), 42 O.R. (2d) 65; *R. c. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29; *R. c. Smith*, [1963] 1 O.R. 249; *R. c. Knelson and Baran* (1962), 38 C.R. 181; *Welham c. Director of Public Prosecutions*, [1961] A.C. 103; *R. c. Melnyk* (1947), 90 C.C.C. 257; *R. c. Rodrigue, Ares and Nantel* (1973), 17 C.C.C. (2d) 252; *R. c. Huggett* (1978), 42 C.C.C. (2d) 198; *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174; *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

*R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *Cox c. The Queen*, [1963] R.C.S. 500; *R. c. Smith*, [1963] 1 O.R. 249; *R. c. Reid* (1940), 74 C.C.C. 156; *R. c. Charters* (1957), 119 C.C.C. 223; *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174; *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201.

## Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 338(1) [rep. & sub. 1974-75-76, c. 93, s. 32; 1985, c. 19, s. 55].

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 54].

## Authors Cited

Ewart, J. Douglas. *Criminal Fraud*. Toronto: Carswell, 1986.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1991), 65 C.C.C. (3d) 86, dismissing the accused's appeal from his conviction for fraud. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka J. dissenting.

*Jeffrey K. Boro*, for the appellant.

*André Brochu*, for the respondent.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—This appeal was heard together with *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, and also requires an interpretation of s. 380 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, with respect to the ingredients of the offence of criminal fraud. In interpreting the offence-creating sections of the *Criminal Code*, it is appropriate to bear in mind the caution of Dickson C.J. in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833. At pages 860-61, he stated:

Respect for the principle of certainty and the institutional limits imposed upon the law-making function of the courts should constrain the Court from overruling a prior decision where the effect would be to expand criminal liability. It is not for the courts to create new offences, or to broaden the net of liability, particularly as changes in the law through judicial decision operate retrospectively. The same argument does not apply, however, where the result of overruling a prior decision is to establish a rule favourable to the accused. [Emphasis added.]

## Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 380(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 54].

*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 338(1) [abr. & rempl. 1974-75-76, ch. 93, art. 32; 1985, ch. 19, art. 55].

## Doctrine citée

Ewart, J. Douglas. *Criminal Fraud*. Toronto: Carswell, 1986.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1991), 65 C.C.C. (3d) 86 qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de fraude. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et le juge Sopinka sont dissidents.

*Jeffrey K. Boro*, pour l'appellant.

*André Brochu*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—Le présent pourvoi, entendu en même temps que le pourvoi *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, nécessite également l'interprétation de l'art. 380 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, à l'égard des éléments de l'infraction criminelle de fraude. En interprétant les articles du *Code criminel* qui créent une infraction, il convient d'avoir à l'esprit la mise en garde que fait le juge en chef Dickson dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, aux pp. 860 et 861:

Le respect du principe de la certitude et les restrictions institutionnelles imposées aux tribunaux en ce qui concerne l'élaboration du droit prétorien devraient inciter la Cour à refuser de renverser un arrêt antérieur quand cela aurait pour effet d'élargir la responsabilité criminelle. Il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ni de donner plus d'extension à la responsabilité, d'autant plus que les changements apportés au droit par des décisions judiciaires ont un effet rétroactif. Le même argument ne peut toutefois pas être invoqué lorsque le fait de renverser un arrêt antérieur a pour conséquence la création d'une règle favorable à l'accusé. [Je souligne.]

While we are not asked to overrule any specific decision, I am concerned in this case that we might criminalize non-payment of debts because we disapprove of the way in which the debtor spent his money. This is a concept that has been disapproved of in our jurisprudence since the abolition of debtor prisons.

As I stated in *Théroux*, I agree generally with my colleague's analysis of the law of fraud subject to the reservations which I expressed therein. In my view, however, applying the law to the facts of this case, the conviction cannot stand absent a finding by the trial judge that, either, the accused had no intention to pay when he accepted goods from his suppliers, or, with subjective knowledge of the risk to his creditors, the accused persisted in gambling so as to show a reckless disregard for payment.

The premise upon which my colleague's reasons are based in applying the law to the facts is that the creditors had a "pecuniary interest" in the monies received by the accused by the resale of the merchandise obtained from his suppliers. She states that a reasonable person would equate this with the "diversion of corporate funds to private purposes". She concludes that "[t]he wrongful use of money in which others have a pecuniary interest for purposes that have nothing to do with business, may however, in appropriate circumstances, constitute fraud" (p. 48).

The creditors do not have a "pecuniary interest" in the monies which the accused used for gambling in the sense in which the corporation has an interest in its money which is directed to private purposes. Although creditors have "an interest" in being paid, that does not give them a pecuniary interest in a proprietary sense unless the relationship with their debtor is such that the monies are impressed with a trust. There is no such suggestion here. The fact that creditors are interested in being paid gives them no legal interest. If they had a legal interest, the wrongful appropriation of that interest would not only constitute fraud "in appro-

Bien que nous ne soyons pas appelés à renverser une décision particulière, je crains qu'en l'espèce nous criminalisons le défaut de payer des dettes parce que nous désapprouvons la façon dont le débiteur a dépensé son argent. Cette conception a été condamnée dans notre jurisprudence depuis l'abolition de l'incarcération pour dettes.

Comme je l'ai dit dans *Théroux*, je souscris d'une manière générale à l'analyse que ma collègue fait du droit de la fraude, à l'exception des réserves que j'y ai exprimées. J'estime toutefois que, si l'on applique le droit aux faits de l'espèce, on ne peut maintenir la déclaration de culpabilité si le juge du procès n'a pas conclu que l'accusé n'avait pas l'intention de payer lorsqu'il a accepté les marchandises de ses fournisseurs ou que, tout en ayant subjectivement conscience du risque auquel il exposait ses créanciers, il a persisté à jouer l'argent, démontrant ainsi une insouciance téméraire à l'égard du paiement.

La prémisse sur laquelle ma collègue fonde ses motifs en appliquant le droit aux faits est celle selon laquelle les créanciers avaient un «intérêt pécuniaire» dans l'argent perçu par l'accusé lors de la revente des marchandises obtenues de ses fournisseurs. Elle affirme qu'une personne raisonnable y verrait un «détourne[ment] des fonds de l'entreprise à des fins personnelles». Elle conclut que «[l']emploi illégitime de l'argent dans lequel d'autres personnes ont un intérêt pécuniaire à des fins qui n'ont rien à voir avec l'entreprise peut toutefois, dans certaines circonstances, constituer une fraude» (p. 48).

Les créanciers n'ont pas, dans les sommes d'argent jouées par l'accusé, un «intérêt pécuniaire» au sens de l'intérêt qu'une compagnie a dans ses fonds utilisés à des fins personnelles. Bien que les créanciers aient «un intérêt» à être payés, ils n'ont pas pour autant l'intérêt pécuniaire du propriétaire à moins que la relation avec leur débiteur ne fasse en sorte que les fonds soient assujettis à une fiducie. On ne laisse aucunement entendre cela en l'espèce. Le fait que les créanciers soient intéressés à être payés ne leur confère aucun droit. S'ils avaient un droit, l'appropriation illégitime de ce droit constituerait non seulement une fraude «dans cer-

appropriate circumstances” but would constitute theft. Furthermore, we would not be concerned with the social utility of the expenditure. A lawyer who removes money from his or her trust account without the client’s consent is guilty of theft even if it is spent to pay medical bills for a dying mother. This is not a case like *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, which involved a variation of a familiar scheme that made the rounds during the latter half of this century. Officers or directors of a corporation cooperating with third parties desirous of using the corporation’s assets for their own purpose would structure a transaction which had the appearance of legitimacy but in fact was a sham. It usually involved the sale of “moose pasture” to the corporation by an entity formed or controlled by the fraudulent parties who then profited therefrom. See, for example, *Cox v. The Queen*, [1963] S.C.R. 500, and *R. v. Smith*, [1963] 1 O.R. 249 (C.A.).

In short, either the creditors had an interest in the legal sense or they had the same interest as all creditors, that is, an interest in being paid. In the former case, wrongful appropriation of it would amount to theft while in the latter case it is not fraud unless, in certain circumstances, non-payment of a debt can amount to fraud. I turn to consider this aspect of the matter.

