
La fraude criminelle : Sommes-nous allés trop loin ?

Anne-Marie Boisvert*

La magistrature canadienne, depuis l'apparition du crime de fraude dans notre droit, essaie de cerner clairement les éléments constitutifs de cette infraction. L'auteure évalue les réponses apportées par la Cour suprême, particulièrement dans les affaires *Olan*, *Zlatic* et *Théroux*. Tout en s'attardant au concept de malhonnêteté utilisé par la Cour, l'auteure tente d'apporter une définition juste de la fraude criminelle.

Dans un premier temps, l'auteure se concentre sur l'*actus reus* de l'infraction. Elle note que le concept de privation malhonnête donné par la Cour n'identifie pas clairement les éléments de l'*actus reus*. Elle ajoute que le concept de privation considéré seul n'est pas un critère suffisant pour conclure à la culpabilité de l'accusé. Selon elle, la fraude exige la privation réelle d'une chose à laquelle la victime a droit.

Dans un deuxième temps, l'auteure évalue les réflexions de la magistrature sur la *mens rea* de la fraude. L'auteure juge qu'il n'est pas concluant d'aborder cette question selon les concepts d'intention spécifique et générale, les critères objectif et subjectif et l'évaluation par l'accusé de la moralité de sa conduite. En effet, l'auteure conclut que la *mens rea* de la fraude repose sur la connaissance (ou l'insouciance) de l'accusé face aux circonstances et aux conséquences de sa conduite.

Since the advent of the crime of fraud in Canadian law, the judiciary has been trying to clearly define its elements. The author examines the Supreme Court's efforts, particularly in the *Olan*, *Zlatic* and *Théroux* cases. While considering the concept of dishonesty applied by the Court, the author attempts a definition of criminal fraud.

The author first concentrates on the *actus reus*, noting that the Court's concept of dishonest deprivation does not clearly identify the requisite elements. She adds that the concept of deprivation alone is not a criterion sufficient to found the guilt of an accused. According to the author, fraud requires real deprivation of something to which the victim has a right.

The author then evaluates the judiciary's reflections on the *mens rea* of fraud. She dismisses as inconclusive the approach based on the concepts of specific and general intent, objective and subjective criteria and the accused's opinion of the morality of the impugned conduct. The author concludes that the *mens rea* of fraud rests on the accused's knowledge (or recklessness) with respect to the circumstances and consequences of her actions.

* Professeure agrégée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteure tient à remercier sa collègue Louise Viau qui a bien voulu commenter une version antérieure de ce texte.

© Revue de droit de McGill

McGill Law Journal 1995

Mode de référence : (1995) 40 R.D. McGill 415

To be cited as : (1995) 40 McGill L.J. 415

Sommaire

Introduction

I. Les éléments matériels du crime de fraude

A. *Un début de problématique : l'affaire Olan et l'élargissement du crime de fraude*

B. *L'éclatement du crime de fraude : l'affaire Zlatic*

C. *La malhonnêteté*

1. Les actes malhonnêtes et l'état d'esprit de l'accusé
 - a. *L'arrêt Olan et le «dessein caché»*
 - b. *«[L]a malhonnêteté quelle qu'elle soit suffit»*
2. Les actes malhonnêtes et la privation de la victime
3. La mise en péril déraisonnable

D. *La privation*

1. Privation et *mens rea*
2. Le «risque de préjudice»
3. Qui est la victime ?

E. *Quelques éléments de solution*

II. La mens rea de la fraude

A. *La mens rea en rapport avec l'acte malhonnête*

1. Le critère supplémentaire de la malhonnêteté
 - a. *Intention générale vs intention spécifique*
 - b. *La malhonnêteté : un critère objectif ou subjectif ?*
 - c. *L'évaluation personnelle de l'honnêteté de sa conduite par l'accusé*
2. La mens rea relative aux agissements illégitimes
 - a. *L'appréciation du risque illégitime*
 - b. *La connaissance de l'illégalité de la conduite*

B. *La mens rea en regard des conséquences*

1. L'intention de rembourser la victime et la mens rea
2. Erreur de fait et vraisemblance de la réalisation du risque

C. *Quelques éléments de solution*

Conclusion

Introduction

Contrairement à ce que l'on pourrait aujourd'hui penser, le droit canadien ne réprime véritablement la fraude que depuis 1948. Avant les modifications apportées à cette date au *Code criminel*¹, seul le complot en vue de frauder attirait sur son auteur les foudres du droit criminel². Fidèle en cela à la tradition britannique, notre droit considérait qu'il appartenait à chacun de veiller à ses propres intérêts. La dupe, incitée par tromperie à se départir de son bien, n'avait qu'à s'en prendre à elle-même et à son manque de vigilance³. Cette mésaventure de nature privée n'intéressait pas le droit criminel. Seul le complot en vue de frauder — parce qu'il est plus difficile de résister aux tromperies de plusieurs personnes — était sanctionné⁴. Cette époque du chacun pour soi où la méfiance était érigée en vertu est heureusement révolue. De nos jours, la droiture est à l'honneur⁵. Il convient toutefois de se demander si nous ne sommes pas dorénavant engagés trop loin dans la voie de la répression de la malhonnêteté.

Depuis la célèbre décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Olan*⁶, qui affranchissait la fraude de la notion de mensonge pour la définir comme une privation malhonnête, le crime de fraude a une portée très large. Les tribunaux canadiens sont donc, depuis une vingtaine d'années, aux prises avec une délicate question. Quelle est exactement cette malhonnêteté criminelle sanctionnée par le droit de la fraude ? Comment la distinguer de la simple absence de scrupules moralement répréhensible ? Prenant pour acquis que l'arrêt *Olan* avait définitivement posé l'*actus reus* du crime de fraude, les tribunaux se sont principalement occupés à identifier

¹ L.R.C. 1985, c. C-46 [ci-après C. cr.]. Les modifications ont été apportées par la *Loi modifiant le Code criminel*, L.C. 1948, c. 39, art.13.

² Le vol par faux-semblants, qui existait à l'époque, n'a jamais connu de véritable développement à cause de son caractère restrictif et passablement compliqué (J.D. Ewart, *Criminal Fraud*, Toronto, Carswell, 1986 à la p. 6).

³ Voir J.F. Stephen, *History of the Criminal Law of England*, vol. 3, London, Macmillan, 1883 à la p. 151. Voir aussi l'intéressant aperçu historique présenté dans Commission de réforme du droit du Canada, *Le vol et la fraude (Document de travail n° 19)*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1977 aux pp. 45-46 [ci-après *Le vol et la fraude*].

⁴ À cet égard, voir Ewart, *supra* note 2 à la p. 4 et s.

⁵ Nous ne croyons pas que cet état de choses soit dû à un retour en force de la morale dans notre société. Un besoin croissant de sécurité de la part de l'opinion publique et l'émergence de ce nouveau phénomène que l'on appelle volontiers l'éthique des affaires, expliquent en grande partie le regain d'intérêt pour le droit de la fraude (G. Lipovetsky, *Le crépuscule du devoir: L'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*, Paris, Gallimard, 1992 aux pp. 252-88).

⁶ [1978] 2 R.C.S. 1175, 41 C.C.C. (2^e) 145 [ci-après *Olan* avec renvois aux R.C.S.].

la *mens rea* de cette infraction. Une jurisprudence incertaine a souvent présenté le débat en termes de qualification objective ou subjective de la malhonnêteté⁷. Outre les divergences de vue qui opposent les différentes cours d'appel du pays et mènent à des prononcés contradictoires, il ressort de l'étude de cette jurisprudence une impression de confusion. Cette dernière découle de nombreux facteurs. Tout d'abord, les tribunaux n'ont pas toujours distingué conceptuellement l'acte malhonnête de l'intention malhonnête. Le débat sur la question de savoir si la malhonnêteté doit s'apprécier objectivement ou subjectivement en résulte en grande partie⁸. Par ailleurs, il nous apparaît que les difficultés éprouvées par les tribunaux à circonscrire la *mens rea* de la fraude résultent de ce que, contrairement à une opinion largement répandue⁹, l'élément matériel de l'infraction — c'est-à-dire l'acte malhonnête auquel devrait correspondre la *mens rea* — n'ait pas été identifié avec suffisamment de précision par l'arrêt *Olan*. Il est certainement difficile de décrire les états psychologiques devant accompagner la commission d'un acte qui demeure toujours mal circonscrit. En outre, les expressions et catégories juridiques consacrées nous servant traditionnellement de guide lors de l'analyse des textes créateurs d'infraction ont été particulièrement malmenées dans le contexte de l'infraction de fraude¹⁰. Certains ont opposé inadvertance et intention spécifique¹¹. D'autres ont confondu *mens rea* subjective et appréciation subjective de la malhonnêteté, faisant alors référence à l'échelle des valeurs propre à l'accusé¹². Des affirmations ambiguës telles

⁷ Voir par ex. *Théroux c. R.* (1990), [1991] R.J.Q. 79, 61 C.C.C. (3^e) 525 (C.A.) [ci-après *Théroux* (C.A.) avec renvois aux R.J.Q.] ; *Lacroix c. R.*, [1989] R.J.Q. 812, 22 Q.A.C. 264 (C.A.) [ci-après *Lacroix* avec renvois aux R.J.Q.] ; *R. c. Long* (1990), 51 B.C.L.R. (2^e) 42, 61 C.C.C. (3^e) 156 (C.A.) [ci-après *Long* avec renvois aux C.C.C.]. Voir aussi *Daigle c. R.*, [1987] R.J.Q. 2374, 39 C.C.C. (3^e) 542 (C.A.) [ci-après *Daigle* avec renvois aux R.J.Q.].

⁸ Voir par ex. *Daigle*, *ibid.* à la p. 2378.

