

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Robert Fitzsimons Milne** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MILNE

File No.: 22161.

1991: November 4; 1992: March 26.

Present: Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Theft — Conversion — Accused's company paid twice for same services — Accused aware that second cheque issued by mistake — Accused depositing second cheque in company's account and writing cheques to himself — Whether accused guilty of theft — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 322(1).*

The accused, through his company, supplied goods and services to H.B. Co., which paid for them by sending the company a cheque. A month later, owing to an error by H.B. Co., a second cheque was issued to the accused's company. Like the first one, the second cheque was deposited by the accused in his company's account. The accused then appropriated the money by writing company cheques in his own favour, reducing the balance of the account to practically nil. Despite leaving repeated messages, a security officer for the H.B. Co. was unable to contact the accused concerning the mistaken payment. The accused was later charged with theft under s. 322(1) of the *Criminal Code* and convicted. A majority of the Court of Appeal set aside the conviction. This appeal is to determine whether, in some circumstances, a transferee may commit theft in respect of property for which the transferor has a right of recovery because of a mistake known to the transferee.

*Held:* The appeal should be allowed.

Where a transferor mistakenly transfers property to a recipient, and the recipient knows of the mistake, property does not pass for the purpose of the criminal law if under the law of property the original transfer is void or

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Robert Fitzsimons Milne** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. MILNE

N<sup>o</sup> du greffe: 22161.

<sup>b</sup>

1991: 4 novembre; 1992: 26 mars.

Présents: Les juges Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

<sup>c</sup>

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

*Droit criminel — Vol — Détournement — Société de l'accusé payée deux fois pour les mêmes services — Second chèque émis par erreur à la connaissance de l'accusé — Second chèque déposé dans le compte de la société par l'accusé qui a ensuite tiré des chèques dont il était lui-même bénéficiaire — L'accusé est-il coupable de vol? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 322(1).*

L'accusé, par l'intermédiaire de sa société, fournissait des biens et services à la Cie B.H. qui les a payés par chèque envoyé à la société. Un mois plus tard, par suite d'une erreur de la Cie B.H., un second chèque a été émis à l'ordre de la société de l'accusé. Comme il l'avait fait dans le cas du premier chèque, l'accusé a déposé ce second chèque dans le compte de sa société. L'accusé s'est ensuite approprié ces fonds en tirant sur le compte de sa société des chèques dont il était lui-même bénéficiaire, ce qui a eu pour effet de presque effacer le solde de ce compte. Un agent de sécurité de la Cie B.H. a été incapable de communiquer avec l'accusé au sujet du paiement erroné, même après avoir laissé plusieurs messages à son intention. L'accusé a, par la suite, été inculpé de vol, en vertu du par. 322(1) du *Code criminel*, et déclaré coupable. La Cour d'appel à la majorité a annulé la déclaration de culpabilité. Ce pourvoi vise à déterminer si, dans certaines circonstances, un cessionnaire peut commettre un vol relativement à un bien à l'égard duquel le cédant jouit d'un droit de recouvrement en raison d'une erreur connue du cessionnaire.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Lorsqu'un bien est erronément cédé à une personne qui connaît l'erreur, il n'y a pas de transfert de propriété aux fins du droit criminel si, en droit des biens, le transfert initial est nul ou simplement annulable et que le

voidable and the transferor has a right of recovery. The distinction between void and voidable transfers has no purpose in the context of the criminal law. In either case, where the law of property provides at least a right of recovery, property does not pass for the purpose of the criminal law. If the recipient then converts the property to his own use, fraudulently and without colour of right, and with intent to deprive the transferor of the property, he is guilty of theft.

In the present case, the conviction should be restored. The trial judge found that the accused was aware that the second cheque had been issued to his company by mistake. Therefore, property in the cheque did not pass to his company for the purpose of the criminal law. The trial judge also found that the accused's actions in depositing the second cheque in his company's account and then withdrawing the money amounted to converting that money to his own use with intent to deprive the H.B. Co. of its property. This conversion was done fraudulently and without colour of right, since the accused was aware that the cheque had been issued by mistake.

#### Cases Cited

**Overruled:** *R. v. Dawood*, [1976] 1 W.W.R. 262; **referred to:** *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963; *Brochu v. The King* (1950), 10 C.R. 183; *R. v. Johnson*, [1978] 6 W.W.R. 97.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 322(1).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1990), 109 A.R. 268, 77 Alta. L.R. (2d) 1, 59 C.C.C. (3d) 372, [1991] 1 W.W.R. 385, allowing the accused's appeal from his conviction on a theft charge. Appeal allowed.

*Paul C. Bourque*, for the appellant.

*Larry L. Ross*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—This case concerns the application of the principles of the law of property to the

cédant jouit d'un droit de recouvrement. La distinction entre les transferts nuls et ceux susceptibles d'annulation n'a pas de raison d'être dans le contexte du droit criminel. Dans l'un ou l'autre cas, lorsque le droit des biens accorde au moins un droit de recouvrement, la propriété n'est pas transférée aux fins du droit criminel. Si le cessionnaire détourne alors le bien à son propre usage, frauduleusement et sans apparence de droit, dans l'intention d'en priver le cédant, il se rend coupable de vol.

En l'espèce, il y a lieu de rétablir la déclaration de culpabilité. Le juge du procès a conclu que l'accusé savait que c'était par erreur que le second chèque avait été émis à l'ordre de sa société. Par conséquent, la propriété du chèque en cause n'a pas été transférée à la société de l'accusé aux fins du droit criminel. Le juge du procès a conclu en outre qu'en déposant le second chèque dans le compte de sa société pour ensuite retirer l'argent, l'accusé a détourné les fonds à son propre usage dans l'intention d'en priver la Cie B.H. Ce détournement a été fait frauduleusement et sans apparence de droit, car l'accusé savait que le chèque avait été émis par erreur.