There is evidence in this case which, if accepted, would result in a finding that the appellant accepted goods for his supplies with no intention to pay. Acceptance of goods or services with a promise to pay, express or implied, accompanied by an intention not to pay would satisfy the first element of the definition of fraud either on the ground of deceit or falsehood. See *R. v. Reid* (1940), 74 C.C.C. 156 (B.C.C.A.), and *R. v. Charters* (1957), 119 C.C.C. 223 (Ont. C.A.). In such a case, the deprivation would be made out by reason of the fact that the suppliers parted with their goods by reason of the deceit or falsehood. Accordingly, dishonest deprivation would be made out. Although there was evidence tending to support this conclusion, there was also evidence which, if accepted, tended the other way. This

taines circonstances», mais aussi un vol. En outre, nous ne nous soucierions pas de l’utilité sociale de la dépense. L’avocat qui, sans le consentement de son client, retire de l’argent de son compte en fiducie est coupable de vol même si cet argent est utilisé pour payer les comptes médicaux d’une mère mourante. Il ne s’agit pas d’une affaire semblable à *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, où il était question d’une variante d’une méthode très courante pendant la deuxième moitié du présent siècle. Les dirigeants et les administrateurs d’une société, de concert avec des tiers désireux d’utiliser l’actif de celle-ci à leurs propres fins, concevaient une opération qui, malgré des apparences de légitimité, constituait un trompe-l’œil. Elle comportait habituellement la vente d’un bien sans valeur à la société par une entité constituée ou contrôlée par les fraudeurs qui, alors, en tiraient profit. Voir, par exemple, *Cox c. The Queen*, [1963] R.C.S. 500, et *R. c. Smith*, [1963] 1 O.R. 249 (C.A.).

Bref, les créanciers avaient soit un droit au sens juridique, soit le même droit que tous les créanciers, à savoir celui d’être payés. Dans le premier cas, l’appropriation illégitime de ce droit constituerait un vol, alors que dans le deuxième cas, il ne s’agit pas d’une fraude à moins que, dans certaines circonstances, le défaut de payer une dette puisse équivaloir à une fraude. Je vais maintenant examiner cet aspect de la question.

En l’espèce, il existe une preuve qui, si elle était acceptée, permettrait de conclure que l’appelant a accepté les marchandises sans avoir l’intention de les payer. L’acceptation de marchandises ou de services par une personne qui promet expressément ou implicitement de les payer sans toutefois en avoir l’intention satisferait au premier élément de la définition de fraude par supercherie ou mensonge. Voir *R. c. Reid* (1940), 74 C.C.C. 156 (C.A.C.-B.), et *R. c. Charters* (1957), 119 C.C.C. 223 (C.A. Ont.). Dans un tel cas, la privation serait établie du fait que les fournisseurs se sont départis de leurs marchandises par suite de la supercherie ou du mensonge. En conséquence, la privation malhonnête serait établie. Malgré la présence d’une certaine preuve qui tendait à appuyer cette conclusion, il y avait également une preuve qui, si

Court should not make original findings of fact on disputed evidence. While the trial judge stated that the accused had no concern, desire or preoccupation as regards payment of his creditors, I do not take this as a finding that there was no intention to pay when the goods were supplied.

Can the appellant's failure to pay his debts amount to fraud under the third branch of the definition, that is, "other fraudulent means", and did the trial judge make the necessary findings to support the conviction on this basis?

I accept the standard of the reasonable person and agree that the accused's belief that the conduct is not dishonest will not avail. However, as I stated in *Théroux*, there is an important distinction between a belief in the honesty of one's actions, and an honest belief in facts which would make the *actus reus* non-culpable. This is a distinction which my colleague does not seem to make. In this regard, I would adopt the following statement by J. D. Ewart, *Criminal Fraud* (1986), at p. 99:

[I]t must be remembered that while "dishonesty" is a purely objective standard to be determined by the trier of fact, the accused's subjective knowledge of the facts found to constitute the dishonesty must be demonstrated before a conviction can be entered. The objectivity of the standard of conduct constituting dishonesty in fraud does not affect the separate and distinct issue of the subjective mental element required for a fraud conviction.

In a situation where the accused uses his own funds in a way which jeopardizes his ability to repay his creditors, the conduct can only be stigmatized as dishonest if the accused does so knowingly. I cannot believe that the ordinary person would agree that unknowingly exposing one's creditors to risk is dishonest. It might be poor financial management, but it is not dishonest. The accused must deliberately undermine his or her ability to pay. If the accused honestly believes in facts which would mean that there is no risk to the

elle était acceptée, tendrait à prouver le contraire. Notre Cour ne devrait pas tirer des conclusions de fait originales sur des éléments de preuve contestés. Bien que le juge du procès ait affirmé que l'accusé ne se souciait pas de rembourser ses créanciers ni ne souhaitait le faire, je n'interprète pas cela comme une conclusion que l'accusé n'avait pas l'intention de payer les marchandises lorsqu'il les a reçues.

Le défaut de l'appelant de payer ses dettes peut-il constituer une fraude au sens du troisième volet de la définition, c'est-à-dire l'«autre moyen dolosif», et le juge du procès a-t-il tiré les conclusions nécessaires pour justifier la déclaration de culpabilité sur ce fondement?

J'accepte la norme de la personne raisonnable et je reconnais que le fait que l'accusé croie que sa conduite n'est pas malhonnête ne sera guère utile. Toutefois, comme je l'ai dit dans *Théroux*, il existe une distinction importante entre le fait de croire à l'honnêteté de ses actes et le fait de croire sincèrement en des faits qui rendraient l'*actus reus* non coupable. Il s'agit là d'une distinction que ma collègue ne semble pas faire. À cet égard, j'adopterais l'énoncé suivant de J. D. Ewart, *Criminal Fraud* (1986), à la p. 99:

[TRADUCTION] [I] faut se rappeler que si la «malhonnêteté» est une norme purement objective qu'il appartient au juge des faits de déterminer, la connaissance subjective par l'accusé des faits jugés malhonnêtes doit être démontrée pour pouvoir inscrire une déclaration de culpabilité. Le caractère objectif de la norme de la conduite malhonnête en matière de fraude ne change rien à la question distincte de l'élément moral subjectif essentiel à une déclaration de culpabilité de fraude.

Dans le cas où l'accusé utilise ses propres fonds d'une façon qui compromet sa capacité de rembourser ses créanciers, cette conduite ne peut qu'être qualifiée de malhonnête s'il agit en connaissance de cause. Je ne puis croire que la personne ordinaire verrait un acte malhonnête dans le fait d'exposer inconsciemment ses créanciers à un risque. Il pourrait s'agir d'une mauvaise gestion financière qui n'est toutefois pas malhonnête. L'accusé doit délibérément miner sa capacité de payer. Si l'accusé croit sincèrement en l'existence



creditor, then this aspect of the offence is not established. In these circumstances, it is likely that the accused will also believe that his or her actions are not dishonest, but this is not the reason for the acquittal.

The honest belief of the accused is relevant at three stages in assessing whether the offence of fraud is established. First, even the application of the objective test for dishonesty requires the reasonable person to take into account the state of mind of the accused. It is impossible to assess whether an act is dishonest without assessing the mind of the actor. This is implicit in the term "dishonest". The state of mind of the accused is also examined in dealing with the requirement of *mens rea* for dishonesty. Although this is a subjective test, it is really a duplication of the application of the objective standard of dishonesty. Finally, in a case involving risk of deprivation, knowledge of the risk is a required mental element. In this regard, my colleague states at p. 49 that "[t]his accused knew precisely what he was doing and knew that it would have the consequence of putting his creditors' pecuniary interest at risk" (emphasis added). This certainly is the position taken by the respondent, that by gambling, the appellant knowingly placed the property of the creditors at risk because he jeopardized their chances of repayment. In *Théroux*, my colleague properly points out that with respect to deprivation or risk thereof, either knowledge or recklessness must be proved. In the latter case, "knowledge of the likelihood" of the deprivation or risk is required. If the accused honestly believes there is no risk, this aspect of *mens rea* is not made out. In this kind of case, it is not a question of a defence that the accused "would win at the casinos and be able to pay his creditors", it is that in view of the accused's evidence, an essential element is not made out. This is the crucial distinction between this case and cases such as *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174, *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201, and *Olan*, *supra*. If the *actus reus* has resulted in a deprivation or risk thereof, an intention to make good the loss or to remove the risk is not a defence. The offence is complete and a

de faits qui signifieraient que le créancier n'est exposé à aucun risque, alors cet aspect de l'infraction n'est pas établi. Dans ces circonstances, il est probable que l'accusé croira également que ses actes ne sont pas malhonnêtes, mais cela ne justifie pas l'acquittement.