⁹ Voir par ex. D.H. Doherty, «The Mens Rea of Fraud» (1982-83) 25 Crim. L.Q. 348 à la p. 349 ; M. Proulx, «Le concept de malhonnêteté dans la fraude pénale» dans *Droit pénal: Orientations nouvelles: Colloque du Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1987, 209 à la p. 212. Voir aussi *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5 à la p. 15, 100 D.L.R. (4^e) 624, M^{me} le juge McLachlin [ci-après *Théroux* avec renvois aux R.C.S.].

¹⁰ Doherty, *ibid.* à la p. 349, partage cet avis quand il se propose d'étudier la *mens rea* de la fraude en utilisant les concepts traditionnels.

¹¹ Avec égards, je ne puis conclure comme le fait le premier juge relativement à l'intention coupable. Celle-ci doit être spécifique, en matière de fraude, contrairement à nombre d'autres crimes. Ainsi, malgré le pléonasme apparent, l'intention coupable doit être sciemment malhonnête. Une conduite négligente ne suffit pas en la matière (*Lacroix*, *supra* note 7 à la p. 816, M. le juge Chouinard).

¹² C'est notre interprétation de la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Lacroix*. Voir aussi *R. c. Bobbie* (1988), 43 C.C.C. (3^e) 187, 65 C.R. (3^e) 284 (C.A. Ont.) [ci-après *Bobbie*] ; *Daigle*, *supra* note 7 ; *R. c. Sebe* (1987), 35 C.C.C. (3^e) 97, 57 C.R. (3^e) 348 (C.A.

que «l'accusé doit être subjectivement malhonnête», «la malhonnêteté s'apprécie subjectivement», «l'accusé doit avoir eu une intention spécifiquement malhonnête» ont, nous semble-t-il, pas-sablement embrouillé le débat. Enfin, l'extension dans l'arrêt *Olan* de la notion de préjudice comme comprenant le «risque de préjudice» a transformé ce qui était à l'origine une infraction de résultat en infraction de mise en danger, ce qui n'est pas sans entraîner certaines difficultés conceptuelles.

Dans deux jugements récents, la Cour suprême du Canada tente d'apporter des précisions et d'identifier les éléments constitutifs de la fraude. L'exercice auquel se livre la Cour dans les affaires *Théroux* et *Zlatic*¹³ bien qu'il apporte certains éclaircissements utiles, ne nous apparaît toutefois pas concluant. L'impressionnisme juridique entourant la définition de la fraude perdure, surtout quand cette dernière est perpétrée par des «moyens dolosifs» autres que la supercherie ou le mensonge¹⁴. Les «circonstances illégitimes», transformant en fraude un comportement commercial déloyal ou l'emploi d'argent dans lequel d'autres personnes ont un intérêt n'ayant pas été définies avec suffisamment de précision, la Cour n'a pas su, à notre avis, relever le défi qu'elle s'était lancé, c'est-à-dire éviter

que la portée de l'infraction de fraude puisse être étendue au-delà de la malhonnêteté criminelle de manière à englober des pratiques commerciales déloyales ou imprudentes qui, même si elles ne doivent pas être encouragées, ne méritent ni l'opprobre ni la perte de liberté que comporte la sanction criminelle¹⁵.

Le crime de fraude demeure mal circonscrit malgré les efforts de la Cour. La norme d'honnêteté générale que propose dorénavant le plus haut tribunal du pays est à ce point imprécise qu'elle permet un élargissement sans précédent du crime de fraude ainsi que la création prétorienne de nouvelles infractions.

Nous entreprenons donc ici d'examiner attentivement comment fut fran-

Sask.) [ci-après *Sebe*] ; R. c. *Currie* (1984), 5 O.A.C. 280 (C.A.) [ci-après *Currie*] ; R. c. *Doren* (1982), 36 O.R. (2^e) 114, 135 D.L.R. (3^e) 258 (C.A.) [ci-après *Doren*] ; R. c. *Mugford* (1990), 86 Nfld. & P.E.I.R. 91, 58 C.C.C. (3^e) 172 (C.S.D.A. T.-N.) ; R. c. *Black* (1983), 5 C.C.C. (3^e) 313 (C.A. Ont.) [ci-après *Black*].

¹³ R. c. *Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29, 100 D.L.R. (4^e) 642 [ci-après *Zlatic* avec renvois aux R.C.S.].

¹⁴ Le paragraphe 380(1) C.cr. prévoit ceci : «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 [...] est coupable [...]»

¹⁵ *Théroux*, *supra* note 9 à la p. 25, M^{me} le juge McLachlin.

chie la frontière entre droit et droiture¹⁶ afin de proposer des pistes de réflexion susceptibles de nous amener à une définition fonctionnelle de la fraude qui soit en accord avec les principes fondamentaux de la responsabilité pénale et respecte notre engagement à n'utiliser l'arme redoutable de la justice répressive qu'avec modération. La première partie de ce texte sera consacrée à l'étude de l'*actus reus* du crime de fraude. Ce n'est qu'après avoir précisé quels sont les éléments matériels de ce crime que l'on pourra entreprendre une étude des éléments de faute s'y rapportant.

I. Les éléments matériels du crime de fraude

A. Un début de problématique : l'affaire Olan et l'élargissement du crime de fraude

On présentait traditionnellement la fraude comme étant le fait d'amener une personne, au moyen d'une supercherie ou d'un mensonge, à se départir d'un bien. De manière un peu caricaturale, on distinguait ainsi cette infraction du vol : alors que le voleur dépossède sa victime à l'insu de cette dernière, le plus souvent en lui subtilisant son bien, le fraudeur, plus astucieux, influe sur l'esprit de la dupe pour l'amener à se déposséder elle-même¹⁷. La fraude perpétrée au moyen d'un mensonge épouse ce modèle et se conçoit facilement. Pour obtenir une déclaration de culpabilité, la poursuite doit établir la preuve des éléments matériels suivants : un mensonge ou une supercherie, un préjudice économique subi par la victime et un lien causal entre les deux¹⁸. La *mens rea* de l'infraction sera, quant à elle, établie par la preuve de la connaissance subjective par l'accusé des circonstances entou-

¹⁶ J'emprunte cette expression particulièrement bien trouvée à P. Rainville, «Droit et droiture: le critère de la malhonnêteté et la fraude criminelle» (1992) 33 C. de D. 189.

¹⁷ Cette définition classique de la fraude, maintes fois reprise, provient de l'arrêt anglais *Re London & Globe Finance Co.*, [1903] 1 Ch. 728 aux pp. 732-33, où il est dit : «To deceive, is, I apprehend, to induce a man to believe that a thing is true which is false, and which the person practising the deceit knows or believes to be false. To defraud is to deprive by deceit: it is by deceit to induce a man to act to his injury.»

¹⁸ Lorsque la fraude est commise au moyen d'un mensonge ou d'une supercherie, il existe généralement une relation entre le fraudeur et sa victime. Les tribunaux ont toutefois conclu, surtout lorsque la fraude est commise par un «autre moyen dolosif», qu'il n'est pas nécessaire qu'un contact direct soit intervenu entre le fraudeur et la victime pour fonder la culpabilité (*Vézina c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 2 à la p. 19, 25 D.L.R. (4^e) 82, M. le juge Lamer [ci-après *Vézina* avec renvois aux R.C.S.]). Voir aussi *R. c. Kirkwood* (1983), 35 C.R. (3^e) 97, 148 D.L.R. (3^e) 323 (C.A. Ont.) [ci-après *Kirkwood* avec renvois aux C.R.]; *R. c. Fitzpatrick* (1984), 11 C.C.C. (3^e) 46 (C.A. C.-B.) ; *R. c. Renard* (1974), 17 C.C.C. (2^e) 355 (C.A. Ont.). Plus généralement, voir Ewart, *supra* note 2 aux pp. 100-105.

rant sa conduite, c'est-à-dire la connaissance de la fausseté de son affirmation, ainsi que du fait que son mensonge pourrait causer un préjudice à autrui¹⁹.

Le développement et la sophistication des pratiques commerciales, notamment le recours aux entités corporatives, ont toutefois rapidement mis au jour la difficulté conceptuelle liée à l'application de ce modèle simpliste de la fraude. Par exemple, dans la mesure où une corporation qui n'a pas d'esprit propre, agit et réfléchit par l'intermédiaire des personnes physiques qui la composent, il devient évident qu'elle peut difficilement être dupée par ces personnes qui pensent et agissent à sa place, même si celles-ci lui ont causé préjudice. Par ailleurs, la vision traditionnelle de la fraude permet mal d'apprécier une multitude de comportements commerciaux complexes et sophistiqués ressentis comme illégitimes. Les faits de l'affaire *Olan*, qui devait engendrer une nouvelle manière de concevoir la fraude, en fournissent l'illustration.

Cette affaire passablement compliquée impliquait un genre de transaction particulièrement en vogue à l'époque et dans la décennie qui a suivi. Essentiellement, il s'agissait d'un stratagème mis en place par les dirigeants d'une corporation et destiné à financer la prise de contrôle d'une compagnie cible à l'aide de ses propres actifs. Un procédé complexe, caractérisé par un système de financement fondé essentiellement sur l'endettement, avait permis de dépouiller la compagnie cible de ses meilleurs actifs et de se servir de ces mêmes actifs pour financer l'achat de la compagnie cible par une autre compagnie contrôlée par les accusés²⁰. Comme le fait remarquer le juge Dickson qui rend jugement pour la Cour, les faits en cause sont compliqués et il y a danger de se perdre dans les détails²¹. Pour les fins du développement qui va suivre, il nous apparaît toutefois essentiel de les résumer brièvement.

¹⁹ À cet égard, la théorie de l'aveuglement volontaire trouve certainement application de même qu'en ce qui concerne la *mens rea* face aux circonstances, l'insouciance constitue une *mens rea* suffisante. Voir ci-dessous le texte de la note 145.