#### e Jurisprudence

**Arrêt écarté:** *R. c. Dawood*, [1976] 1 W.W.R. 262; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963; *Brochu c. The King* (1950), 10 C.R. 183; *R. c. Johnson*, [1978] 6 W.W.R. 97.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 322(1).

g  
h  
i  
j  
POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1990), 109 A.R. 268, 77 Alta. L.R. (2d) 1, 59 C.C.C. (3d) 372, [1991] 1 W.W.R. 385, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre le verdict de culpabilité rendu contre lui relativement à une accusation de vol. Pourvoi accueilli.

*Paul C. Bourque*, pour l'appelante.

*Larry L. Ross*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—La présente affaire concerne l'application des principes du droit des biens

law of theft, specifically, whether in some circumstances a transferee may commit theft in respect of property for which the transferor has a right of recovery because of a mistake known to the transferee.

### I—Facts and Procedural History

Mr. Milne, through his company National Electronics Security Inc., supplied goods and services to the Hudson's Bay Co. An account for \$16,981 was paid by the Hudson's Bay Co., by sending the company a cheque in that amount which Mr. Milne deposited into his company's account. A month later, due to an error by the Hudson's Bay Co., a second cheque for \$16,981 was received and deposited by Mr. Milne into his company's account. Mr. Milne then appropriated the money by writing company cheques in his own favour. These cheques were certified by Mr. Milne, and reduced the balance of his company's account to practically nil. Mr. Milne had sole signing authority for the company account. A security officer for the Hudson's Bay Co. was unable to contact Mr. Milne concerning the mistaken payment, despite leaving repeated messages.

The question of whether a theft occurred in this case is governed by s. 322(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which states:

322. (1) Every one commits theft who fraudulently and without colour of right takes, or fraudulently and without colour of right converts to his use or to the use of another person, anything, whether animate or inanimate, with intent,

(a) to deprive, temporarily or absolutely, the owner of it, or a person who has a special property or interest in it, of the thing or of his property or interest in it;

(b) to pledge it or deposit it as security;

(c) to part with it under a condition with respect to its return that the person who parts with it may be unable to perform; or

en matière de vol. Plus précisément, il s'agit de déterminer si, dans certaines circonstances, un cessionnaire peut commettre un vol relativement à un bien à l'égard duquel le cédant jouit d'un droit de recouvrement en raison d'une erreur connue du cessionnaire.

### I—Les faits et les procédures

Monsieur Milne, par l'intermédiaire de sa société National Electronics Security Inc., fournissait des biens et services à la Compagnie de la Baie d'Hudson. Cette dernière a réglé, par chèque envoyé à ladite société, un compte de 16 981 \$, chèque que M. Milne a fait porter au crédit du compte de sa société. Un mois plus tard, par suite d'une erreur de la Compagnie de la Baie d'Hudson, M. Milne a reçu un second chèque de 16 981 \$ qu'il a également déposé dans le compte de sa société. Monsieur Milne s'est alors approprié ces fonds en tirant sur le compte de sa société des chèques dont il était lui-même bénéficiaire. Ces chèques, que M. Milne avait fait certifier, ont eu pour effet de presque effacer le solde de ce compte, pour lequel M. Milne était l'unique signataire autorisé. Un agent de sécurité de la Compagnie de la Baie d'Hudson a été incapable de communiquer avec M. Milne au sujet du paiement erroné, même après avoir laissé plusieurs messages à son intention.

Quant à savoir s'il y a eu vol en l'espèce, c'est là une question qui relève du par. 322(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui est ainsi conçu:

322. (1) Commet un vol quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit, ou détourne à son propre usage ou à l'usage d'une autre personne, frauduleusement et sans apparence de droit, une chose quelconque, animée ou inanimée, avec l'intention:

a) soit de priver, temporairement ou absolument, son propriétaire, ou une personne y ayant un droit de propriété spécial ou un intérêt spécial, de cette chose ou de son droit ou intérêt dans cette chose;

b) soit de la mettre en gage ou de la déposer en garantie;

c) soit de s'en dessaisir à une condition, pour son retour, que celui qui s'en dessaisit peut être incapable de remplir;

(d) to deal with it in such a manner that it cannot be restored in the condition in which it was at the time it was taken or converted.

The trial judge concluded that Mr. Milne knew that the second cheque had been issued to his company by mistake, and given this knowledge, his actions in depositing it and then withdrawing the money constituted a conversion.

It seems to me that the only inference to be drawn from these circumstances is that [Mr. Milne] knew that the money received by the issuing of the second cheque had been paid in error, and that the funds should not have been deposited to this account. In my view the actions of [Mr. Milne] who had knowledge of these circumstances in writing cheques on the numbered account which contained funds that should not have been in that account constituted theft.

Further, he held that Mr. Milne had performed this conversion fraudulently, and without colour of right, with the result that he was guilty of theft.

This decision was overturned by a majority of the Court of Appeal: (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 1, 109 A.R. 268, 59 C.C.C. (3d) 372, [1991] 1 W.W.R. 385 (hereinafter cited to Alta. L.R.). Côté J.A. observed that whatever the intent of Mr. Milne, he could not commit theft if the Hudson's Bay Co. did not retain a property interest in the money it mistakenly paid to Mr. Milne's company. He then examined the law of property with respect to payment under mistake and noted that in some cases such a payment transfers property, while in others it does not. After analyzing the cases, Côté J.A. came to the view that whether property passes despite mistake depends on the kind of mistake which has been made. If the mistake has to do with the object of the transfer, or its recipient, then property does not pass. However, if the transferor gives the intended object to the intended recipient, property does pass, even if the intention itself was based on a mistake (at p. 20):

Property passes if, and only if, the transferor gives the very object he believes and intends to the very person he believes and intends. That is so whether or not his will-

d) soit d'agir à son égard de telle manière qu'il soit impossible de la remettre dans l'état où elle était au moment où elle a été prise ou détournée.