Lorsqu'il s'agit de déterminer si l'infraction de fraude est établie, la conviction sincère de l'accusé est pertinente à trois étapes. D'abord, même l'application du critère objectif de la malhonnêteté exige que la personne raisonnable tienne compte de l'état d'esprit de l'accusé. Il est impossible de déterminer si un acte est malhonnête sans évaluer l'état d'esprit de l'acteur. Cela est implicite dans le terme «malhonnête». L'état d'esprit de l'accusé est également examiné relativement à l'exigence de *mens rea* en matière de malhonnêteté. Bien qu'il s'agisse d'un critère subjectif, il reproduit en fait l'application de la norme objective de la malhonnêteté. Enfin, la connaissance du risque est un élément moral nécessaire dans un cas où il y a risque de privation. À cet égard, ma collègue dit à la p. 49 que, «[e]n l'espèce, l'accusé savait parfaitement ce qu'il faisait et il savait qu'en agissant ainsi il mettrait en péril les intérêts pécuniaires de ses créanciers» (je souligne). Il s'agit là manifestement de la position adoptée par l'intimée selon laquelle, en s'adonnant au jeu, l'appelant a sciemment mis en péril le bien de ses créanciers puisqu'il a compromis leurs chances d'être remboursés. Dans *Théroux*, ma collègue souligne à juste titre que la connaissance ou l'insouciance doit être établie à l'égard de la privation ou du risque de privation. Dans ce dernier cas, «la connaissance de la vraisemblance» de la privation ou du risque est nécessaire. Si l'accusé croit sincèrement qu'il n'existe aucun risque, cet aspect de la *mens rea* n'est pas établi. Dans ce genre d'affaire, il s'agit non pas d'une question de moyen de défense suivant lequel l'accusé «gagnerait aux casinos et serait en mesure de payer ses créanciers», mais plutôt du fait que, compte tenu du témoignage de l'accusé, un élément essentiel n'est pas établi. Voilà la distinction cruciale entre la présente affaire et les arrêts *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174, *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201, et *Olan*, précité. Si l'*actus reus* a entraîné une privation ou un risque de priva-

good intention will not save the accused. That is the situation in *Théroux*. The accused had subjected the deposits of his customers to a risk by his false representation. He did so knowingly, and his honest belief that the risk would not result in an eventual loss was to no avail. It is quite a different situation where, as here, in respect of the very activity relied on as creating the risk, the accused states that he honestly believed no risk was created. It remains to determine whether the statement by my colleague that the accused knew that his gambling would place the pecuniary interests of his creditors at risk is a finding made by the trial judge.

On my reading of the trial judge's reasons, there is no finding that the accused subjectively appreciated that his gambling created an unreasonable risk of being unable to pay his creditors. The trial judge made the following findings of fact: that the appellant was dissatisfied with the quality of goods received from his suppliers, that the appellant was not concerned or preoccupied with paying his suppliers, that the appellant's gambling created a real risk to his creditors, and that the appellant's bankruptcy was entirely due to gambling. This does not amount to a finding either that the accused did not intend to pay his creditors or that appreciating the risk created, he persisted in his conduct thus showing a reckless disregard for his creditors. Rather, the trial judge seems to accept that the appellant believed that his gambling system would allow him to repay his creditors. The trial judge does not squarely address the question of whether the appellant knew or was reckless about the unreasonable risk which his gambling created. This is a finding which, on the evidence, he could have made and one that perhaps I would make. I cannot, however, say that the trial judge erred in law in failing to make it.

In her reasons, McLachlin J. states (at p. 50) that "there is nothing in the evidence which negates the natural inference that when a person gambles with

tion, l'intention de compenser la perte ou de supprimer le risque ne constitue pas un moyen de défense. L'infraction est complète et une bonne intention ne sauvera pas l'accusé. Telle est la situation dans *Théroux*. L'accusé a, par sa fausse déclaration, mis en péril les dépôts de ses clients. Il a agi en connaissance de cause et sa conviction sincère que le risque n'entraînerait aucune perte n'était d'aucune aide. La situation est tout à fait différente lorsque, comme en l'espèce, l'accusé affirme, au sujet de l'activité même dont on dit qu'elle crée le risque, qu'il est sincèrement convaincu qu'aucun risque n'a été créé. Reste à déterminer si l'affirmation de ma collègue selon laquelle l'accusé savait qu'en s'adonnant au jeu il mettrait en péril les intérêts pécuniaires de ses créanciers est une conclusion que le juge du procès a tirée.

Selon moi, le juge du procès n'a pas conclu, dans ses motifs, que l'accusé comprenait subjectivement qu'en s'adonnant au jeu il risquait déraisonnablement d'être incapable de rembourser ses créanciers. Le juge du procès a tiré les conclusions de fait suivantes: l'appellant n'était pas satisfait de la qualité des marchandises reçues de ses fournisseurs; il ne se souciait pas de payer ses fournisseurs; il avait, en jouant, exposé ses créanciers à un risque, et sa faillite était entièrement due au jeu. Cela ne revient pas à conclure que l'accusé n'avait pas l'intention de payer ses créanciers ou que, tout en saisissant le risque créé, il a persisté à agir ainsi, démontrant une insouciance téméraire à leur égard. Au contraire, le juge du procès semble accepter que l'appellant croyait que sa méthode de jeu lui permettrait de rembourser ses créanciers. Le juge du procès n'aborde pas directement la question de savoir si l'appellant était conscient du risque déraisonnable que son jeu créait ou s'il y était indifférent. D'après la preuve, il s'agit là d'une conclusion qu'il aurait pu tirer et que je pourrais peut-être tirer moi-même. Toutefois, je ne puis affirmer que le juge du procès a commis une erreur de droit en s'abstenant de le faire.

Dans ses motifs, le juge McLachlin affirme (à la p. 50) qu'«il n'y a rien dans la preuve qui écarte la déduction naturelle que la personne qui joue des

funds in which others have a pecuniary interest he knows that he puts that interest at risk". The appellant does not have to negate this inference if there is evidence which, if accepted, is capable of raising a reasonable doubt that he did not appreciate that his gambling created an unreasonable risk of being unable to repay his suppliers. In this case there was evidence capable of raising a reasonable doubt. For instance, the appellant stated (C.O.A., at p. 1500):

Well, the system which I had, I was very convinced that I cannot fail because the system is very good. Only the problem with the system is that you need a large amount of money to be able to gamble this system because it required that you double your bets every time. . . . [Emphasis added.]

In the absence of a finding of fact on an essential element of the offence, this Court ought not to confirm a conviction simply because, in its view, there is evidence which "establishes the *mens rea*" (*per* McLachlin J. at p. 50). As long as there is evidence capable of raising a reasonable doubt, this Court should not make findings of fact. Accordingly, I would allow the appeal and direct a new trial on counts 1, 5, 8 and 11.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—This appeal raises the issue of whether a businessman who diverts the proceeds of goods received for resale to a gambling scheme may be found guilty of fraud.

#### I — Facts

The appellant ran a business as a wholesaler of T-shirts and sweatshirts. Between November 1983 and January 1984, the appellant accepted goods with a value of more than \$375,000 from his suppliers. The goods were supplied by Château Lingerie Mfg. Co., Tricot Mondial Inc. and Elizabeth Lingerie Mfg. Ltd.

fonds dans lesquels d'autres personnes ont un intérêt pécuniaire sait qu'elle met en péril cet intérêt». L'appellant n'a pas à écarter cette déduction s'il y a une preuve qui, si elle est acceptée, est susceptible de créer un doute raisonnable qu'il ne s'est pas rendu compte que le fait de s'adonner au jeu l'exposait au risque déraisonnable d'être incapable de rembourser ses fournisseurs. En l'espèce, il y avait une preuve susceptible de créer un doute raisonnable. Par exemple, l'appellant affirme (dossier, à la p. 1500):

[TRADUCTION] Bien, la méthode que j'avais, j'étais très convaincu que je ne puis échouer parce qu'il s'agit d'une excellente méthode. Le seul problème avec cette méthode c'est qu'il faut une somme considérable d'argent pour pouvoir jouer, étant donné qu'elle exige de doubler les mises chaque fois . . . [Je souligne.]