²⁰ Les faits de l'affaire *Olan* sont particulièrement complexes. Pour une explication des éléments fondamentaux du genre de procédé mis en place dans cette affaire, comme dans tous les processus d'acquisition financés de cette manière, on peut lire avec profit les explications de J.A. Woods dans «The Leveraged Buy-Out: Commercial, Civil and Insurance Fraud Considerations» dans Conférences Commémoratives Meredith, *Le droit des affaires face au droit pénal*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1990, 365 aux pp. 367-69. Voir aussi G. Staple, «Serious and Complex Fraud: A New Perspective» (1993) 56 *Modern L. Rev.* 127. Selon ce dernier auteur, ce genre de fraude est cyclique et revient en vogue à tous les dix ans.

²¹ *Olan*, *supra* note 6 à la p. 1183.

Dans cette affaire, les accusés avaient décidé d'acquérir une compagnie prospère (Langley — la compagnie cible) possédant un portefeuille de valeurs sûres qui s'élevait à environ 1,5 millions de dollars. Ceux-ci étaient donc entrés en contact avec l'actionnaire majoritaire de cette compagnie et avaient négocié l'achat de toutes ses actions. Afin de se procurer la somme d'environ 1,025 millions de dollars nécessaire à cet achat, ils eurent recours aux services d'une banque. Cette dernière accepta d'émettre un chèque certifié au montant de 1,025 millions, tiré sur le compte d'une compagnie possédée par les accusés (Beauport Holdings — la compagnie de transit). Toutefois, comme la compagnie de transit ne disposait d'actifs que pour une valeur équivalente à la moitié du montant du chèque, la banque refusa de se départir du chèque tant que les actifs de la compagnie de transit n'atteindraient pas 1,025 millions. Le jour de la conclusion de l'achat de la compagnie cible, les accusés offrirent en paiement le chèque certifié, bien que ce dernier soit demeuré en possession de la banque. Une fois la transaction complétée, les accusés, devenus actionnaires majoritaires de la compagnie cible, procédèrent à la liquidation de ses meilleures valeurs en lui faisant entre autres acheter des actions d'une compagnie d'investissement dont ils détenaient le contrôle (Beauport Financial — la compagnie de finance). Cette dernière disposait dorénavant de liquidités lui permettant de consentir un prêt important à la compagnie de transit. La compagnie de transit disposant alors d'actifs suffisants, la banque remit le chèque certifié au vendeur des actions de la compagnie cible. En définitive, c'est donc la liquidation des meilleurs actifs de la compagnie cible qui servit à financer plus de la moitié de sa prise de contrôle par les accusés. Une autre partie du produit de la liquidation a par ailleurs permis aux accusés de consolider leur position au sein d'autres compagnies.

Poursuivis pour fraude envers la compagnie cible, les accusés ont plaidé qu'en aucun moment cette dernière n'avait été victime de supercherie ou de tromperie. Ils soutenaient de plus qu'aucun préjudice n'avait été causé à la compagnie cible dans la mesure où rien n'indiquait que les nouveaux placements effectués par cette dernière n'étaient pas de nature à assurer sa stabilité financière. Ils plaidaient enfin que rien ne pouvait permettre de conclure qu'ils n'avaient pas l'intention de faire rembourser par la compagnie de transit les prêts consentis par la compagnie de finance, et donc, en définitive, d'assurer un peu mieux la santé financière de la compagnie cible.

Dans son jugement, le juge Dickson, au nom d'une cour unanime, reconnaît la possibilité de l'existence d'un préjudice même en l'absence d'une

perte financière réelle. S'appuyant sur l'arrêt anglais *R. c. Allsop*²², il affirme qu'un risque de préjudice, c'est-à-dire une mise en péril, même temporaire, des intérêts économiques de la victime suffit à établir l'élément de privation :

On établit la privation si l'on prouve que les intérêts pécuniaires de la victime ont subi un dommage ou un préjudice ou qu'il y a risque de préjudice à leur égard. Il n'est pas essentiel que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle²³.

En l'espèce, la Cour suprême fut d'avis que le fait, pour la compagnie victime, de détenir à la fin de l'opération des valeurs hautement spéculatives en lieu et place des valeurs sûres composant auparavant son portefeuille, peut constituer une privation :

Si Langley avait eu à faire face à des difficultés financières, elle aurait dû être en mesure d'exiger le remboursement immédiat du prêt afin d'augmenter son fonds de roulement. Avant que les accusés n'entrent en scène, alors que son portefeuille était encore intact, Langley disposait d'importantes liquidités. Beauport Holdings ne pouvait effectuer l'emprunt que si Langley mettait en péril ses propres biens ou se payait à elle-même des montants qu'elle n'aurait plus, advenant des difficultés financières. En somme, je suis d'avis que le jury pouvait conclure qu'il y avait une nette disproportion dans l'échange du portefeuille contre le prêt²⁴.

En outre, nous dit la Cour, quoique les accusés aient eu l'intention d'ultimement renflouer la victime, ceci ne peut pas excuser la perpétration de la fraude si la preuve révèle que, par leur conduite, ils lui ont malhonnêtement causé une privation²⁵.

Consacrant un courant jurisprudentiel montant²⁶, la décision rendue dans l'affaire *Olan* affranchit par ailleurs la notion de malhonnêteté de celle de

²² (1976), 64 Crim. App. R. 29, 120 Solicitors' J. 635 (C.A.) [ci-après *Allsop* avec renvois aux Crim. App. R.].

²³ *Olan*, *supra* note 6 à la p. 1182.

²⁴ *Ibid.* à la p. 1193.

²⁵ *Ibid.* à la p. 1194. Pour une discussion de la pertinence de l'intention de rembourser en regard de la culpabilité, voir *infra* les notes 191-203 et texte correspondant.

²⁶ À cet égard, voir l'analyse que fait Ewart, *supra* note 2 aux pp. 12-33, de la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Olan*. Il est intéressant de remarquer toutefois les efforts auxquels se livre l'auteur afin de démontrer que l'arrêt *Olan* est le digne successeur de la jurisprudence antérieure. Toutes les décisions n'allant pas dans le sens de l'arrêt *Olan* sont discréditées au motif qu'elles sont «mauvaises».

mensonge. On y affirme qu'il n'est pas nécessaire que les agissements malhonnêtes reprochés à l'accusé prennent la forme d'un travestissement quelconque de la vérité auprès de la victime :

Quand on allègue que les administrateurs ont fraudé leur compagnie, la supercherie ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction. Les mots «autres moyens dolosifs» couvrent les moyens qui ne sont ni des mensonges ni des supercheries; ils comprennent tous les autres moyens qu'on peut proprement qualifier de malhonnêtes²⁷.

Ce jugement consacre donc l'élargissement du droit de la fraude qui se dessinait déjà en jurisprudence et, s'écartant des définitions traditionnelles, reconnaît que la fraude se résume à deux éléments fondamentaux :

Les tribunaux ont de bonnes raisons d'hésiter à définir de façon exhaustive le mot «frauder» (frustrer), mais on peut sans crainte dire que, selon la jurisprudence, deux éléments sont essentiels: la «malhonnêteté» et la «privation». Pour avoir gain de cause, le ministère public doit donc prouver la privation malhonnête²⁸.

La malhonnêteté est donc devenue la pierre de touche de la fraude, cette dernière pouvant se manifester par le mensonge, la supercherie ou tout autre moyen malhonnête²⁹. Sans donner une définition exhaustive de ce qui constitue un moyen malhonnête, la Cour en fournit, dans l'arrêt *Olan*, un exemple d'application lorsqu'elle affirme que l'utilisation des biens d'une compagnie à des fins personnelles plutôt qu'à l'avantage de celle-ci peut constituer un acte malhonnête de la part de ses administrateurs³⁰. Les contours de l'infraction n'étant toutefois pas définis avec précision, les tribunaux du pays se sont attelés à cette tâche avec un bonheur parfois inégal. Dans les récentes affaires *Zlatic* et *Théroux*, la Cour suprême s'est vue offrir l'occasion de fournir des précisions sur les éléments matériels et sur la *mens*

²⁷ *Olan*, *supra* note 6 à la p. 1180. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire qu'il existe un lien quelconque entre les agissements malhonnêtes et la victime. Un lien de causalité doit seulement être établi entre les manœuvres malhonnêtes ou le mensonge et la privation. Voir *supra* note 18.

²⁸ *Olan*, *ibid.* à la p. 1182.

²⁹ Notons, par ailleurs, que l'hypothèse (avancée subséquemment) à l'effet que la malhonnêteté soit un élément supplémentaire devant être prouvé par le ministère public en sus de la supercherie ou du mensonge — un peu comme le serait l'astuce en droit continental — a été rejetée par la jurisprudence. Voir *Doren*, *supra* note 12, et *Kirkwood*, *supra* note 18, cités avec approbation par le juge McLachlin dans l'affaire *Théroux*, *supra* note 9 à la p. 16. Voir aussi Ewart, *supra* note 2 aux pp. 78-79.

³⁰ *Olan*, *supra* note 6 à la p. 1182.

rea du crime de fraude. Or, en poussant à l'extrême le raisonnement entamé dans l'affaire *Olan* et en adoptant le critère de la personne raisonnable pour définir les éléments matériels de l'infraction, la Cour, plutôt que de circonscrire le crime de fraude, en consacre le caractère polymorphe et tentaculaire.

B. L'éclatement du crime de fraude : l'affaire Zlatic

Zoran Zlatic fut accusé de fraude dans les circonstances suivantes. Exploitant une entreprise de vente en gros de «tee-shirts» et de «sweat-shirts», il a, à une certaine époque, acheté pour environ 375 000 dollars de marchandise auprès de trois fournisseurs. Il a reçu ces marchandises à crédit ou en contrepartie de chèques postdatés. Pendant la même période, il a perdu au jeu tout l'actif de son entreprise. Cet actif comprenait entre autres le produit de la vente des marchandises livrées par ses fournisseurs. Peu de temps après, monsieur Zlatic fit faillite, laissant impayées les créances de ses fournisseurs.