a Le juge du procès conclut que M. Milne savait que le second chèque à l'ordre de sa société avait été émis par erreur, et que, vu cette connaissance, il a commis un détournement en le déposant pour ensuite retirer l'argent.

b [TRADUCTION] Il me semble que la seule conclusion à tirer de ces circonstances est que [M. Milne] savait que la somme reçue par suite de l'émission du second chèque avait été payée par erreur et qu'elle n'aurait pas dû être déposée dans ce compte. Selon moi, [M. Milne], qui était au courant de ces circonstances, a commis un vol en tirant des chèques sur le compte numéroté contenant des fonds qui n'auraient pas dû y être déposés.

d Le juge du procès dit, en outre, que M. Milne a effectué ce détournement frauduleusement et sans apparence de droit, et qu'il a ainsi commis un vol.

e Cette décision est infirmée par la Cour d'appel à la majorité: (1990), 77 Alta. L.R. (2d) 1, 109 A.R. 268, 59 C.C.C. (3d) 372, [1991] 1 W.W.R. 385 (ci-après cité au Alta. L.R.). Le juge Côté fait remarquer en effet que, quelle qu'ait pu être l'intention de M. Milne, il ne pouvait commettre de vol si la Compagnie de la Baie d'Hudson ne conservait pas un droit de propriété sur l'argent qu'elle avait erronément versé à la société de M. Milne. Il examine ensuite les règles du droit des biens applicables aux paiements faits par erreur et constate que, dans certains cas, un tel paiement emporte transfert de propriété, alors que, dans d'autres cas, il n'a pas cet effet. Après avoir analysé la jurisprudence, le juge Côté arrive à la conclusion que la réponse à la question de savoir s'il y a transfert de propriété en dépit de l'erreur, dépend du genre d'erreur commise. Si l'erreur porte sur l'objet du transfert ou sur le cessionnaire, la propriété n'est pas transférée. Si, toutefois, le cédant remet le bon objet à la bonne personne, il y a alors transfert de propriété, même si l'intention elle-même était fondée sur une erreur (à la p. 20):

j [TRADUCTION] Il n'y a transfert de propriété que si le cédant remet l'objet même qu'il croit remettre et a l'intention de remettre à la personne même à qui il croit le

ingness and decision to do so stem from fraud, forgetfulness, or spontaneous mistake, so long as the chattel and the recipients are the ones he intends. But if he mixes up recipients, or mixes up property, and gets the wrong chattel or wrong recipient, no property passes. That is so whatever caused his mistake, be it fraud or mishap.

Here the Hudson's Bay Co. intended to issue a cheque to National, and issued it just as intended with National as payee. They intended to deliver it to National, and got it into the hands of National. They intended National to negotiate it and keep the proceeds, and National did so. The Hudson's Bay Co. did not confuse payees or property. The Hudson's Bay Co. succeeded: they got the property intended into the hands of the intended recipient. They knew, but forgot or overlooked, that they did not have to do so. Property passed. The Hudson's Bay Co. gained a civil cause of action for a like sum, but lost property in the cheque and its proceeds. Neither [the respondent] nor his company National did anything to induce that payment.

Since in the present case, it was the intention of the Hudson's Bay Co. to transfer property in the proceeds of the second cheque to Mr. Milne, property did in fact pass. The fact that this intention was based on the mistaken belief that the Hudson's Bay Co. owed Mr. Milne the money did not prevent the passing of money, though it created a civil cause of action for its return.

Côté J.A. noted that the nature and validity of the underlying contractual relationship were quite irrelevant to the question whether property passed through the second cheque (at p. 20):

And I agree that the test here is not whether there is operative mistake making void a contract. (No one here suggests property was to pass or not pass by contract. It

remettre et a l'intention de le remettre. C'est le cas indépendamment du fait que sa volonté et sa décision de le faire aient pu résulter d'une fraude, d'un oubli ou d'une erreur spontanée, pour peu que le bien et les cessionnaires soient ceux sur lesquels porte son intention. Mais s'il se trompe quant aux cessionnaires ou quant aux biens à céder et cède en conséquence, le mauvais bien ou fait la cession à la mauvaise personne, la propriété n'est pas transférée. Il en est ainsi quelle que soit la cause de son erreur, qu'elle résulte d'une fraude ou d'un accident.

En l'espèce, la Compagnie de la Baie d'Hudson avait l'intention d'émettre un chèque à l'ordre de National et en a effectivement émis un à l'ordre de National, conformément à son intention. Elle avait l'intention de le remettre à National et elle le lui a fait tenir. Elle voulait que National négocie le chèque et en conserve le produit, ce que National a fait. La Compagnie de la Baie d'Hudson ne s'est trompée ni quant au bénéficiaire ni quant à l'article en question. La Compagnie de la Baie d'Hudson a réussi: elle a fait parvenir le bon article à la bonne personne. Elle savait qu'elle n'y était pas tenue, mais a oublié ou négligé ce fait. La propriété a été transférée. La Compagnie de la Baie d'Hudson a acquis le droit d'intenter une action civile en recouvrement d'une somme identique, mais a perdu son droit de propriété sur le chèque et son produit. Ni [l'intimé] ni sa société National n'a agi de manière à l'inciter à faire ce paiement.

Puisqu'en l'espèce la Compagnie de la Baie d'Hudson avait l'intention de transférer à M. Milne la propriété du produit du second chèque, il y a eu effectivement transfert de propriété. Ce n'est pas parce que cette intention reposait sur la croyance erronée que la Compagnie de la Baie d'Hudson devait cet argent à M. Milne qu'il n'y a pas eu transfert de la propriété de l'argent, quoique cela ait fait naître une cause d'action civile en recouvrement de ladite somme.