En l'absence d'une conclusion de fait sur un élément essentiel de l'infraction, notre Cour ne devrait pas confirmer une déclaration de culpabilité simplement parce qu'à son avis il y a une preuve qui «établit l'existence de la *mens rea*» (le juge McLachlin, à la p. 50). Tant et aussi longtemps qu'il y a une preuve susceptible de créer un doute raisonnable, notre Cour ne devrait pas tirer des conclusions de fait. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès relativement aux premier, cinquième, huitième et onzième chefs.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—En l'espèce, il s'agit de déterminer s'il est possible de déclarer coupable de fraude un homme d'affaires qui détourne le produit de marchandises destinées à la revente pour s'adonner au jeu.

#### I — Les faits

L'appellant exploitait une entreprise de vente en gros de tee-shirts et de sweat-shirts. Entre novembre 1983 et janvier 1984, il a reçu de ses fournisseurs, Château Lingerie Mfg. Co., Tricot Mondial Inc. et Manufacture Élisabeth Lingerie Ltée, des marchandises dont la valeur s'élevait à plus de 375 000 \$.

These suppliers delivered goods to the appellant in return for post-dated cheques or on credit. Over a three-month period which began about mid-November 1983, the appellant gambled away all of the assets of his business. Among these assets were monies received from the sale of goods provided to the appellant by his suppliers. On all of the occasions of gambling, the appellant lost money using a system which he believed would increase his odds of winning.

The appellant was declared bankrupt in February 1984. He owed his suppliers for goods supplied: \$238,311 to Château Lingerie, \$94,213 to Tricot Mondial, and \$45,294 to Elizabeth Lingerie. He also owed \$25,000 to a customer, Rose Dry Goods, for goods he had failed to supply.

At trial, Morier J.S.P. found the appellant guilty of fraud, on counts 1, 5, 8, and 11 of the indictment, and stayed the other counts on the basis of the principle articulated in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729. Counts 1, 5, 8, and 11 name the above mentioned suppliers and customer. This finding was upheld on appeal to the Quebec Court of Appeal, with a dissent by Tyndale J.A.

## II — Judgments Below

### *Trial*

Morier J.S.P. found that the money earned on the sale of goods received from the suppliers and money received from the customer belonged to the appellant at the time of his gambling. Citing *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, Morier J.S.P. held that speculative use of such funds could be a dishonest act, and accordingly could constitute fraud by "other fraudulent means": see *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 380(1) (formerly R.S.C. 1970, c. C-34, s. 338(1)).

The trial judge also found that these acts exposed the pecuniary interests of the appellant's

Les marchandises ont été livrées à l'appellant par ces fournisseurs en contrepartie de chèques postdatés ou à crédit. Pendant trois mois à compter de la mi-novembre 1983, l'appellant a perdu au jeu tout l'actif de son entreprise. Cet actif comprenait le produit de la vente des marchandises fournies à l'appellant par ses fournisseurs. Chaque fois qu'il a joué, l'appellant a perdu en utilisant une méthode qui, croyait-il, augmenterait ses chances de gagner.

En février 1984, l'appellant a fait faillite. Il devait 238 311 \$ à Château Lingerie, 94 213 \$ à Tricot Mondial et 45 294 \$ à Elisabeth Lingerie pour des marchandises fournies, et 25 000 \$ à sa cliente Rose Dry Goods pour des marchandises qu'il n'avait pas fournies.

Au procès, le juge Morier de la Cour des sessions de la paix a déclaré l'appellant coupable de fraude relativement aux premier, cinquième, huitième et onzième chefs de l'acte d'accusation et a arrêté les procédures quant aux autres chefs en s'appuyant sur le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. Les fournisseurs et la cliente susmentionnés étaient nommés dans les premier, cinquième, huitième et onzième chefs. La conclusion du juge a été maintenue en appel devant la Cour d'appel du Québec, le juge Tyndale étant dissident.

## II — Les juridictions inférieures

### *Procès*

Le juge Morier a conclu que le produit de la vente des marchandises reçues des fournisseurs et la somme reçue de la cliente appartenaient à l'appellant au moment où il les a risqués au jeu. Citant *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, le juge Morier a conclu que l'utilisation de nature spéculative de ces fonds pouvait constituer un acte malhonnête et qu'elle pouvait donc constituer une fraude par un «autre moyen dolosif»: voir *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 380(1) (auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, par. 338(1)).

Le juge du procès a également conclu que ces actes mettaient en péril les intérêts pécuniaires des

suppliers and customer to risk, thereby satisfying the requirement of deprivation set out in *Olan*. As for the *mens rea*, the trial judge did not state whether the test applied was subjective or objective. His only comment on the appellant's state of mind was the following:

[TRANSLATION] It is obvious that as of mid-November, the accused did not care nor experience any desire to pay for the merchandise that his suppliers continued to deliver to him. This preoccupation was nonexistent.

In other words, the trial judge found that the accused was not concerned whether or not he paid for the goods he accepted.

The trial judge convicted the appellant of fraud on those counts involving the receipt of goods after November 18, 1983, the date after which he no longer cared whether or not he paid for those goods.

#### *Court of Appeal*

The majority of the Court of Appeal upheld the conviction for fraud: (1991), 65 C.C.C. (3d) 86. In finding that the trial judge had made no error, Gendreau J.A. held that the fact that the appellant did not intend to lose money gambling and hence did not intend to deprive his creditors of their payments provided no defence; the appellant knew that the monies used in gambling were subject to the laws of chance. Gendreau J.A. found that the offence of fraud required a dishonest course of conduct, and found such conduct in the fact that the appellant gambled with monies earned on the sale of the goods which he had received, but for which he had not paid. Proulx J.A. agreed that the trial judge had not erred. He emphasized the fact that after the middle of November, the appellant had no intention of paying his creditors, but continued to take their goods, and continued to represent to his creditors that he would pay for these goods.

Tyndale J.A. dissented on the ground that there was no proof that appellant had intended to act dishonestly toward his creditors at the time of the transactions in issue. He appears to have held that an accused must subjectively appreciate the dis-

fournisseurs et de la cliente de l'appelant, satisfaisant ainsi à l'exigence de privation formulée dans l'arrêt *Olan*. Quant à la *mens rea*, le juge du procès n'a pas dit si le critère appliqué était subjectif ou objectif. Voici la seule observation qu'il a formulée au sujet de l'état d'esprit de l'appelant:

Il est évident qu'à partir de la mi-novembre, l'accusé n'a eu aucun souci, n'a éprouvé aucun désir de payer les marchandises que ses fournisseurs continuaient de lui livrer. Cette préoccupation était inexistante.

En d'autres termes, le juge du procès a conclu que l'accusé ne s'était guère soucié de payer les marchandises reçues.

Il a déclaré l'appelant coupable de fraude relativement aux chefs où il était question de marchandises reçues après le 18 novembre 1983, date à compter de laquelle il ne s'est plus soucié de les payer.

#### *La Cour d'appel*

La Cour d'appel à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité de fraude: (1991), 65 C.C.C. (3d) 86. En décidant que le juge du procès n'avait commis aucune erreur, le juge Gendreau a conclu que le fait que l'appelant n'ait pas eu l'intention de perdre de l'argent au jeu ni, par conséquent, de priver ses créanciers de leurs paiements ne constituait pas un moyen de défense; l'appelant savait que les sommes jouées étaient soumises aux lois du hasard. Le juge Gendreau a conclu que l'infraction de fraude exigeait l'adoption d'une ligne de conduite malhonnête et que l'appelant avait adopté une telle conduite en jouant le produit de la vente des marchandises reçues et non payées. Le juge Proulx a convenu que le juge du procès ne s'était pas trompé. Il a souligné le fait qu'à compter de la mi-novembre, même s'il n'avait pas l'intention de rembourser ses créanciers, l'appelant a continué à accepter leurs marchandises et à leur déclarer qu'il les paierait.