Par une mince majorité, la Cour suprême du Canada a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée en première instance et maintenue par la Cour d'appel du Québec pour des motifs divers. Selon le juge McLachlin, écrivant au nom de la majorité³¹, puisque, semble-t-il, le juge du procès n'a pas conclu de manière non équivoque à l'existence d'une supercherie ou d'un mensonge de la part de l'accusé, la question à résoudre en l'espèce se résume à savoir si le fait que monsieur Zlatic ait accepté la livraison des marchandises sans se soucier de les payer, conjugué à la perte au jeu de la valeur qu'elles représentaient, constitue une conduite équivalant à cet autre moyen dolosif de la fraude dont il est question à l'article 380 du *Code criminel*³². Traitant plus particulièrement de la question de savoir si le moyen utilisé par un accusé peut, à juste titre, être qualifié de «manœuvre dolosive» au sens de l'article 380, le juge McLachlin, plus prolix que le juge Dickson dans l'affaire *Olan*, fournit les explications suivantes sur cet élément de la fraude :

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*, J.D. Ewart définit la conduite malhonnête comme étant celle [TRADUCTION] «qu'une personne honnête ordinaire jugerait indigne

³¹ C'est-à-dire elle-même, ainsi que les juges l'Heureux-Dubé et Cory.

³² *Zlatic*, *supra* note 13 aux pp. 43-44.

parce qu'elle est nettement incompatible avec les activités honnêtes ou honorables». 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 [notes omises]³³.

Or, nous dit-elle, le fait de dépenser son propre argent dans une entreprise «notoirement risquée» plutôt que de s'en servir à des fins commerciales valides, en spéculant à la bourse, par exemple, constitue certainement une pratique qui serait réprouvée par les personnes honnêtes et, partant, une «manœuvre dolosive» au sens de cet article :

Je suis convaincu[e] qu'une personne raisonnable considérerait malhonnête d'accepter de la marchandise destinée à la revente sans se préoccuper de la payer pour ensuite jouer témérairement le produit de cette revente³⁴.

En l'espèce, les créanciers de l'accusé constituent les victimes de cette fraude, puisque les sommes jouées représentaient le moyen par lequel ils pouvaient être payés³⁵. Bien que reconnaissant que l'accusé était propriétaire de l'argent qu'il a joué et qu'il avait le droit de le dépenser³⁶, le juge McLachlin est d'avis que ce dernier n'avait pas le droit absolu de l'utiliser à sa guise³⁷.

La dissidence du juge Sopinka, écrivant aussi au nom du juge en chef Lamer, est ambiguë. Il oppose plusieurs objections au jugement majoritaire, que nous aurons l'occasion de reprendre dans les pages suivantes. Après une mise en garde contre la création par les tribunaux de nouvelles infractions ou l'extension de la portée des infractions existantes, il ajoute :

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

³³ *Ibid.* à la p. 45.

³⁴ *Ibid.* à la p. 48.

³⁵ *Ibid.* à la p. 47.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.* à la p. 48.

son argent³⁸.

Le juge Sopinka accepte toutefois la norme de la personne raisonnable comme baromètre de l'honnêteté de la conduite de l'accusé et convient que le fait de volontairement miner sa capacité de rembourser ses créanciers ne peut être qualifié que de malhonnête³⁹. En l'espèce, il diverge plutôt d'avis avec la majorité sur l'importance à accorder à l'affirmation par l'accusé de sa croyance en sa bonne étoile lorsqu'il jouait⁴⁰.

L'infraction dont monsieur Zlatić a été reconnu coupable par la Cour suprême du Canada est prévue par les législateurs de certains pays de droit continental où la faillite est généralement passible de sanction pénale. Par exemple, le code pénal suisse réprime ce qui est qualifié de «banqueroute simple» :

165 (1) Le débiteur qui, par une légèreté coupable, par des dépenses exagérées, par des spéculations hasardées ou par une grave négligence dans l'exercice de sa profession, aura causé sa propre insolvabilité, ou aura aggravé sa situation alors qu'il se savait insolvable sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, puni de l'emprisonnement⁴¹.

En déclarant l'accusé coupable de fraude dans l'affaire *Zlatić*, la Cour suprême du Canada a dépassé les limites permises de l'activisme judiciaire et a créé une nouvelle infraction⁴². De nombreux facteurs expliquent cette situation et il est important de les examiner. À notre avis, nous devons en premier lieu rechercher les germes de l'éclatement du crime de fraude dans une analyse des motifs de la Cour suprême dans l'affaire *Olan*, sur lesquels

³⁸ *Ibid.* à la p. 34.

³⁹ *Ibid.* à la p. 36.

⁴⁰ *Ibid.* aux pp. 37-39. Voir aussi ci-dessous le texte correspondant aux notes 190-93.

⁴¹ A. Panchaud, D. Ochsenbein et V. van Ruymbeke, dir., *Code pénal suisse annoté*, éd. rév., Lausanne, Payot, 1989. Voir aussi l'article 402 du Code pénal français, complété par les articles 127-129 de la *Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, J.O., 14 juillet 1967, 7059, D.1967.Lég.269 [ci-après *Loi du 13 juillet 1967*]. Alors que le code pénal français réprime purement et simplement la banqueroute, la *Loi du 13 juillet 1967* distingue entre la banqueroute simple facultative (où un prévenu a commis une faute d'imprudence ou de témérité dans la gestion de son entreprise) et la banqueroute simple obligatoire (dont un des cas de figure spécifiquement prévus par la loi est celui de la personne qui a consommé des sommes élevées dans des opérations de pur hasard ou des opérations fictives).

⁴² Déjà, à la suite de la décision de la Cour dans l'arrêt *Olan*, *supra* note 6, plusieurs auteurs avaient conclu que la Cour suprême avait «légiféré» en matière de fraude (Proulx, *supra* note 9 à la p. 211 ; Ewart, *supra* note 2 à la p. 61).

la Cour prend appui dans l'arrêt *Zlatic*. Malgré une opinion largement répandue, l'arrêt *Olan*, par ses multiples références à des affaires anglaises traitant de la *mens rea* des infractions de vol et de complot en vue de frauder, ne fournit que peu d'information sur les éléments matériels du crime de fraude tel que défini par notre *Code criminel*. Dans une large mesure, l'emprunt au droit anglais de la notion de malhonnêteté entraîne inexorablement un glissement vers l'analyse de l'état d'esprit de l'accusé. En outre, le recours au droit anglais quant à certaines infractions de *common law* créées par la jurisprudence anglaise, menace d'élargir indûment le sens des termes précis de l'infraction prévue par le législateur canadien. À notre avis, il en va ainsi de la redéfinition de la notion de préjudice pour inclure le risque de préjudice. Par ailleurs, l'analyse à laquelle procède la Cour suprême dans l'affaire *Olan* associe trop largement la malhonnêteté à la privation subie par la victime. Enfin, le recours à la norme de la personne raisonnable, récemment proposé par la Cour dans l'arrêt *Zlatic* afin de déterminer l'honnêteté de la conduite de l'accusé, soulève de nombreux problèmes. En effet, il y a lieu de se demander si cette norme communautaire d'honnêteté à laquelle il est fait référence constitue un standard suffisamment précis, permettant aux justiciables de connaître à l'avance les conduites incriminées. Outre son aspect tautologique, la définition de la conduite malhonnête comme étant «ce qu'une personne honnête ordinaire jugerait indigne parce qu'elle est nettement incompatible avec les activités honnêtes ou honorables»⁴³, présente des dangers évidents d'élasticité, sans parler d'arbitraire. Nous aborderons ces questions tour à tour.

C. La malhonnêteté

1. Les actes malhonnêtes et l'état d'esprit de l'accusé

Dans l'arrêt *Zlatic*, tant la majorité que la minorité de la Cour tente tout de même certaines explications supplémentaires destinées à éclairer cette nouvelle définition de la malhonnêteté, définition sur laquelle nous reviendrons⁴⁴. Il est toutefois évident que la Cour suprême a du mal à définir les actes malhonnêtes sans faire référence à l'état d'esprit animant l'accusé. Tentant d'explicitier les circonstances rendant illégitime l'emploi de sommes d'argent dans lesquelles d'autres personnes ont un intérêt, le juge McLachlin, s'appuyant sur l'arrêt *Olan*, renvoie ultimement à l'état d'esprit de l'accusé :

⁴³ *Zlatic*, *supra* note 13 à la p. 45.

⁴⁴ Voir *infra* note 75 et s. et texte correspondant.

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. [...]

En déclarant ceux qui avaient effectué la prise de contrôle coupables de fraude par un «autre moyen dolosif», notre Cour [dans l'arrêt *Olan*] 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. [...] 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* [nos italiques]⁴⁵.

La difficulté qu'éprouve la majorité à définir *l'acte* malhonnête sans référer ultimement à l'état d'esprit qui anime l'accusé est aussi présente et particulièrement évidente dans les explications suivantes fournies au sujet des éléments constitutifs de la fraude dans la dissidence du juge Sopinka :

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 [nos italiques]⁴⁶.

a. L'arrêt *Olan* et le «dessein caché»

La référence au «dessein caché» comme gage de la malhonnêteté des actes de l'accusé, faite par le juge McLachlin, est directement tirée de l'arrêt *Olan*.

⁴⁵ Zlatic, *supra* note 13 aux pp. 45, 46.

⁴⁶ *Ibid.* à la p. 37.

Dans cette affaire, le juge Dickson, qui traite de l'*actus reus* de la fraude, utilise le terme «malhonnêteté» (*dishonesty*) afin de désigner la conduite de l'accusé qui peut prendre la forme soit d'un mensonge, soit d'une supercherie, soit d'une autre manœuvre dolosive. Dans ce contexte, la malhonnêteté caractérise le *moyen* utilisé par l'accusé⁴⁷.