Le juge Côté souligne que la nature et la validité de la relation contractuelle sous-jacente n'avaient absolument rien à voir avec la question de savoir si le second chèque opérait un transfert de propriété (à la p. 20):

[TRADUCTION] Et je conviens que le critère à appliquer dans la présente affaire ne consiste pas à se demander s'il y a une erreur qui a pour effet de rendre nul un con-

was to pass or not pass by wording the payee of the cheque and by mere delivery.)

Having set out the civil law relating to property in this manner, Côté J.A. observed that it was not imperative that the civil law relating to property and the criminal law relating to theft should accord completely. However, any other result would lead to anomalies. Indeed, commercial practicality pointed in the same direction as the civil legal principles. For instance, the ongoing web of payments between two companies is often complex and overpayments and allegation of overpayment are common. Côté J.A. noted that if mistaken overpayment did not transfer property, a new kind of preference in bankruptcy would exist that had not been noticed before. Côté J.A. also noted that the most commercially practical response to the receipt of a mistakenly paid cheque may often be to deposit it and then arrange for a refund cheque to be issued. If property never passes in the first place, even this could amount to theft.

Côté J.A. rejected any application of trust principles or the law of conversion to this case (at p. 21):

In this case there is no question of a "special property". On anyone's view, all property passed to National or none of it did. Here there was no bailment, conditional sales contract, trust, or other split property, in the eyes of criminal law or civil law. The Hudson's Bay Co. did not retain any property interest of any kind: *Barclay's Bank v. Simms*. . . .

Nothing turns here on conversion. The doctrine extends the common law notion of what is a taking, and extends theft to cover those who already have possession. It does nothing to change whether property passes

trat. (Personne ne prétend en l'espèce que le transfert de propriété devait se faire ou ne pas se faire au moyen d'un contrat. Il devait plutôt se faire ou ne pas se faire par l'inscription du nom du bénéficiaire sur le chèque et par simple remise de celui-ci.)

Ayant ainsi exposé les règles de droit civil relatives aux biens, le juge Côté fait observer qu'il n'est pas impérieux que le droit civil en matière de biens et le droit criminel en matière de vol s'accordent complètement. Il en découlerait toutefois des anomalies s'il en était autrement. De fait, selon le juge Côté, la réalité commerciale tend vers le même résultat que les principes de droit civil. Par exemple, les règlements des comptes qui ont constamment lieu entre deux sociétés sont souvent complexes et les paiements excédentaires, ainsi que les allégations de paiement excédentaire, sont fréquents. Le juge Côté a noté que si un paiement en trop effectué par erreur n'opérait pas un transfert de propriété, il existerait alors en matière de faillite un nouveau type de privilège du créancier, dont on ne s'était pas rendu compte auparavant. Le juge Côté ajoute que, du point de vue commercial, la mesure la plus pratique à prendre sur réception d'un chèque émis par erreur peut souvent être de le déposer pour ensuite faire tirer un chèque de remboursement. Or, si, au départ, il n'y a aucun transfert de propriété, même une telle mesure pourrait constituer un vol.

Le juge Côté rejette l'application des principes de la fiducie ou du droit en matière de détournement en l'espèce (à la p. 21):

[TRADUCTION] En l'espèce, il n'est nullement question d'un «droit de propriété spécial». Tous s'accordent en effet pour dire soit que la propriété a été transférée en totalité à National, soit qu'elle n'a pas été transférée du tout. Dans le présent cas, il n'y a eu, du point de vue du droit criminel ou du droit civil, aucun dépôt, aucun contrat de vente conditionnelle, aucune fiducie ni aucune autre forme de démembrement de propriété. La Compagnie de la Baie d'Hudson ne conservait aucun droit de propriété quel qu'il soit: *Barclay's Bank c. Simms*. . . .

La notion de détournement n'est pas pertinente en l'espèce. Elle élargit la portée du verbe «prendre» en common law tout en étendant la portée du vol de manière à englober les personnes déjà en possession du

or does not pass. Nor does it affect who is the owner whose goods are taken or converted.

Finally, Côté J.A. noted that while Mr. Milne was certainly dishonest in his dealings with the second cheque, this particular form of dishonesty did not amount to theft, and could be dealt with in a number of other ways under the *Criminal Code*.

For these reasons, the majority in the Court of Appeal allowed the appeal, and set aside the conviction.

In dissent, McClung J.A. disagreed with the majority's conclusion that property in the proceeds of the second cheque had passed in law to Mr. Milne. According to him, the law of unilateral mistake intervened on behalf of the Hudson's Bay Co. and avoided the transaction. Because the Hudson's Bay Co. tendered the sum of \$16,981 for services that had been paid for earlier, it was mistaken as to a fundamental term of the transaction, and this mistake was recognized by Mr. Milne. "On those facts the contract was not merely voidable, but void, and no rights could be created by it" (p. 6). Hence no title to the funds was passed.

McClung J.A. also held that a "special property or interest" in the funds pursuant to s. 322(1)(a) of the *Code* had been retained by the Hudson's Bay Co. According to him, such an interest may derive from the nature of the transaction between the payer and the recipient of the funds. Applying those principles to the facts, he concluded that the funds had been entrusted to Mr. Milne, through his company, for the payment of the services earlier rendered. These services had already been paid and were known to have been paid, and therefore, the proceeds of the cheque remained impressed with a

bien en question. Elle ne change rien en ce qui concerne la question de savoir s'il y a eu ou non transfert de propriété, pas plus qu'elle n'est déterminante quant à savoir qui est le propriétaire des biens qui ont été pris ou détournés.

Le juge Côté souligne enfin que M. Milne a certes agi malhonnêtement en ce qui concerne le second chèque, mais que cette forme particulière de malhonnêteté ne constitue pas un vol et qu'il existe, aux termes du *Code criminel*, plusieurs autres façons de la sanctionner.