Le juge Tyndale a fondé sa dissidence sur l'absence de preuve que l'appelant avait eu l'intention d'agir malhonnêtement envers ses créanciers au moment des opérations en cause. Il paraît avoir conclu qu'un accusé doit se rendre compte objec-

honesty of the conduct undertaken in order that the *mens rea* of the offence of fraud be established.

### III — Statutory Provisions

#### *Criminal Code*

Prior to December 4, 1985, s. 380(1) (then s. 338(1)) read:

**338. (1)** Every one who, by deceit, falsehood or other fraudulent means, whether or not it is a false pretence within the meaning of this Act, defrauds the public or any person, whether ascertained or not, of any property, money or valuable security,

(a) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years, where the subject-matter of the fraud is a testamentary instrument or where the value thereof exceeds two hundred dollars; or

(b) is guilty

(i) of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years, or

(ii) of an offence punishable on summary conviction,

where the value of the property of which the public or any person is defrauded does not exceed two hundred dollars.

It now reads:

**380. (1)** Every one who, by deceit, falsehood or other fraudulent means, whether or not it is a false pretence within the meaning of this Act, defrauds the public or any person, whether ascertained or not, of any property, money or valuable security,

(a) is guilty of an indictable offence and liable to a term of imprisonment not exceeding ten years, where the subject-matter of the offence is a testamentary instrument or where the value of the subject-matter of the offence exceeds one thousand dollars; or

(b) is guilty

(i) of an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years, or

(ii) of an offence punishable on summary conviction,

where the value of the subject-matter of the offence does not exceed one thousand dollars.

tivement de la malhonnêteté de sa conduite pour que la *mens rea* de l'infraction de fraude soit établie.

### <sup>a</sup> III — Les dispositions législatives

#### *Code criminel*

<sup>b</sup> Avant le 4 décembre 1985, le par. 380(1) (alors le par. 338(1)) était ainsi rédigé:

<sup>c</sup> **338. (1)** Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, argent ou valeur

<sup>d</sup> a) est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, si l'objet de la fraude est un titre testamentaire ou si la valeur de ce dont est frustré le public ou toute personne dépasse deux cents dollars; ou

b) est coupable

(i) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, ou

(ii) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité,

si la valeur du bien dont est frustré le public ou toute personne ne dépasse pas deux cents dollars.

Maintenant, il se lit ainsi:

<sup>e</sup> **380. (1)** Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, argent ou valeur:

<sup>f</sup> a) est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, si l'objet de l'infraction est un titre testamentaire ou si la valeur de l'objet de l'infraction dépasse mille dollars;

<sup>g</sup> b) est coupable:

(i) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans,

(ii) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

si la valeur de l'objet de l'infraction ne dépasse pas mille dollars.

IV — Discussion1. *Introduction*

The elements of the offence of fraud are discussed in a general fashion in *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, released simultaneously. For the purposes of this case, it suffices to state that the *actus reus* of fraud will be established by proof of:

1. the prohibited act, be it an act of deceit, a falsehood or some other fraudulent means; and
2. deprivation caused by the prohibited act, which may consist in actual loss or the placing of the victim's pecuniary interests at risk.

Correspondingly, the *mens rea* of fraud is established by proof of:

1. subjective knowledge of the prohibited act; and
2. subjective knowledge that the prohibited act could have as a consequence the deprivation of another (which deprivation may consist in knowledge that the victim's pecuniary interests are put at risk).

Where the conduct and knowledge required by these definitions are established, the accused is guilty whether he actually intended the prohibited consequence or was reckless as to whether it would occur.

2. *The Actus Reus*

Turning first to the *actus reus*, it is not clear what conduct on the part of the appellant the trial judge found to be a prohibited act. His references to the appellant's gambling suggest that he considered this the prohibited act. On the other hand, he convicted the appellant of only those charges that arose from delivery of goods after the appellant ceased to care whether he paid or not.

In my view, the most reasonable way of viewing the reasons is to find that, in the view of the trial

IV — Analyse1. *Introduction*

Dans l'arrêt *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, rendu simultanément, les éléments de l'infraction de fraude font l'objet d'une analyse générale. Pour les fins de la présente affaire, il suffit de dire que l'*actus reus* de la fraude sera établi par la preuve:

1. d'un acte prohibé, qu'il s'agisse d'une supercherie, d'un mensonge ou d'un autre moyen dolosif, et
2. de la privation causée par l'acte prohibé, qui peut consister en une perte véritable ou dans le fait de mettre en péril les intérêts pécuniaires de la victime.

De même, la *mens rea* de la fraude est établie par la preuve:

1. de la connaissance subjective de l'acte prohibé, et
2. de la connaissance subjective que l'acte prohibé pourrait causer une privation à autrui (laquelle privation peut consister en la connaissance que les intérêts pécuniaires de la victime sont mis en péril).

Si la conduite et la connaissance requises par ces définitions sont établies, l'accusé est coupable peu importe qu'il ait effectivement souhaité la conséquence prohibée ou qu'il lui était indifférent qu'elle se réalise ou non.

2. *L'actus reus*

En ce qui concerne l'*actus reus*, on ne sait pas clairement quelle conduite de la part de l'appellant a été considérée comme un acte prohibé par le juge du procès. Par ses allusions au fait que l'appellant s'adonnait au jeu, il laisse entendre qu'il s'agissait là de l'acte prohibé. Par ailleurs, il n'a déclaré l'appellant coupable que relativement aux accusations qui ont résulté de la livraison de marchandises à compter du moment où l'appellant ne s'est plus soucié de payer.

À mon avis, la façon la plus raisonnable de percevoir les motifs du juge du procès consiste à con-

judge, the combined act of taking the goods without concern for payment and gambling away the value they represented constituted dishonest conduct amounting to “other fraudulent means” within the meaning of the third head of the offence of fraud as set out in s. 380(1) of the *Criminal Code*. The trial judge did not doubt that this conduct put at risk the pecuniary interests of the appellant’s suppliers and customer. The whole of the conduct, taken together, constituted a fraudulent scheme. On this ground, the trial judge concluded that the *actus reus* of the offence of fraud was established.

The trial judge did not unequivocally find a lie or an act of deceit. Therefore the question is whether the scheme outlined constitutes “other fraudulent means” within the meaning of the third head of the offence as set out in s. 380(1) of the *Criminal Code*. In my view, it does.

#### (i) Fraud by “Other Fraudulent Means”

In *Olan, supra*, Dickson J. (as he then was) had the following to say about the phrase “other fraudulent means” (at p. 1180):

... proof of deceit is not essential to support a conviction [for fraud]. . . . The words ‘other fraudulent means’ in s. 338(1) [now s. 380(1)] include means which are not in the nature of a falsehood or a deceit; they encompass all other means which can properly be stigmatized as dishonest.

Most frauds continue to involve either deceit or falsehood. As is pointed out in *Théroux*, proof of deceit or falsehood is sufficient to establish the *actus reus* of fraud; no further proof of dishonest action is needed. However, the third category of “other fraudulent means” has been used to support convictions in a number of situations where deceit or falsehood cannot be shown. These situations include, to date, the use of corporate funds for personal purposes, non-disclosure of important facts, exploiting the weakness of another, unauthorized diversion of funds, and unauthorized arrogation of funds or property: *R. v. Black and Whiteside*

clure que, pour celui-ci, le fait d’accepter les marchandises sans se soucier de les payer, conjugué à la perte au jeu de la valeur qu’elles représentaient, constituait une conduite malhonnête équivalant à un «autre moyen dolosif» au sens du troisième volet de l’infraction de fraude énoncée au par. 380(1) du *Code criminel*. Le juge du procès ne doutait pas que cette conduite a mis en péril les intérêts pécuniaires des fournisseurs et de la cliente de l’appelant. Dans son ensemble, la conduite constituait une manœuvre dolosive. C’est pourquoi le juge du procès a conclu que l’*actus reus* de l’infraction de fraude était établi.