Appliquant aux faits de l'espèce la notion de malhonnêteté, le juge Dickson semble conclure, en s'appuyant entre autres sur l'arrêt anglais *R. c. Sinclair*⁴⁸, que l'utilisation de biens corporatifs à *des fins personnelles* est malhonnête. En effet, il est utile de souligner à cet égard que le terme malhonnêteté, de même que l'application qui en est faite, sont directement empruntés au droit anglais. Ces emprunts, destinés à asseoir la conclusion de la Cour quant aux actes dolosifs, ne vont toutefois pas sans problèmes puisque la définition de la malhonnêteté élaborée en Angleterre dans le contexte des infractions de vol et de complot en vue de frauder caractérise essentiellement la *mens rea* de ces infractions⁴⁹. Dans une large mesure, l'importation du concept de malhonnêteté par la Cour suprême dans l'arrêt *Olan* est source de confusion, tout comme le sont les références à des affaires anglaises traitant manifestement de la *mens rea* d'infractions de *common law* distinctes du crime de fraude en droit canadien. Outre le fait qu'elle aura contribué à transporter chez nous les controverses qui sévissent toujours en Angleterre relativement à la définition de la *mens rea* d'infractions différentes de celle qui nous occupe⁵⁰, elle occulte la question de la définition de l'*actus reus* de la fraude.

À cet égard, une analyse de l'arrêt *Allsop*, cité également par le juge Dickson dans l'arrêt *Olan*, est révélatrice. En effet, le juge Dickson en tire certains propos de Lord Shaw :

En général, un fraudeur veut avant tout se procurer un avantage. Le tort causé à sa victime est secondaire et incident⁵¹.

Or, la question en litige dans cette affaire ne concernait pas la définition de la notion de malhonnêteté entendue comme élément matériel de l'infraction, mais plutôt la *mens rea* qui doit animer l'accusé *en regard de la*

⁴⁷ Voir *Olan*, *supra* note 6 et ci-dessus le texte correspondant à la note 27.

⁴⁸ (1968), 52 Crim. App. R. 618, [1968] 3 All. E.R. 241 (C.A.) [ci-après *Sinclair* avec renvois aux Crim. App. R.].

⁴⁹ Proulx, *supra* note 9 aux pp. 212-18, a déjà fait cette observation.

⁵⁰ Cette controverse en droit anglais se double d'un débat sur la question de savoir qui, du juge ou du jury, sera appelé à déterminer ce qui est malhonnête (*ibid.* aux pp. 220-30).

⁵¹ *Allsop*, *supra* note 22 à la p. 31, tel que cité dans l'arrêt *Olan*, *supra* note 6 à la p. 1182.

privation de la victime. Remis dans son contexte, l'extrait voulant qu'en général, le fraudeur cherche avant tout à se procurer un avantage est à l'effet que ni le dessein d'appauvrir la victime, ni d'ailleurs celui de s'enrichir, ne sont pertinents à la culpabilité, puisqu'ils n'éclairent que sur le *mobile* qui a pu pousser l'accusé à agir. Selon l'arrêt *Allsop*, il est suffisant, *en ce qui concerne l'élément moral relatif à la privation de la victime*, que l'accusé ait perçu le risque que sa conduite fait courir au patrimoine de cette dernière.

This appeal raises a short but interesting question in relation to the nature of the intent requisite to constitute the offence of conspiracy to defraud [...]

Mr. Heald submits that this demonstrates the error into which the trial judge fell and which is reflected in the direction he gave to the jury. What he should have told them, so Mr. Heald asserts, was that they must be satisfied that the appellant intended to cause economic loss to Prestige. Accordingly, the direction which referred to an intention to do acts which were likely to cause economic loss was too wide.

It seemed to this Court that Mr. Heald's argument traversed the shadowy region between intent and motive. Generally the primary objective of fraudsters is to advantage themselves. The detriment that results to their victims is secondary to that purpose and incidental. It is «intended» only in the sense that it is a contemplated outcome of the fraud that is perpetrated. If the deceit which is employed imperils the economic interests of the person deceived, this is sufficient to constitute fraud even though in the event no actual loss is suffered and notwithstanding that the deceiver did not desire to bring about an actual loss⁵².

Le renvoi à l'arrêt *Allsop* est donc malhabile à plus d'un titre. De manière générale, la référence à l'état d'esprit de l'accusé ne peut servir à identifier et définir les *actes* prohibés. Dans notre droit, la culpabilité morale ne peut à elle seule fonder la responsabilité pénale. Les éléments moraux de l'infraction doivent se rattacher à des éléments matériels identifiés. Par ailleurs, la référence à un état d'esprit coupable en rapport avec l'autre élément matériel de la fraude, la privation, ne nous éclaire guère sur la malhonnêteté de la conduite. Définir le moyen malhonnête en rapport avec l'état d'esprit de l'accusé par rapport au préjudice subi par la victime vide la notion de malhonnêteté de tout son sens quand elle a trait à la conduite matérielle de l'accusé. La preuve de la fraude réside en partie, il est vrai, dans la preuve de la privation de la victime et dans la preuve de l'état d'esprit de l'accusé face à cette privation. Toutefois, cette privation, même envisagée, doit, pour être malhonnête, présenter un caractère supplémentaire que le

⁵² *Allsop*, *ibid.* aux pp. 30, 31.

simple renvoi à l'intention de priver ou à la perception d'un risque de privation pour la victime ne peut à lui seul définir. L'essence de la fraude ne peut résider dans le seul état d'esprit que l'accusé entretenait face à ce résultat. Dans le cas contraire, nous voyons mal ce qui distingue, par exemple, le spéculateur ou le courtier en valeurs mobilières qui font leur commerce des risques pris avec le capital d'autrui, du fraudeur. Dans les deux cas, il y a, à tout le moins, un risque de perte financière pour autrui que les acteurs ont envisagé. Si on ne peut pour autant les qualifier de fraudeurs, c'est qu'un élément supplémentaire caractérise la fraude.

Enfin, la référence à la présence d'un dessein caché d'enrichissement personnel comme gage de la malhonnêteté, si elle ne renvoie pas explicitement à l'exigence de la preuve d'une intention spécifique, semble à tout le moins rendre le mobile poursuivi par l'accusé pertinent à la culpabilité. Or, dans notre droit tout comme en droit anglais⁵³, le mobile ne fait pas partie des éléments constitutifs de l'infraction⁵⁴. Il constitue non pas une intention nécessaire à l'infraction, mais une intention qui va au-delà de celle-ci, qui explique le comportement de l'acteur. Par exemple, l'intention d'hériter d'une personne peut expliquer pourquoi l'accusé l'a incitée à se suicider et peut faciliter la preuve de l'intention de provoquer sa mort⁵⁵. Encore faut-il établir que l'accusé a commis l'acte matériel d'incitation. Or, la preuve de ses intentions les plus noires n'est pas très utile à cet égard. Entendue comme identifiant le mobile de la fraude, l'affirmation à l'effet que cette dernière comporte un dessein caché d'enrichissement personnel — si elle permet de mieux comprendre l'état d'esprit de l'accusé au moment où il a agi — ne nous éclaire guère sur la nature des actes qu'il a posés. Dans la mesure où la vaste majorité des transactions commerciales visent un certain enrichissement personnel, on voit mal ce qui distingue les manœuvres commerciales particulièrement risquées, agressives ou déloyales, de la fraude. Les actes posés dans le but de s'enrichir doivent être en eux-mêmes répréhensibles et la référence à ce qui a poussé l'accusé à agir ne nous dit rien sur la qualité de ces derniers. Le dessein d'enrichissement n'est pas déterminant

⁵³ Voir par ex. E. Griew, *The Theft Acts 1968 and 1978*, 6^e éd., London, Sweet & Maxwell, 1990 à la p. 76. Voir généralement J.C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law*, 7^e éd., London, Butterworths, 1992 aux pp. 79, 80.

⁵⁴ *Lewis c. R.*, [1979] 2 R.C.S. 821, 98 D.L.R. (3^e) 111. Voir aussi J. Fortin et L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982 à la p. 111 ; D. Stuart, *Canadian Criminal Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1987 aux pp. 129-32 ; E. Colvin, *Principles of Criminal Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1991 aux pp. 126, 127.

⁵⁵ En vertu de l'article 241 C.cr., est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de 14 ans quiconque conseille à une personne de se donner la mort, l'aide ou l'encourage dans cette entreprise.

à cet égard.

Si la référence à la poursuite d'un dessein caché implique plutôt que la poursuite d'un but d'enrichissement allant au-delà de la conduite de l'accusé est un élément constitutif de l'infraction de fraude, plusieurs conséquences importantes, sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir, en découlent⁵⁶. Le crime de fraude peut alors être qualifié de crime d'intention spécifique. Au plan des principes de la responsabilité pénale, cette qualification n'offre que peu d'intérêt si elle tend à ouvrir la possibilité d'invoquer une défense d'intoxication volontaire⁵⁷. On voit mal en effet l'intérêt particulier de ce moyen de défense dans le contexte de la fraude. Toutefois, l'ajout d'un nouvel élément d'intention spécifique devant être établi par la poursuite en vue d'obtenir une condamnation restreint considérablement le champ de l'infraction et ouvre la porte à des moyens de défense que, semble-t-il, la Cour n'a jamais envisagés⁵⁸. Quoi qu'il en soit, ce nouvel élément de l'infraction, s'il existe et apporte de nouvelles précisions sur la *mens rea* de la fraude, ne nous éclaire toujours pas sur la nature et la qualité des *actes*

⁵⁶ Voir *infra* notes 149-56 et texte correspondant.