Pour ces motifs, la Cour d'appel, à la majorité, accueille l'appel et annule la déclaration de culpabilité.

Le juge McClung, dissident, ne partage pas la conclusion des juges majoritaires que, du point de vue juridique, la propriété du produit du second chèque a été transférée à M. Milne. D'après lui, la règle de droit relative à l'erreur unilatérale s'applique en faveur de la Compagnie de la Baie d'Hudson et entraîne la nullité de l'opération. Comme la Compagnie de la Baie d'Hudson avait offert la somme de 16 981 \$ pour des services déjà payés, elle s'était trompée au sujet d'une condition essentielle de l'opération et M. Milne a reconnu cette erreur. [TRADUCTION] «Dans ces circonstances, le contrat n'était pas simplement susceptible d'annulation; il était entaché de nullité et ne pouvait faire naître aucun droit» (p. 6). Il n'y a donc pas eu de transfert de la propriété des fonds en question.

Le juge McClung statue également que la Compagnie de la Baie d'Hudson a conservé dans les fonds un «droit de propriété spécial ou un intérêt spécial» au sens de l'al. 322(1)(a) du *Code*. Selon lui, un tel droit ou intérêt peut découler de la nature de l'opération intervenue entre la personne qui verse les fonds et celle qui les reçoit. Appliquant ces principes aux faits de l'espèce, il conclut que les fonds ont été confiés à M. Milne, par l'intermédiaire de sa société, pour le paiement de services rendus antérieurement. Or, ceux-ci avaient déjà été payés et on le savait, si bien que le produit du chèque faisait l'objet d'une fiducie qui conférait à la Compagnie de la Baie d'Hudson un intérêt à

trust, freezing a beneficial and special interest in the funds in the Hudson's Bay Co.

## II—Analysis

Mr. Milne could not be convicted of theft on the basis of his having taken something from the Hudson's Bay Co. The cheque was in the possession of Mr. Milne, through his company, without any taking on his part. Therefore, Mr. Milne can only be convicted of theft if he fraudulently and without colour of right converted the money to his use with the intent to deprive the Hudson's Bay Co. of its property or "special property or interest" in it. It is the doctrine of conversion which covers a case such as this one where the initial possession of the thing in question was gained without a taking.

In determining whether Mr. Milne converted the money to his own use, the key issue is whether the Hudson's Bay Co. in fact retained an interest in the money after possession had been transferred to Mr. Milne, due to Mr. Milne's knowledge of its mistake. The majority in the Court of Appeal carefully analyse this issue on the basis of the law of property. Côté J.A. noted that there is a distinction in property cases between circumstances in which a mistake operates to void a transaction *ab initio*, so that property never passes, and other circumstances in which the mistake merely renders the transaction voidable, which entitles the grieved party to a remedy, either in damages or by way of constructive trust, but does not prevent the initial transfer of property.

As noted above, Côté J.A. held that this distinction turns on the kind of mistake made by the transferor. If the mistake relates to the identity of the object or the recipient, then the transfer is void. If the mistake instead relates to the reason for the transfer, it is voidable. In this case, since the Hudson's Bay Co.'s mistake related to the reason for

titre bénéficiaire et un intérêt spécial dans ces fonds.

## II—Analyse

Monsieur Milne ne pouvait être reconnu coupable de vol pour avoir pris quelque chose à la Compagnie de la Baie d'Hudson. Il est entré en possession du chèque par l'intermédiaire de sa société, sans avoir pris quelque chose. D'où il s'ensuit que M. Milne ne peut être déclaré coupable de vol que s'il a, frauduleusement et sans apparence de droit détourné l'argent à son propre usage dans l'intention de priver la Compagnie de la Baie d'Hudson de son bien ou de son «droit de propriété spécial ou [...] intérêt spécial» sur ce bien. C'est la théorie du détournement qui s'applique donc à un cas comme celui-ci, où la possession de l'article en question a été acquise, au départ, sans que l'on ait pris quelque chose.

Pour déterminer si M. Milne a détourné l'argent à son propre usage, la question fondamentale est de savoir si, en raison de la connaissance qu'avait M. Milne de l'erreur commise par la Compagnie de la Baie d'Hudson, cette dernière a effectivement conservé un intérêt dans l'argent après que M. Milne en eut acquis la possession. Les juges majoritaires en Cour d'appel analysent soigneusement cette question en fonction du droit des biens. Le juge Côté fait remarquer en effet que la jurisprudence dans le domaine des biens fait une distinction entre les circonstances où une erreur a pour effet de rendre nulle *ab initio* une opération, de sorte qu'il n'y a aucun transfert de propriété, et d'autres circonstances où l'erreur ne fait que rendre l'opération susceptible d'annulation, ce qui donne à la partie lésée droit à un redressement sous forme de dommages-intérêts ou par voie de fiducie par interprétation, mais qui n'empêche pas pour autant le transfert initial de propriété.

Comme je l'ai indiqué plus haut, le juge Côté conclut que cette distinction tient au genre d'erreur commise par le cédant. Si l'erreur porte sur l'objet du transfert ou sur le cessionnaire, le transfert est nul. Si, par contre, l'erreur se rapporte au motif du transfert, celui-ci est annulable. En l'espèce, puisque l'erreur de la Compagnie de la Baie d'Hudson

the transfer, not the object or the recipient, the transfer was merely voidable.

The Crown objects to Côté J.A.'s analysis of the distinction between void and voidable transfers on the basis that such an analysis ought to focus on the owner's subjective intention, rather than his objective intention. To focus on objective intent is said to be inconsistent with the general principle of the criminal law, which is to examine subjective intent.