Le juge du procès n’a pas conclu de façon non équivoque à l’existence d’un mensonge ou d’une supercherie. La question est donc de savoir si la méthode exposée constitue un «autre moyen dolosif» au sens du troisième volet de l’infraction énoncée au par. 380(1) du *Code criminel*. À mon avis, c’est le cas.

#### (i) Fraude par un «autre moyen dolosif»

Dans l’arrêt *Olan*, précité, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a tenu les propos suivants au sujet de l’expression «autre moyen dolosif» (à la p. 1180):

... la preuve de la supercherie n’est pas essentielle pour pouvoir prononcer une condamnation [pour fraude]. [. . .] Les mots «autres moyens dolosifs» [du par. 338(1) (maintenant le par. 380(1))] couvrent les moyens qui ne sont ni des mensonges ni des supercheries; ils comprennent tous les autres moyens qu’on peut proprement qualifier de malhonnêtes.

La plupart des fraudes continuent de comporter une supercherie ou un mensonge. Tel que souligné dans *Théroux*, la preuve de la supercherie ou du mensonge suffit à établir l’*actus reus* de la fraude; aucune autre preuve d’un acte malhonnête n’est requise. Toutefois, la troisième catégorie de l’«autre moyen dolosif» a servi à justifier des déclarations de culpabilité dans un certain nombre de situations où il est impossible de démontrer l’existence d’une supercherie ou d’un mensonge. Ces situations incluent, à ce jour, l’utilisation des ressources financières d’une compagnie à des fins personnelles, la dissimulation de faits importants,



(1983), 5 C.C.C. (3d) 313 (Ont. C.A.); *R. v. Shaw* (1983), 4 C.C.C. (3d) 348 (N.B.C.A.); *R. v. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2d) 23 (Ont. C.A.); *R. v. Rosen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 342 (Ont. Co. Ct.), *R. v. Côté and Vézina (No. 2)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 557 (Que. C.A.); *R. v. Hansen* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.); *R. v. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230 (Man. C.A.); *R. v. Currie*; *R. v. Bruce* (1984), 5 O.A.C. 280, and *R. v. Kirkwood* (1983), 42 O.R. (2d) 65 (C.A.).

The fundamental question in determining the *actus reus* of fraud within the third head of the offence of fraud is whether the means to the alleged fraud can properly be stigmatized as dishonest: *Olan, supra*. In determining this, one applies a standard of the reasonable person. Would the reasonable person stigmatize what was done as dishonest? Dishonesty is, of course, difficult to define with precision. It does, however, connote an underhanded design which has the effect, or which engenders the risk, of depriving others of what is theirs. J. D. Ewart, in his *Criminal Fraud* (1986), defines dishonest conduct as that "which ordinary, decent people would feel was discreditable as being clearly at variance with straightforward or honourable dealings" (p. 99). Negligence does not suffice. Nor does taking advantage of an opportunity to someone else's detriment, where that taking has not been occasioned by unscrupulous conduct, regardless of whether such conduct was wilful or reckless. The dishonesty of "other fraudulent means" has, at its heart, the wrongful use of something in which another person has an interest, in such a manner that this other's interest is extinguished or put at risk. A use is "wrongful" in this context if it constitutes conduct which reasonable decent persons would consider dishonest and unscrupulous.

Cases which have considered instances of "other fraudulent means" by unauthorized diversion of funds provide concrete examples of the application of these principles. *Olan, supra*, concerned a com-

l'exploitation de la faiblesse d'autrui, le détournement de fonds et l'usurpation de fonds ou de biens: *R. c. Black and Whiteside* (1983), 5 C.C.C. (3d) 313 (C.A. Ont.); *R. c. Shaw* (1983), 4 C.C.C. (3d) 348 (C.A.N.-B.); *R. c. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2d) 23 (C.A. Ont.); *R. c. Rosen* (1979), 55 C.C.C. (2d) 342 (C. cté Ont.); *R. c. Côté and Vézina (No. 2)* (1982), 3 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Qué.); *R. c. Hansen* (1983), 25 Alta. L.R. (2d) 193 (C.A.); *R. c. Geddes* (1979), 52 C.C.C. (2d) 230 (C.A. Man.); *R. c. Currie*; *R. c. Bruce* (1984), 5 O.A.C. 280, et *R. c. Kirkwood* (1983), 42 O.R. (2d) 65 (C.A.).

La question fondamentale qu'il faut se poser en déterminant l'*actus reus* de la fraude au sens du troisième volet de l'infraction de fraude est de savoir si le moyen adopté pour commettre la prétendue fraude peut à juste titre être qualifié de malhonnête: *Olan, précité*. Pour déterminer cela, on applique la norme de la personne raisonnable. La personne raisonnable qualifierait-elle l'acte de malhonnête? Évidemment, il n'est pas facile de définir avec précision la malhonnêteté. Elle implique cependant un dessein caché ayant pour effet de priver ou de risquer de priver d'autres personnes de ce qui leur appartient. Dans *Criminal Fraud* (1986), J. D. Ewart définit la conduite malhonnête comme étant celle [TRADUCTION] «qu'une personne honnête ordinaire jugerait indigne parce qu'elle est nettement incompatible avec les activités honnêtes ou honorables» (p. 99). La négligence ne suffit pas, pas plus que le fait de profiter d'une chance au détriment d'autrui sans avoir adopté une conduite dénuée de scrupules, peu importe que cette conduite soit volontaire ou irréfléchie. La malhonnêteté de l'«autre moyen dolosif» tient essentiellement à l'emploi illégitime d'une chose sur laquelle une personne a un droit, de telle sorte que ce droit d'autrui se trouve éteint ou compromis. L'emploi est «illégitime» dans ce contexte s'il constitue une conduite qu'une personne honnête et raisonnable considérerait malhonnête et dénuée de scrupules.

Les affaires où l'«autre moyen dolosif» consistait à détourner des fonds sans y être autorisé offrent des exemples concrets de l'application de ces principes. Dans l'arrêt *Olan, précité*, il était

plicated takeover transaction, in the course of which the new, post-takeover board of directors transferred the target company's blue chip securities portfolio into investment vehicles which were basically valueless. The ultimate purpose of this transfer was to permit the parties who effected the takeover to pay the takeover price with monies from the target-company's securities portfolio. The Crown charged that the target company had been defrauded. In finding those who effected the takeover guilty of fraud by "other fraudulent means", this Court did not consider decisive the mere fact that the target company's portfolio was the means by which the takeover would be financed. Nor did this Court think it sufficient that the transfer to the new investment vehicles was a worthless investment decision. Latitude was granted for business operations and necessary business risk. The critical question was whether the transfer of investment vehicles could be considered within the *bona fides* business interest of the target company, or was more appropriately seen as a transfer designed to serve the personal ends of the parties who effected the transfer, bearing no relation to *bona fides* business purposes. The inference was that, in the circumstances of the case, the target company could not be reasonably thought willing to submit to a diversion of its funds to the personal ends of those effecting the takeover. This Court had no trouble concluding that the transfer could only be characterized as a transfer for personal ends, which deprived the target company of something they had an interest in.

Appellate courts have followed the same approach, asking whether the diversion of funds at issue could reasonably be thought to serve personal rather than *bona fides* business ends. For example, in *R. v. Geddes, supra*, a motorcycle dealer accepted money from a purchaser as advance payment on a particular type of motorcycle. After certain perfunctory efforts to obtain the

question d'une opération compliquée de prise de contrôle au cours de laquelle le nouveau conseil d'administration, constitué après la prise de contrôle, a transféré le portefeuille de valeurs mobilières de premier ordre de la compagnie cible dans des moyens d'investissement qui étaient pratiquement sans valeur. Ce transfert avait pour objet ultime de permettre aux parties effectuant la prise de contrôle de la financer avec des sommes provenant du portefeuille de valeurs mobilières de la compagnie cible. Le ministère public a allégué que cette dernière avait été victime de fraude. En déclarant ceux qui avaient effectué la prise de contrôle coupables de fraude par un «autre moyen dolosif», notre Cour n'a pas considéré déterminant le simple fait que le portefeuille de la compagnie cible devait servir à financer la prise de contrôle. Notre Cour n'a pas non plus jugé suffisant que la décision de transférer le portefeuille dans de nouveaux moyens d'investissement ait été mauvaise. On jouissait d'une certaine latitude concernant les activités commerciales et le risque inévitable qui s'y rattache. La question cruciale était de savoir si le transfert des moyens d'investissement pouvait être considéré comme servant les véritables intérêts financiers de la compagnie cible ou s'il convenait davantage de le considérer comme étant destiné à servir les fins personnelles des parties qui l'ont effectué, sans égard aux objectifs véritables de l'entreprise. On a déduit que, compte tenu des circonstances de l'affaire, on ne pouvait pas raisonnablement considérer que la compagnie cible était disposée à se prêter à un détournement de ses fonds pour les fins personnelles des parties qui effectuaient la prise de contrôle. Notre Cour a conclu sans difficulté qu'il ne pouvait s'agir que d'un transfert à des fins personnelles, qui privait la compagnie cible d'une chose dans laquelle elle avait un intérêt.