⁵⁷ Dans l'arrêt *R. c. Bernard*, le juge MacIntyre définit ainsi l'intention spécifique :

Une infraction d'intention spécifique se caractérise par la perpétration de l'*actus reus* assortie d'une intention ou d'un dessein qui ne se limite pas à l'accomplissement de l'acte en question ([1988] 2 R.C.S. 833 à la p. 863, 67 C.R. (3^e) 113 [ci-après *Bernard* avec renvois aux R.C.S.]).

Cette notion d'intention spécifique, que l'on oppose à l'intention générale, est à maints égards artificielle et est très critiquée. Son seul intérêt réside dans la démarcation qu'elle opère entre les infractions pour lesquelles l'intoxication volontaire peut valablement être invoquée en défense et celles, d'intention générale, ne permettant pas cette défense. Voir généralement les motifs de dissidence de M. le juge Dickson dans *Leary c. R.* (1977), [1978] 1 R.C.S. 29, 74 D.L.R. (3^e) 103 ; *Bernard*, *ibid.* ; P. Healy, «Criminal Law — Care and Control of Motor Vehicle While Impaired — Self-Induced Intoxication no Defence — Principles of Fundamental Justice — Charter of Rights and Freedoms, ss 7, 11(d): *R. v. Penno*» (1992) 71 R. du B. can. 143 à la p. 147. Voir aussi *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, sur la possibilité d'invoquer une défense d'intoxication extrême, même en cas d'infractions d'intention générale.

⁵⁸ Voir *infra* note 152 et s. et texte correspondant. Par ailleurs, selon Doherty, la référence à ce qui a poussé l'accusé à agir comme étant pertinent à la culpabilité pose ultimement le problème, au moment de déterminer la *mens rea* de la fraude, de l'évaluation par l'accusé de la moralité de sa conduite. Il écrit :

The result of these cases would seem to be that assuming the *actus reus* of the offence and the mental elements set out above are established, the trier of fact must then determine the morality of the conduct engaged in by the accused. Such an inquiry of necessity requires an examination of the motive or purpose behind the conduct, the accepted morality of the social strata or business in which the accused operated, and arguably even the alleged offender's particular sense of right or wrong (Doherty, *supra* note 9 aux pp. 369-70).

malhonnêtes. En outre, dans le contexte corporatif à tout le moins, il semble douteux que le dessein d'enrichissement personnel puisse à lui seul rendre frauduleux un acte posé par un dirigeant d'entreprise. Comme le fait remarquer Rosenberg⁵⁹, de nombreux directeurs de compagnies sont rémunérés en fonction de la bonne santé financière de l'entreprise. Ils administrent souvent cette dernière mus, entre autres, par la perspective d'un enrichissement personnel et on pourrait difficilement le leur reprocher. Le fait qu'une transaction soit menée dans ce contexte ne devrait pas nécessairement transformer en fraude un acte à l'origine légitime. Comme le fait remarquer cet auteur, il ne faut pas confondre la malhonnêteté avec ce qui pourrait, tout au plus, en établir la preuve.

Le mystère entourant la nature des actes malhonnêtes posés par l'accusé et le glissement vers l'analyse de son état d'esprit face aux conséquences de sa conduite tire donc en bonne partie ses origines d'un recours malhabile aux précédents anglais et d'une généralisation excessive de leur portée. Il faut en effet constater que, malgré l'opinion généralement admise, l'arrêt *Olan*, une fois épuré des références à la jurisprudence traitant de l'état d'esprit de l'accusé, ne fournit que très peu d'indications sur les éléments matériels de la fraude quand cette dernière est commise au moyen de manœuvres dolosives autres que la supercherie ou le mensonge.

b. «[L]a malhonnêteté quelle qu'elle soit suffit»

L'héritage de l'arrêt *Olan* se résume en fait à affirmer, en s'appuyant sur l'arrêt *Scott c. Metropolitan Police Commissioner*⁶⁰, que la malhonnêteté, quelle qu'elle soit, suffit. Cet arrêt constitue la seule référence du juge Dickson à une décision anglaise ne traitant pas de la *mens rea* mais de l'*actus reus* de l'infraction. Dans la mesure toutefois où l'arrêt *Scott* traite de la malhonnêteté dans le contexte d'une accusation d'avoir comploté en vue de frauder, on peut douter de la pertinence de cette référence. En droit anglais, l'infraction de complot en vue de frauder est une création de la jurisprudence. Il est à notre avis dangereux de prendre appui sur l'interprétation de cette infraction d'origine prétorienne au moment d'analyser le sens de l'expression «tout autre moyen dolosif» utilisée à l'article 380 de notre *Code criminel*. Quelques années après l'arrêt *Olan*, la Cour suprême mettait d'ailleurs en garde les plaideurs contre le danger qu'il y a à se tourner vers la jurisprudence d'autres juridictions traitant, qui plus est, d'infractions dif-

⁵⁹ M. Rosenberg, «Corporate fraud» dans Conférences Commémoratives Meredith, *Le droit des affaires face au droit pénal*, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 1990, 317 à la p. 325.

⁶⁰ (1974), [1975] A.C. 819, [1974] 3 All E.R. 1032 (C.L.) [ci-après *Scott*].

férentes, afin de déterminer les éléments de la fraude telle que définie par notre *Code criminel*.

La mention de décisions d'autres ressorts en vertu du droit de la fraude en *common law* ou des affaires anglaises en vertu de la *Larceny Act* 1861, et 1916, ou de la *Theft Act*, 1968 et 1978, doit être examinée en gardant à l'esprit le fait que l'art. 338 [maintenant 380] de notre *Code* est différent⁶¹.

L'affirmation dans l'affaire *Scott* à l'effet que la malhonnêteté sous toutes ses formes peut fonder la culpabilité est faite dans le contexte très large de l'interprétation de *toutes* les infractions d'atteinte malhonnête au patrimoine et nous apparaît difficilement exportable. Le Lord Vicomte Dilhorne s'explique en effet de la manière suivante :

The definition of the common law offence of simple larceny has as one of its elements the fraudulent taking and carrying away. «Fraudulently» is used in the definition of larceny by a bailee in section 3 of the Larceny Act 1861 and in the definition of larceny in section 1 of the Larceny Act 1916. Theft always involves dishonesty. Deceit is not an ingredient of theft. These citations suffice to show that conduct to be fraudulent need not be deceitful [notes omises]⁶².

Non seulement les textes créateurs d'infractions sont-ils différents d'un ressort à l'autre, mais les infractions de *common law* offrent aux tribunaux une latitude que ne peut permettre l'interprétation d'un texte édicté par le législateur. Le fondement de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Olan* à l'effet que la malhonnêteté quelle qu'elle soit suffit à fonder un verdict de culpabilité pour fraude en droit canadien nous apparaît donc pour le moins fragile.

⁶¹ *Vézina*, supra note 18 à la p. 22, M. le juge Lamer. Voir aussi *R. c. Campbell*, [1986] 2 R.C.S. 376 à la p. 386, 32 D.L.R. (4^e) 463. Voir enfin l'appréciation peu flatteuse que fait le juge McLachlin de certains principes de droit anglais dans l'arrêt *Théroux*. Elle y affirme en effet ceci :

L'application de la jurisprudence anglaise à l'infraction canadienne de fraude présente deux difficultés. D'abord, l'infraction anglaise pertinente est formulée différemment de l'infraction canadienne. [...] La deuxième difficulté réside, selon moi, dans le fait que la jurisprudence anglaise n'est pas conciliable avec les principes fondamentaux du droit criminel en matière de *mens rea* (*Théroux*, supra note 9 aux pp. 22, 23).

⁶² *Scott*, supra note 60 à la p. 836.

2. Les actes malhonnêtes et la privation de la victime

S'appuyant toutefois sur la décision *Scott*, le juge Dickson affirme, dans l'arrêt *Olan*, que l'utilisation de biens corporatifs à des fins personnelles *peut* constituer une fraude⁶³. L'utilisation de biens corporatifs, un acte neutre en soi, ne devient malhonnête qu'en certaines circonstances⁶⁴. Le juge affirme qu'en l'espèce, le fait que les actifs de la compagnie cible aient en grande partie permis sa prise de contrôle par les accusés n'est pas déterminant quant à la culpabilité de ces derniers⁶⁵. Malgré sa référence au «dessein caché» d'enrichissement personnel, le juge pose ensuite la question essentielle à résoudre, c'est-à-dire savoir si les agissements des accusés ont causé une privation malhonnête à la compagnie cible⁶⁶. Le critère de la malhonnêteté est alors présenté comme faisant moins référence aux agissements des accusés qu'à leurs effets pour la victime. «Si [...] "frauduleusement" signifie "malhonnêtement", alors "frauder" signifie, dans le langage courant, priver malhonnêtement une personne de quelque chose qui lui appartient ou de quelque chose à laquelle elle a, aurait ou pourrait avoir droit, n'eût été la perpétration de la fraude»⁶⁷. Citant l'extrait suivant de l'arrêt anglais *Sinclair*, le juge Dickson laisse entendre que la fraude se résume à la prise injustifiée d'un risque au détriment du patrimoine d'autrui :

Dans les circonstances de la présente affaire, quel critère doit-on appliquer pour décider s'il y a eu conduite malhonnête? Il y a fraude si la preuve révèle qu'on a pris un risque, sans en avoir le droit, au détriment ou au préjudice d'autrui⁶⁸.

La redéfinition de la notion de privation en termes de risque est discutable à plus d'un titre. Nous traiterons de cette question au chapitre portant sur le préjudice⁶⁹. Nous nous en tiendrons pour l'instant à l'étude des critères utilisés pour déterminer si la mise en danger du patrimoine de la victime est illégitime. Dans l'arrêt *Olan*, la Cour suprême conclut à l'existence de preuves relatives à la malhonnêteté des accusés en comparant la valeur du patri-

⁶³ «L'utilisation des biens d'une compagnie à des fins personnelles plutôt qu'à l'avantage de celle-ci *peut* constituer un acte malhonnête si l'on accuse ses administrateurs de fraude» [nos italiques] (*Olan*, *supra* note 6 à la p. 1182).