This is, however, a misconception of the distinction identified by Côté J.A. This distinction does not turn on the difference between objective and subjective intent. In speaking of the intent of the transferor, it is clear that Côté J.A. means subjective, not objective intent. For instance, Côté J.A. considers that when a bank mistakenly deposits money into the wrong person's account, this is a mistake which prevents property from passing. Yet the objective intent, visible to the outside observer, would be to pass property. It is the subjective intent not to do so which is relevant, according to Côté J.A.

In this case, both the subjective and objective intention of the Hudson's Bay Co. was to pass property in the cheque. What the Crown identifies as the subjective intent not to pass property relates instead, in terms of the criminal law, to the motive for the transaction. In this case, the motive of the Hudson's Bay Co. was to pay Mr. Milne's company for services rendered. Of course, this motivation was based on an error, in that payment had already been made, yet given this error the Hudson's Bay Co. fully intended for property in the second cheque to pass to Mr. Milne's company. The law of property creates a right of recovery because of the particular character of the mistaken motive in this case. However, this does not mean that the Hudson's Bay Co. did not intend property to pass.

portait sur le motif du transfert plutôt que sur l'objet de ce transfert ou sur le cessionnaire, le transfert était simplement susceptible d'annulation.

Le ministère public conteste l'analyse que le juge Côté fait de la distinction entre les transferts nuls et les transferts annulables, en alléguant que cette analyse devrait porter sur l'intention subjective du propriétaire plutôt que sur son intention objective. On soutient que se concentrer sur l'intention objective va à l'encontre du principe général du droit criminel, qui veut que soit prise en considération l'intention subjective.

Il s'agit toutefois là d'une conception erronée de la distinction faite par le juge Côté. Cette distinction n'est aucunement tributaire de la différence entre l'intention objective et l'intention subjective. Il est évident que l'intention du cédant dont parle le juge Côté est son intention subjective et non pas objective. Le juge Côté estime, par exemple, que si une banque dépose erronément de l'argent dans le compte de la mauvaise personne, cette erreur vient empêcher le transfert de propriété. Pourtant, l'intention objective, du point de vue d'un observateur étranger à l'opération, serait de transférer la propriété. Selon le juge Côté, ce qui compte à ce moment-là c'est l'intention subjective de ne pas le faire.

En l'espèce, la Compagnie de la Baie d'Hudson avait l'intention subjective et objective de transférer la propriété du chèque. Ce que le ministère public qualifie d'intention subjective de ne pas transférer la propriété se rapporte plutôt, sur le plan du droit criminel, au motif de l'opération. Dans le présent cas, le motif de la Compagnie de la Baie d'Hudson était de payer des services rendus par la société de M. Milne. Ce motif reposait évidemment sur une erreur puisque le paiement avait déjà été fait. Pourtant, compte tenu de cette erreur, la Compagnie de la Baie d'Hudson avait la ferme intention de transférer la propriété du second chèque à la société de M. Milne. Et le droit des biens confère un droit de recouvrement en raison de la nature particulière du motif erroné en l'espèce. Cela ne veut cependant pas dire que la Compagnie de la Baie d'Hudson n'avait pas l'intention de transférer le droit de propriété.

Therefore, the nature of the distinction identified by Côté J.A. is not contrary to the general precepts of criminal law. Indeed, there is a sense in which it is consonant with those precepts, in so far as it focuses upon intent as distinguished from motive. However, assuming that the method by which Côté J.A. distinguishes between void and voidable mistaken transfers is correct, be it from the point of view of property law or criminal law, there remains the logically prior question as to whether the distinction itself is necessary or has any purpose in the context of the criminal law. As can be seen in *R. v. Stewart*, [1988] 1 S.C.R. 963, issues surrounding the law of property may look very different in the context of the criminal law than in the context of the civil law, where the purposes of these two branches of law differ.

The purpose of the distinction between void and voidable in the context of the law of property is largely (though perhaps not exclusively) to protect innocent third parties who have relied on the legitimacy of the transaction which has apparently taken place. Such a purpose has no analogue in the criminal law. The criminal law is concerned with the guilt or innocence of the accused, and to this end focuses on the actions and knowledge of the accused. The criminal law does not affect the interests of third parties in the way that the law of property can. The fact that Mr. Milne in a case such as this may face criminal sanction for his acts would not affect the property claim of an innocent third party to whom the property had passed in the meantime.

Indeed, it would be perfectly consistent with the purposes and traditions of the criminal law to focus on the knowledge of the accused in order to determine whether property had passed. This conclusion is consistent with some of the prior cases dealing with this issue. In *Brochu v. The King* (1950), 10 C.R. 183 (Que. K.B.), the accused was

La nature de la distinction relevée par le juge Côté ne va donc nullement à l'encontre des préceptes généraux du droit criminel. En fait, cette distinction est, dans un sens, en accord avec ces préceptes dans la mesure où elle est axée sur l'intention plutôt que sur le motif. Dans l'hypothèse toutefois où la méthode par laquelle le juge Côté fait la distinction entre les transferts erronés entachés de nullité et ceux qui sont susceptibles d'annulation soit la bonne, que ce soit du point de vue du droit des biens ou du droit criminel, il reste qu'il convient, en toute logique, de se demander préalablement si la distinction elle-même est nécessaire ou si elle a sa raison d'être dans le contexte du droit criminel. Comme l'indique l'arrêt *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, les questions touchant le droit des biens peuvent, dans le contexte du droit criminel, se présenter sous un aspect tout à fait différent de celui sous lequel elles se présentent dans le contexte du droit civil, lorsque ces deux branches du droit diffèrent quant à leurs objets.

La distinction entre nul et annulable, en droit des biens, vise dans une large mesure (quoique peut-être non exclusivement) à protéger les tiers innocents qui se sont fiés à la légitimité de l'opération qui semble avoir eu lieu. Cet objet n'a pas de pendant en droit criminel. En droit criminel, on se préoccupe de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, de sorte que l'accent est mis sur les actes et la connaissance de ce dernier. Le droit criminel n'a pas, sur les intérêts de tiers, l'incidence que peut avoir le droit des biens. Le fait que M. Milne puisse, dans une affaire comme celle qui nous occupe, être exposé à une sanction pénale à cause de ses actes n'aurait aucune incidence sur la réclamation, fondée sur le droit des biens, d'un tiers innocent à qui la propriété avait été transférée dans l'intervalle.