Les cours d'appel ont adopté le même point de vue en se demandant si on pouvait raisonnablement considérer que le détournement de fonds en cause servait des intérêts personnels plutôt que les véritables intérêts de l'entreprise. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Geddes*, précité, un marchand de motocyclettes a accepté une somme d'un acheteur à titre d'avance pour un modèle particulier de

desired motorcycle, the dealer deposited the money into his bank account, which was at the time overdrawn. The dealer immediately wrote cheques on this account to service his personal debts. The accused argued that he fully intended to carry through his undertaking to get the motorcycle, and failed only in because he was negligent in the operation of his business, in particular, in his expectation that he would shortly get a loan which would ultimately permit him to make good on his undertaking. The Manitoba Court of Appeal rejected this defence, emphasizing that there was nothing negligent or inadvertent in the dealer's use of the purchaser's money to satisfy his personal obligations.

The Ontario Court of Appeal in *R. v. Currie; R. v. Bruce, supra*, dealt with a similar situation in the same fashion. The accused were in the business of investing funds in a certain company, "Water-Eze Products Ltd.", but diverted these funds without notice to the investors to an aviation company known as "Aerobec". There was no question of any misrepresentations. Nor was there any question as to what the accused were authorized to do with the funds given to them. The court, *per* Lacourcière J.A., found that the fact that the accused used the funds in a manner which was not authorized was sufficient grounds for finding that the accused acted dishonestly.

### (ii) Application to this Appeal

In the case at bar, the funds which the accused used to gamble represented the means by which the creditors, who had supplied the goods that produced these funds, could be repaid. The creditors had, to this extent, a pecuniary interest in the monies. The appellant had the legal right to use the funds he obtained from the sale of the goods. In this sense the position of the accused is similar to that of the parties who effected the takeover in *Olan*, or the motorcycle dealer in *Geddes*. It may be, depending on the circumstances, that had he chosen to invest them in the stock market or a real

motocyclette. Après avoir tenté sans trop de conviction d'obtenir la motocyclette désirée, le marchand a déposé l'argent dans son compte bancaire qui était alors à découvert. Il a immédiatement tiré des chèques sur son compte afin de payer ses dettes personnelles. L'accusé a prétendu qu'il comptait pleinement respecter son engagement d'obtenir la motocyclette et qu'il n'avait échoué que parce qu'il avait fait preuve de négligence dans l'exploitation de son commerce, en particulier en espérant obtenir sous peu un prêt qui lui permettrait finalement de respecter son engagement. La Cour d'appel du Manitoba a rejeté ce moyen de défense, soulignant que le marchand n'avait fait preuve d'aucune négligence ou inattention en se servant de l'argent de l'acheteur pour s'acquitter de ses obligations personnelles.

Dans l'arrêt *R. c. Currie; R. c. Bruce*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario s'est prononcée de la même façon sur une situation semblable. Les accusés, dont l'entreprise consistait à investir de l'argent dans une certaine compagnie, la compagnie «Water-Eze Products Ltd.», détournaient cet argent, sans aviser les investisseurs, dans une compagnie d'aviation appelée «Aerobec». Il n'était pas question de fausses déclarations. Aucune question ne se posait non plus quant à l'usage que les accusés pouvaient faire des fonds qui leur étaient versés. La Cour d'appel a conclu, par l'intermédiaire du juge Lacourcière, que le fait que les accusés aient utilisé les fonds d'une façon non autorisée suffisait pour conclure qu'ils avaient agi malhonnêtement.

### (ii) Application au présent pourvoi

En l'espèce, les sommes jouées par l'accusé représentaient le moyen par lequel les créanciers, qui avaient fourni les marchandises ayant rapporté ces sommes, pouvaient être payés. Dans cette mesure, les créanciers avaient un intérêt pécuniaire dans ces sommes d'argent. L'appelant avait le droit d'utiliser le produit de la vente des marchandises. Dans ce sens, sa situation est semblable à celle des parties qui ont réalisé la prise de contrôle dans l'arrêt *Olan*, ou à celle du marchand de motocyclettes dans l'arrêt *Geddes*. Il est possible, tout dépendant des circonstances, que s'il avait choisi

estate venture, he would not be guilty of criminal fraud because in the circumstances it could not be shown that these were amongst the acts prohibited by the offence. As was found in *Olan*, it is not decisive that an accused use monies received in the course of business transactions in a manner which may not be that preferred or selected by his creditors, or those with some other pecuniary interest in the monies.

The appellant did not, however, have an unrestricted right to use these funds as he pleased. In accepting these goods with no concern for payment and in diverting the funds to a non-business, notoriously risky enterprise, he put these funds to a wrongful use. I am satisfied that a reasonable person would regard as dishonest a scheme involving the acceptance of merchandise for resale without concern for repayment and the diversion of the proceeds to a reckless gambling adventure. The distinction is the same as the distinction between a corporate officer using corporate funds for unwise business purposes, which is not fraud, and the diversion of corporate funds to private purposes having nothing to do with business. Unwise business practices are not fraudulent. The wrongful use of money in which others have a pecuniary interest for purposes that have nothing to do with business, may however, in appropriate circumstances, constitute fraud.

The fact that the appellant had legal title to the monies he gambled away does not alter the result. Fraud looks to the substance of the matter. The authorities make it clear that it is unnecessary for a defrauding party to profit from his or her fraud in order to be convicted; it is equally unnecessary that the victims of a fraud suffer actual pecuniary loss in order that the offence be made out: *Olan, supra*; *R. v. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29; *R. v. Smith*, [1963] 1 O.R. 249 (C.A.); *R. v. Knelson and Baran* (1962), 38 C.R. 181 (B.C.C.A.); *Welham v. Director of Public Prosecutions*, [1961] A.C. 103 (H.L.); *R. v. Melnyk* (1947), 90 C.C.C. 257 (B.C.C.A.); *R.*

d'investir ces sommes à la bourse ou dans une opération immobilière, il ne serait pas coupable de fraude criminelle puisque, dans ces circonstances, il ne pourrait être démontré qu'il s'agissait là d'un des actes visés par l'infraction. Comme on l'a conclu dans l'arrêt *Olan*, il n'y a rien de déterminant dans le fait qu'un accusé ait utilisé les sommes reçues dans le cadre d'opérations commerciales d'une façon que ni ses créanciers ni ceux qui ont un autre intérêt pécuniaire dans ces sommes n'auraient privilégiée ou choisie.

L'appellant n'avait toutefois pas le droit absolu d'utiliser ces sommes à sa guise. En acceptant ces marchandises sans se soucier de les payer et en détournant les sommes vers une entreprise non commerciale et notoirement risquée, il a employé ces sommes illégitimement. Je suis convaincu qu'une personne raisonnable considérerait malhonnête d'accepter de la marchandise destinée à la revente sans se préoccuper de la payer pour ensuite jouer témérement le produit de cette revente. La distinction est la même que celle entre un dirigeant d'entreprise qui ne commet pas une fraude en utilisant des fonds de l'entreprise à des fins commerciales peu judicieuses, et celui qui détourne des fonds de l'entreprise à des fins personnelles qui n'ont rien à voir avec l'entreprise. Les pratiques commerciales malavisées ne sont pas dolosives. L'emploi illégitime de l'argent dans lequel d'autres personnes ont un intérêt pécuniaire à des fins qui n'ont rien à voir avec l'entreprise peut toutefois, dans certaines circonstances, constituer une fraude.