⁶⁴ Proulx, *supra* note 9 à la p. 226.

⁶⁵ *Olan*, *supra* note 6 à la p. 1189.

⁶⁶ *Ibid.* aux pp. 1187, 1189.

⁶⁷ Extrait de *Scott*, *supra* note 60 à la p. 839, tel que cité avec approbation par le juge Dickson dans l'arrêt *Olan*, *supra* note 6 à la p. 1181.

⁶⁸ *Sinclair*, *supra* note 48 à la p. 621, cité et traduit dans l'arrêt *Olan*, *ibid.*

⁶⁹ Voir *infra* note 107 et s. et texte correspondant.

moine de la compagnie cible avant et après les opérations menées par eux. Selon elle, on peut douter de l'existence de motifs commerciaux légitimes ayant poussé la compagnie cible à se départir de valeurs sûres pour les remplacer par des valeurs hautement spéculatives⁷⁰. En quelque sorte, la preuve de la privation subie par la compagnie constitue simultanément la preuve de la privation subie et celle de la malhonnêteté des accusés⁷¹. Un critère de malhonnêteté, qui serait autonome des effets subis par la victime, demeure absent. Comme le fait remarquer Marc Rosenberg,

[w]here the test for «dishonesty» is whether the accused took an unjustified risk with the corporate assets of the victim, then it may seem that the second element of «other fraudulent means», the requirement of deprivation, will appear to merge with the dishonesty requirement. It is important, however, to keep the two concepts distinct because they address quite separate issues⁷².

La confusion entre la privation (le risque de préjudice) et la malhonnêteté se retrouve aussi, dans une certaine mesure, dans l'affaire *Zlatic*. Notons en effet que le principal reproche adressé à l'accusé dans cette affaire et, partant, la mesure de sa malhonnêteté, réside en grande partie dans le fait d'avoir «détourné» son propre argent vers une entreprise «notoirement risquée» :

⁷⁰ *Olan*, *supra* note 6 à la p. 1191.

⁷¹ C'est ainsi que Rainville analyse lui aussi le procédé utilisé par la Cour pour conclure à la malhonnêteté. Contrairement à nous cependant, il ne croit pas que ce critère de la malhonnêteté constitue un problème :

Mais c'est oublier, il nous semble, que la Cour suprême a précisé dans le même arrêt la mesure du préjudice que doit encourir la compagnie afin de découvrir si le geste de l'administrateur a eu un caractère frauduleux. La Cour *recourt au critère de la «nette disproportion» de valeur des biens échangés afin de conclure à l'existence d'un préjudice* créé par les administrateurs de la compagnie. Elle met donc elle-même en avant le critère applicable. *C'est ce critère*, et non un tour d'horizon des pratiques commerciales, *qui fait conclure au caractère malhonnête du comportement* de l'accusé [nos italiques] (Rainville, *supra* note 16 à la p. 207).

Voir aussi l'explication de Ewart :

Was the \$790,000 investment in Beauport Financial a legitimate investment and did it cause detriment, prejudice or risk of prejudice to Langley's? To determine this, the court held that the issue resolved into an examination of the ability of Beauport Holdings to repay *on demand* the loan of \$790,000 made to it by Beauport Financial [nos italiques] (Ewart, *supra* note 2 à la p. 56).

⁷² Rosenberg, *supra* note 59 à la p. 330. Selon cet auteur, la faiblesse principale de l'arrêt *Olan* réside dans le fait que la véritable victime dans cette affaire n'a pas été identifiée. Voir *infra* notes 136-39 et texte correspondant.

L'appelant 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[e] qu'une personne raisonnable considérerait malhonnête d'accepter de la marchandise destinée à la revente sans se préoccuper de la payer pour ensuite *jouer témérairement* le produit de cette revente [nos italiques]⁷³.

Dans la mesure où, rappelons-le, la fraude est dorénavant définie en termes de prise de risque illégitime avec des biens dans lesquels d'autres personnes ont un intérêt, qualifier d'illégitime la prise d'un risque parce qu'elle est «notoirement risquée» réduit la notion de malhonnêteté à la mesure de l'amplitude du risque couru. La malhonnêteté des actes de l'accusé ne peut résider entièrement dans le résultat qu'ils ont engendrés. Conclure ainsi reviendrait à dire que toutes les personnes désavantagées par une transaction quelconque sont victimes de fraude dès que l'accusé a envisagé cette situation. Pareille affirmation se concilie mal avec l'affirmation voulant que les procédés commerciaux déloyaux ou simplement agressifs ne soient pas constitutifs de fraude⁷⁴. Par ailleurs, associer la malhonnêteté à la privation confère une importance indue à l'ampleur du préjudice. Il doit être possible de conclure à la commission d'une fraude même en l'absence de préjudice important, dans la mesure où des moyens malhonnêtes sont employés. L'essence du crime ne peut se réduire à la simple privation. Le risque pris avec le patrimoine d'autrui ne peut être qualifié d'injustifié ou d'illégitime du simple fait qu'il ait été pris, de même que, nous l'avons déjà dit, la perception du risque par l'accusé ne peut à elle seule fonder la fraude.

3. La mise en péril déraisonnable

La Cour suprême dans l'arrêt *Zlatic* offre toutefois une porte de sortie de ce cercle vicieux. Le risque pris avec le patrimoine d'autrui serait injustifié ou illégitime — les deux mots semblent synonymes — dans la mesure où, outre son caractère risqué, la conduite de l'accusé ne serait pas conforme à

⁷³ *Zlatic*, *supra* note 13 à la p. 48.

⁷⁴ Dans l'arrêt *Théroux*, le juge McLachlin affirme en effet :

L'exigence d'un acte frauduleux intentionnel exclut la simple déclaration inexacte faite par négligence. Elle exclut également le comportement commercial imprudent ou le comportement qui est déloyal au sens de profiter d'une occasion d'affaires au détriment d'une personne moins astucieuse. [...] Une déclaration inexacte faite par négligence ou une pratique commerciale déloyale sont insuffisantes puisque, dans ni l'un ni l'autre cas, on ne trouve l'intention requise de priver par un moyen dolosif (*Théroux*, *supra* note 9 à la p. 26).

la norme de conduite jugée honnête par la personne raisonnable⁷⁵. Ce recours à la norme d'appréciation de la personne raisonnable pour déterminer l'honnêteté des actes posés par l'accusé présente à notre avis des difficultés insurmontables, que l'application de cette dernière soit laissée à l'appréciation du jury ou réservée à la discrétion judiciaire⁷⁶. Comme le fait remarquer à juste titre Michel Proulx⁷⁷, pareille fiction ne permet pas au prévenu de connaître avec suffisamment de précision la norme de conduite à laquelle il est impératif de se conformer⁷⁸. Dans un contexte où les pratiques commerciales sont complexes et diversifiées et où les tribunaux répètent volontiers, dans un souci évident de restreindre tant bien que mal le champ d'application du crime de fraude, que certaines pratiques particulièrement agressives, irrégulières⁷⁹ ou même déloyales⁸⁰ ne sont pas malhonnêtes, la ligne de démarcation entre ces conduites et la malhonnêteté est impossible à identifier⁸¹.

Les incertitudes et contradictions auxquelles a donné naissance le recours à la norme communautaire d'honnêteté en droit anglais font l'objet de discussions incessantes en Grande-Bretagne⁸². On fait de toutes parts remar-

⁷⁵ Voir *supra* note 33 et texte correspondant.

⁷⁶ En effet, il n'est pas évident, à la lecture des motifs de la Cour dans les arrêts *Zlatic* et *Théroux*, si l'appréciation de la norme communautaire d'honnêteté constitue l'apanage du juge ou du jury. À notre avis, même si les motifs de la Cour devaient s'interpréter comme laissant au juge le soin de définir la portée de la norme communautaire, les problèmes que nous entendons évoquer sont tout aussi grands.

⁷⁷ Proulx, *supra* note 9 à la p. 226.

⁷⁸ De manière générale, la définition de la fraude comme étant une privation malhonnête présente la même difficulté. À cet égard, la lecture de l'arrêt *Black*, *supra* note 12, est instructive. Dans cette affaire, le juge du procès a scrupuleusement instruit le jury sur le droit de la fraude, en reprenant presque mot pour mot les termes de l'arrêt *Olan*. Selon la Cour d'appel de l'Ontario, ces instructions étaient minutieuses et exemplaires. Après quelques minutes de délibération, le jury est revenu demander une «définition juridique» de la fraude, jugeant que les propos du juge du procès n'étaient pas très éclairants. Si, dans cette affaire, le jury censé juger l'accusé n'arrivait pas à distinguer la norme juridique, on peut douter que ce dernier y soit mieux parvenu au moment de poser les gestes incriminés.

⁷⁹ Voir *R. c. Fischer* (1987), 53 Sask. R. 263, 31 C.C.C. (3^e) 303 (C.A.) [ci-après *Fischer*]. Cette affaire met en cause une accusation de vol mais la discussion porte sur le concept de malhonnêteté.

⁸⁰ Voir *supra* note 74.

⁸¹ Voir Proulx, *supra* note 9 à la p. 229.