En fait, il serait parfaitement conforme aux objets et aux traditions du droit criminel de se concentrer sur la connaissance de l'accusé aux fins de décider s'il y a eu transfert de propriété. Cette conclusion est d'ailleurs compatible avec la jurisprudence antérieure portant sur cette question. Dans l'affaire *Brochu c. The King* (1950), 10 C.R. 183

overpaid by \$1,000 when cashing a cheque. When the error was pointed out to him, the accused denied that he had received the extra funds, and attempted to use those funds in a number of ways. In deciding that the accused was guilty of theft, Marchand J. focused on the accused's knowledge of the bank's mistake, rather than the nature of that mistake (at pp. 191-92):

[TRANSLATION] I italicize the words "*taking or converting to the use*", the very clear meaning of which goes far beyond the discussions of the common law, and I see in them that anyone who has received, through the unilateral error of an owner, a thing to which he has no right, and decides to convert it to his own use, to keep it, when the mistake that has given it to him is pointed out to him, creates for himself a fraudulent title, *takes* fraudulently and without colour of right, with intent to deprive the owner, with full *animus furandi*, and makes himself guilty of the theft of this thing.

In the case of *R. v. Johnson*, [1978] 6 W.W.R. 97 (Man. C.A.), the majority also focuses on the accused's knowledge of the mistake, rather than the type of mistake. In that case, funds were mistakenly deposited by a bank into the accused's account, and the accused, knowing that he was not entitled to them, withdrew and spent the funds. Monnin J.A. found that spending the money constituted conversion, and the knowledge of the mistake was sufficient to make this theft (at p. 99):

Under the plain ordinary interpretation that would be made by any citizen and under the plain legal interpretation of s. 283 of the Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, which defines theft, even if the accused's conduct in taking something which he very well knew was not his may not by itself have amounted to theft, his conduct in then fraudulently and without colour of right converting that money to his own use certainly constituted theft. The accused was not entitled to this sum of money and he very well knew it: "I almost flipped out". In my view that is all that is required to make this conversion of the money a theft for which the accused ought to have been found guilty.

Both of these cases can be reconciled with the approach suggested by the majority in the Court of

(B.R. Qué.), l'accusé a reçu 1 000 \$ de trop quand il a encaissé un chèque. Au moment où l'erreur lui a été signalée, l'accusé a nié avoir reçu la somme supplémentaire, et il a tenté d'utiliser ces fonds de différentes façons. En concluant que l'accusé était coupable de vol, le juge Marchand s'est appuyé sur le fait que l'accusé était au courant de l'erreur de la banque plutôt que sur la nature de cette erreur (à la p. 187):

Je souligne les mots «*s'approprier ou de convertir à son usage*» dont le sens très clair va beaucoup au delà des discussions du droit commun. Et j'y vois que celui qui a reçu par l'erreur unilatérale d'un propriétaire une chose à laquelle il n'a aucun droit, s'il décide de la convertir à son usage, de la garder, quand l'erreur qui la lui a donnée lui est signalée, se fait à lui-même un titre frauduleux, se *l'approprie* frauduleusement et sans apparence de droit dans l'intention d'en priver le propriétaire, avec plein *animus furandi*, et se rend coupable du vol de cette chose.

Dans l'affaire *R. c. Johnson*, [1978] 6 W.W.R. 97 (C.A. Man.), les juges majoritaires se sont également concentrés sur la connaissance qu'avait l'accusé de l'erreur plutôt que sur le type d'erreur. Il s'agit là d'un cas où une banque avait erronément déposé des fonds dans le compte de l'accusé et où ce dernier, tout en sachant qu'il n'y avait pas droit, les avait retirés et dépensés. Le juge Monnin de la Cour d'appel a conclu que le fait de dépenser l'argent constituait un détournement et que la connaissance de l'erreur suffisait pour en faire un vol (à la p. 99):

[TRADUCTION] Selon l'interprétation ordinaire que donnerait n'importe quel citoyen et selon l'interprétation juridique littérale de l'art. 283 du Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui définit le vol, même si le fait pour l'accusé de prendre une chose qui, il le savait pertinemment, ne lui appartenait pas n'équivalait peut-être pas en soi à un vol, sa conduite subséquente en détournant l'argent à son propre usage, frauduleusement et sans apparence de droit, constituait certainement un vol. L'accusé n'avait pas droit à cet argent et il le savait pertinemment. «Je n'en croyais presque pas mes yeux», a-t-il dit. À mon avis, c'est tout ce qu'il faut pour faire de ce détournement des fonds un vol qui aurait dû valoir à l'accusé une déclaration de culpabilité.

Ces deux arrêts sont certes conciliables avec l'approche proposée, en l'espèce, par la Cour d'ap-

Appeal, but are more obviously consistent with a focus on the knowledge of the accused.

However, the case of *R. v. Dawood*, [1976] 1 W.W.R. 262 (Alta. S.C., App. Div.), must be overruled if the knowledge of the accused is to be the critical factor. In *Dawood*, the accused switched price tags on merchandise, and then presented the altered merchandise to a cashier for payment. The majority in the Court of Appeal saw this as an offer to purchase the merchandise for the altered price, which offer was accepted by the cashier. The transaction was therefore voidable, not void, and property had passed. In light of the accused's knowledge of the mistake made by the cashier, property would not have passed for the purpose of the criminal law if the knowledge of the accused is the controlling factor.