Le fait que l'appellant possédait un droit de propriété sur les sommes qu'il a perdues au jeu ne change rien au résultat. La fraude concerne le fond de la question. Il ressort clairement de la jurisprudence que la partie qui commet une fraude n'a pas à en tirer profit pour être déclarée coupable; il n'est pas nécessaire non plus que les victimes d'une fraude subissent une perte pécuniaire réelle pour que l'infraction soit établie: *Olan, précité*; *R. c. Allsop* (1976), 64 Cr. App. R. 29; *R. c. Smith*, [1963] 1 O.R. 249 (C.A.); *R. c. Knelson and Baran* (1962), 38 C.R. 181 (C.A.C.-B.); *Welham c. Director of Public Prosecutions*, [1961] A.C. 103 (H.L.);

*v. Rodrigue, Ares and Nantel* (1973), 17 C.C.C. (2d) 252 (Que. C.A.), and *R. v. Huggett* (1978), 42 C.C.C. (2d) 198 (Ont. C.A.). What is essential is not the formalities of profit or actual pecuniary loss, but that dishonest commercial practices which subject the pecuniary interest of others to deprivation or the risk of deprivation be visited with the criminal sanction. It follows that the fact that the defrauder may have legal title to the property affords no defence; it is not his title, but how he has obtained it and what he does with it that is important.

The requirement of deprivation poses little difficulty on these facts. As the trial judge found, the appellant's fraudulent scheme put the creditors' pecuniary interest at risk. *Olan* establishes that this suffices. As is noted above, this deprivation was perpetrated by dishonest conduct which amounts to "other fraudulent means".

### 3. *The Mens Rea*

The findings of the trial judge establish that the appellant, when he received the goods, did not care whether or not he paid for them, and then proceeded to sell them and divert the money received from their sale to gambling. As is pointed out in *Théroux*, released concurrently, fraud by "other fraudulent means" does not require that the accused subjectively appreciate the dishonesty of his or her acts. The accused must knowingly, i.e., subjectively, undertake the conduct which constitutes the dishonest act, and must subjectively appreciate that the consequences of such conduct could be deprivation, in the sense of causing another to lose his or her pecuniary interest in certain property or in placing that interest at risk.

This accused knew precisely what he was doing and knew that it would have the consequence of putting his creditors' pecuniary interests at risk. It is true that the trial judge made no explicit finding that the accused subjectively appreciated that in gambling he was subjecting the interests of others to the risk of deprivation. However, the trial judge,

*R. c. Melnyk* (1947), 90 C.C.C. 257 (C.A.C.-B.); *R. c. Rodrigue, Ares and Nantel* (1973), 17 C.C.C. (2d) 252 (C.A. Qué.), et *R. c. Huggett* (1978), 42 C.C.C. (2d) 198 (C.A. Ont.). L'important est non pas qu'il y ait profit ou perte pécuniaire réelle, mais que les pratiques commerciales malhonnêtes qui exposent l'intérêt pécuniaire d'autrui à la privation ou au risque de privation fassent l'objet d'une sanction criminelle. Il s'ensuit que la possibilité que le fraudeur ait un droit de propriété sur le bien ne constitue pas un moyen de défense; ce qui importe n'est pas son droit de propriété, mais la façon dont il l'a obtenu et ce qu'il en fait.

L'exigence de privation soulève peu de difficultés d'après ces faits. Comme l'a conclu le juge du procès, l'appelant a, par sa méthode dolosive, mis en péril les intérêts pécuniaires de ses créanciers. D'après l'arrêt *Olan*, il n'en faut pas plus. Comme je l'ai noté précédemment, la privation a résulté d'une conduite malhonnête qui équivaut à un «autre moyen dolosif».

### e 3. *La mens rea*

Il ressort des conclusions du juge du procès que, lorsqu'il a reçu les marchandises, l'appelant ne s'est pas soucié de les payer, et qu'il a ensuite entrepris de les vendre et de détourner le produit de leur vente pour s'adonner au jeu. Comme on le souligne dans l'arrêt *Théroux* rendu simultanément, pour commettre une fraude par un «autre moyen dolosif», il n'est pas nécessaire que l'accusé saisisse subjectivement la malhonnêteté de son acte ou de ses actes. Il doit sciemment, c'est-à-dire subjectivement, adopter la conduite qui constitue l'acte malhonnête, et il doit comprendre subjectivement que cette conduite peut entraîner une privation au sens de faire perdre à une autre personne l'intérêt pécuniaire qu'elle a dans un certain bien ou de mettre en péril cet intérêt.

En l'espèce, l'accusé savait parfaitement ce qu'il faisait et il savait qu'en agissant ainsi il mettrait en péril les intérêts pécuniaires de ses créanciers. Il est vrai que le juge du procès n'a pas conclu expressément que l'accusé a compris subjectivement qu'en s'adonnant au jeu il exposait les intérêts d'autrui au risque de privation. Cepen-

in convicting, must have concluded that the necessary *mens rea* was present. Indeed, it is difficult to see how, on the evidence, he could have concluded otherwise. The cross-examination of the accused shows that, having undertaken an enterprise which amounts to "other fraudulent means" according to the principles set out above, he subjectively appreciated that this enterprise put the pecuniary interest of his creditors at risk. Comments such as the following are typical:

I had a chance to lose but I had a chance to win too, and I believed that my system, [*sic*] I worked on my system, and I can show you the system that I played. The system is [*sic*] a very small possibility to lose, except if the luck is not on your side. And basically it happened that I did lost [*sic*] again.

(C.O.A., at p. 1503. See also pp. 1500, 1504 and 1506-7.)

In short, there is nothing in the evidence which negates the natural inference that when a person gambles with funds in which others have a pecuniary interest he knows that he puts that interest at risk: see *Théroux*, at pp. 18 and 21. On the contrary, the accused expressly acknowledged that he was aware of the risk.

The foregoing establishes the *mens rea*. It is no defence that the accused believed he would win at the casinos and be able to pay his creditors: *R. v. Lemire*, [1965] S.C.R. 174, *Lafrance v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 201, and *Olan*, *supra*.

#### V — Disposition

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed*, LAMER C.J. and SOPINKA J. dissenting.

*Solicitors for the appellant: Shadley, Melançon, Boro, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: André Brochu, Montréal.*

dant, en prononçant un verdict de culpabilité, le juge du procès doit avoir conclu que la *mens rea* nécessaire était présente. En fait, il est difficile, d'après la preuve, de voir comment il aurait pu conclure autrement. Le contre-interrogatoire de l'accusé montre que, s'étant lancé dans une entreprise équivalant à un «autre moyen dolosif» selon les principes énoncés plus haut, il a subjectivement compris que cette entreprise mettait en péril les intérêts pécuniaires de ses créanciers. Des observations comme les suivantes sont typiques:

[TRADUCTION] J'avais une chance de perdre, mais j'en avais aussi une de gagner, et je croyais que ma méthode, j'ai figolé ma méthode, et je puis vous montrer la méthode que j'ai adoptée pour jouer. Elle comporte une très faible possibilité de perdre, sauf si la chance n'est pas de votre côté. Et essentiellement il est arrivé que j'ai encore perdu.

(Dossier, à la p. 1503. Voir aussi les pp. 1500, 1504, 1506 et 1507.)

Bref, il n'y a rien dans la preuve qui écarte la déduction naturelle que la personne qui joue des fonds dans lesquels d'autres personnes ont un intérêt pécuniaire sait qu'elle met en péril cet intérêt: voir *Théroux*, aux pp. 18 et 21. Au contraire, l'accusé a expressément reconnu qu'il était conscient du risque.

Ce qui précède établit l'existence de la *mens rea*. Le fait que l'accusé ait cru qu'il gagnerait aux casinos et serait en mesure de payer ses créanciers ne constitue pas un moyen de défense: *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174, *Lafrance c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 201, et *Olan*, précité.

#### V — Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté*, le juge en chef LAMER et le juge SOPINKA sont dissidents.

*Procureurs de l'appellant: Shadley, Melançon, Boro, Montréal.*

*Procureur de l'intimée: André Brochu, Montréal.*