In the present case, it is absolutely clear that Mr. Milne knew that he was not entitled to the proceeds of the second cheque. Since Mr. Milne knew of the mistake of the transferor, and the mistake was of a kind which by virtue of the law of property gave rise to a right of recovery, property did not pass for the purpose of criminal law.

In light of this conclusion, it is not necessary to discuss the scope of the "special property or interest" referred to in s. 322 of the *Criminal Code*.

### III— Conclusion

Where a transferor mistakenly transfers property to a recipient, and the recipient knows of the mistake, property does not pass for the purpose of the criminal law if the law of property creates a right of recovery, no matter whether the original transfer is said to be void or voidable. The distinction between void and voidable transfers has no purpose in the context of the criminal law. In either case, where the law of property provides at least a right of recovery, property does not pass for the purpose of the criminal law. If the recipient then converts the property to his own use, fraudulently and without colour of right, and with intent to

pel à la majorité, mais ils s'accordent évidemment mieux avec une analyse fondée sur la connaissance de l'accusé.

Si, toutefois, c'est la connaissance de l'accusé qui doit être déterminante, il faudra alors écarter l'arrêt *R. c. Dawood*, [1976] 1 W.W.R. 262 (C.S. Alb., Div. app.). Dans cette affaire, l'accusé avait substitué les étiquettes de certaines marchandises pour ensuite présenter l'article dont le prix avait été ainsi modifié à la caisse en vue du paiement. Les juges majoritaires en Cour d'appel y ont vu une offre d'acheter l'article en question au prix modifié, offre qu'a acceptée le caissier. L'opération était en conséquence annulable et non pas nulle, de sorte qu'il y avait eu transfert de propriété. Comme l'accusé connaissait l'erreur du caissier, la propriété n'aurait pas été transférée aux fins du droit criminel si c'était la connaissance de l'accusé qui était déterminante.

En l'espèce, il ne fait aucun doute que M. Milne savait qu'il n'avait pas droit au produit du second chèque. Puisqu'il était au courant de l'erreur du cédant et qu'il s'agissait d'une erreur qui, en droit des biens, faisait naître un droit de recouvrement, la propriété n'a pas été transférée aux fins du droit criminel.

Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'étudier la portée du «droit de propriété spécial ou [...] intérêt spécial» visé à l'art. 322 du *Code criminel*.

### III— Conclusion

Lorsqu'un bien est erronément cédé à une personne qui connaît l'erreur, il n'y a pas de transfert de propriété aux fins du droit criminel s'il existe, en droit des biens, un droit de recouvrement, peu importe que le transfert initial soit considéré comme nul ou simplement annulable. La distinction entre les transferts nuls et ceux susceptibles d'annulation n'a pas de raison d'être dans le contexte du droit criminel. Dans l'un ou l'autre cas, lorsque le droit des biens accorde au moins un droit de recouvrement, la propriété n'est pas transférée aux fins du droit criminel. Si le cessionnaire détourne alors le bien à son propre usage, fraudu-

deprive the transferor of the property, he is guilty of theft.

In this case, the trial judge found that Mr. Milne was aware that the second cheque had been issued to his company by mistake, and knew that he had been paid with a prior cheque. Therefore, property in the cheque did not pass to Mr. Milne's company for the purpose of the criminal law. The trial judge also found that when Mr. Milne wrote cheques to himself on the company's account that reduced the balance to almost nil, this amounted to converting that money to his own use with intent to deprive the Hudson's Bay Co. of its property. This conversion was done fraudulently and without colour of right, since Mr. Milne was aware that the cheque had been issued by mistake. Therefore, Mr. Milne was guilty of theft.

Other cases, such as those referred to in the judgment of Côté J.A. in the Court of Appeal, will raise different issues. For instance, a case in which the recipient only discovered after converting a cheque to his own use that it had been sent by mistake would raise a number of issues not raised in this case, as would a situation where the recipient was entitled to some but not all of the proceeds of the cheque, or where a set-off was involved, or where the recipient merely deposited the cheque without any further acts to convert it to his own use. The resolution of these issues may be left to other cases.

I would therefore allow the appeal and restore the conviction.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: Paul C. Bourque, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Larry L. Ross, Calgary.*

leusement et sans apparence de droit, dans l'intention d'en priver le cédant, il se rend coupable de vol.

En l'espèce, le juge du procès conclut que M. Milne savait, d'une part, que c'était par erreur que le second chèque avait été émis à l'ordre de sa société et, d'autre part, qu'il avait déjà été payé par chèque. Par conséquent, la propriété du chèque en cause n'a pas été transférée à la société de M. Milne aux fins du droit criminel. Le juge du procès conclut en outre qu'en tirant, sur le compte de la société, des chèques dont il était lui-même bénéficiaire et qui ont eu pour effet de presque effacer le solde de ce compte, M. Milne a détourné les fonds à son propre usage dans l'intention d'en priver la Compagnie de la Baie d'Hudson. Ce détournement a été fait frauduleusement et sans apparence de droit, car M. Milne savait que le chèque avait été émis par erreur. Monsieur Milne était donc coupable de vol.

D'autres cas, comme ceux évoqués dans les motifs du juge Côté de la Cour d'appel, soulèveront des questions différentes. Par exemple, le cas où le cessionnaire ne découvre qu'après avoir détourné un chèque à son propre usage qu'il a été envoyé par erreur soulèverait un certain nombre de questions qui ne se posent pas en l'espèce, comme le ferait également une situation dans laquelle le cessionnaire avait droit à une partie mais non à la totalité du produit du chèque, ou lorsqu'il est question de compensation ou que le cessionnaire a simplement déposé le chèque sans autres actes destinés à le détourner à son propre usage. Ce sont là des questions qu'il convient de trancher dans le cadre d'autres litiges.

Je suis, en conséquence, d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: Paul C. Bourque, Edmonton.*

*Procureur de l'intimé: Larry L. Ross, Calgary.*