⁸² Voir par ex. Griew, *supra* note 53 aux pp. 72-77 ; J.C. Smith, *The Law of Theft*, 5^e éd., London, Butterworths, 1984 aux n^{os} 122-24, pp. 63-66 ; E. Griew, «Dislonesty: The Objections to Feely and Ghosli» (1985) *Crim. L. Rev.* 341 ; G. Williams, *Textbook of Criminal Law*, 2^e éd., London, Stevens, 1983 aux pp. 725-28 ; D.W. Elliott, «Law and Fact in Theft Act Cases» (1976) *Crim. L. Rev.* 707 ; D.W. Elliott, «Dishonesty in Theft: A Dispensable Concept» (1982) *Crim. L. Rev.* 395 ; G. Williams, «Innocuously Dipping into Trust Funds» (1985) 5 *Legal Stud.* 183 à la p.

quer que la jurisprudence anglaise rendue depuis la fin des années 60 mène à une impasse et est impossible à rationaliser autrement qu'en reconnaissant l'arbitraire le plus absolu engendré par la notion vague et ambiguë de malhonnêteté⁸³. À cet égard, les propos suivants du juge australien Fullagar dans l'affaire *Salvo* sont devenus classiques et méritent d'être répétés :

The reported cases in England, on appeal, since 1970 show the almost insoluble problem, with which this legislation, as interpreted in England, has forced them to wrestle. In my opinion this is calculated to bring the courts into contempt by reason of different decisions being given on similar [sic] facts, because this is a particular field where quite demonstrably «all do not have the same intuitions» [...].

And in this very field, of this very statute, it appears that five superior court judges in England have differed from five others. It is my opinion that respect for the law is greatly weakened when offenders receive different treatment as regards conviction, at the hands of different magistrates, justices or juries for almost identical actions in almost identical circumstances. Feelings of great injustice amongst those convicted, in comparing their lot with others acquitted, foster disrespect for and lack of confidence in the law and those charged with the heavy burden of administering it. As I have indicated, a study of the following decided cases shows in my opinion a remarkable, though not unexpected, difference of view between learned and experienced judges as to what is dishonest or fraudulent or deserving of moral obloquy and as to what is not dishonest or fraudulent or deserving of moral obloquy⁸⁴.

En outre, le droit anglais applique la norme communautaire d'honnêteté pour évaluer tant la conduite de l'accusé que son état d'esprit en vertu d'une seule et même notion. Ce faisant, il ouvre inexorablement la porte à l'évaluation personnelle qu'a pu faire l'accusé de l'honnêteté de sa conduite et permet la réception de moyens de défense inexistantes en droit ou l'élargissement de certains autres⁸⁵.

Faire dépendre la culpabilité d'un individu des scrupules attribués à une

184 ; M. Wasik, «Mens Rea, Motive, and the Problem of "Dishonesty" in the Law of Theft» (1979) *Crim. L. Rev.* 543 à la p. 555.

⁸³ En Grande-Bretagne le concept de malhonnêteté s'applique essentiellement à la *mens rea* de la fraude. Les problèmes que suscite le recours à la norme communautaire d'honnêteté pour qualifier les actes de l'accusé plutôt que son état d'esprit sont toutefois identiques dans la mesure où ils découlent, dans les deux cas, de la même source. Peu importe à quelle fin elle est employée, la norme communautaire laisse place à l'arbitraire.

⁸⁴ *R. c. Salvo* (1979), [1980] V.R. 401 aux pp. 430-31 (C.S.) [ci-après *Salvo*]. Voir aussi *R. c. Bonollo* (1980), [1981] V.R. 633 (C.S.) [ci-après *Bonollo*] ; *R. c. Brow* (1980), [1981] V.R. 783 (C.S.) [ci-après *Brow*].

⁸⁵ Voir *infra* notes 166-69 et texte correspondant.

personne hypothétique digne et honorable présente des dangers d'arbitraire évidents et invite le juge des faits à imposer son jugement moral comme barème de la légalité de la conduite de l'accusé. Or, comme le fait remarquer avec force le juge Fullagar, ce genre de procédé ne peut qu'entraîner la déconsidération de la justice criminelle :

In my respectful opinion it is contrary to the most fundamental tenets and traditions of the common law, and of the English judicial system itself, that the judges of the court of law should set themselves up, *or allow themselves to be set up*, as judges of morals or of moral standards. The public respect for the courts, upon which the courts' authority and existence ultimately depend, is held *because* they decide cases according to known legal principles. It is equally important that the principles applied be legal principles and known principles. Feelings and intuitions as to what constitutes dishonesty, and even as to what dishonesty means, must vary greatly from jury to jury and from judge to judge and from magistrate to magistrate [...].

In my opinion, once the courts of law, properly so called, begin to decide cases, especially criminal cases, according to the judge's own view of abstract justice or of current standards of honesty or morality, respect for the courts will be calculated to decline, with dire consequences of a most fundamental character⁸⁶.

Au Canada, les auteurs sont unanimes à reconnaître ces difficultés et ont sévèrement critiqué la proposition de la Commission de réforme du droit du Canada qui avait, dans son document de travail sur le vol et la fraude⁸⁷, recommandé le recours au mot «malhonnêtement» pour asseoir le droit de la fraude⁸⁸. En adoptant la norme d'honnêteté de la personne raisonnable, la

⁸⁶ *Salvo*, *supra* note 84 à la p. 430.

⁸⁷ *Le vol et la fraude*, *supra* note 3 aux pp. 9, 10, 21 et s.

⁸⁸ Voir par ex. B. Ziff, «Theft and Fraud» (1984) 16 Ottawa L. Rev. 431 aux pp. 436, 439. Cet auteur explique :

One possible result of failing to provide statutory guidance as to the meaning of dishonesty is that the courts will forge some bare, functional definition which will be developed with the passage of time. This may be particularly problematic in the proposed amendments because dishonesty, absence of a claim of rights and an intention to deprive, all remain components of theft. [...] It is hard to understand what it adds to the basic definition beyond suggesting absence of a claim of right, unless it is the superadded and ill-defined requirement of bad motive or immorality. Alternatively, there may be a resort to ordinary dictionary definitions, a practice which is said to be common among trial judges. *A third possibility is the acceptance of the English approach. As discussed above, in England the duty of defining dishonestly [sic] is treated primarily as a jury function, to be performed by applying ordinary standards of public decency. This, it is suggested, is an untenable position* [nos italiques ; notes omises] (*ibid.* aux pp. 439, 440).

Cour suprême ignore leurs mises en garde contre la simplicité trompeuse de cette notion et s'engage dans une voie que l'expérience britannique enseigne être sans issue. Cette position de la Cour est non seulement regrettable, mais incompatible avec les exigences posées par la Constitution. Le recours à la norme d'honnêteté des personnes dignes et honorables ne formulant pas de règle intelligible permettant de connaître avec un minimum de précision le champ de la répression pénale, il ne rencontre pas les critères élaborés dans la jurisprudence récente de la Cour suprême relativement à la nullité des lois pour cause d'imprécision ou de portée excessive⁸⁹. Ces arrêts posent le principe que les lois édictées par le législateur doivent, pour ne pas enfreindre les principes de justice fondamentale enchâssés dans la *Charte*, permettre aux citoyens d'être raisonnablement prévenus des conséquences de leur conduite. Les textes doivent par ailleurs éviter que le pouvoir discrétionnaire en matière d'application de la loi soit illimité⁹⁰. Ces principes, élaborés dans le cadre de l'analyse constitutionnelle de textes créateurs d'infractions, sont tout aussi applicables à l'interprétation jurisprudentielle de ces mêmes textes. Les principes de *common law* édictés par les tribunaux ainsi que les règles d'interprétation qu'ils proposent ne sont pas immuns d'une évaluation constitutionnelle. Comme l'a conclu le juge MacIntyre dans l'arrêt *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*⁹¹, la magistrature devrait expliquer et développer des principes de *common law* compatibles avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution.

Confrontés à l'interprétation d'un texte, les tribunaux doivent veiller à favoriser une interprétation conforme aux principes de justice fondamentale enchâssés dans la *Charte* et tenter de donner aux dispositions du *Code* un sens qui permette la formulation d'une norme intelligible qui ne soit pas indûment large⁹². Comme l'affirme le juge Sopinka dans l'arrêt *Butler*, qui

Voir aussi Doherty, *supra* note 9 aux pp. 392-98 ; Stuart, *supra* note 54 aux pp. 140-50 ; Proulx, *supra* note 9 ; Rainville, *supra* note 16 à la p. 215 et s.

⁸⁹ Voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, 77 C.R. (3^e) 1 [ci-après *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*] ; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, 89 D.L.R. (4^e) 449 [ci-après *Butler* avec renvois aux R.C.S.]. Voir surtout *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 15 C.R. (4^e) 1 [ci-après *Nova Scotia Pharmaceutical*].

⁹⁰ Les principes relatifs à la nullité des lois pour cause d'imprécision et de portée excessive sont résumés et analysés dans les motifs du juge Gonthier dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical*, *ibid.* aux pp. 621-43.

⁹¹ [1986] 2 R.C.S. 573 à la p. 603, 33 D.L.R. (4^e) 174.

⁹² Comme l'affirme le juge Lamer qui, dans le *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, disposait de l'argument à l'effet que l'article 193 C. cr. relatif à la prostitution est vague et imprécis :

mettait en cause l'article 163 du *Code criminel* relatif à l'obscénité,

[p]our déterminer si le par. 163(8) prescrit une norme intelligible, il faut examiner la façon dont la disposition a été interprétée par les tribunaux [...]

Les normes qui échappent à une définition technique précise, comme le terme «indue», font inévitablement partie du droit. [...] Il appartient aux tribunaux de tenter d'interpréter ces termes. Si cette interprétation donne une norme intelligible, on a satisfait au critère préliminaire pour l'application de l'article premier⁹³.

Le recours à la norme d'appréciation de la personne raisonnable pour définir la portée d'une expression utilisée par le législateur n'est pas nouveau en droit pénal canadien et n'est certes pas toujours fatal au plan constitutionnel. Il en va ainsi du critère de l'observateur extérieur utilisé pour déterminer le caractère sexuel de l'agression sexuelle⁹⁴. Dans ce contexte, la norme de conduite est facilement identifiable et la portée de l'infraction nécessairement limitée. Malgré toute l'imagination que l'on peut attribuer à la personne raisonnable, il y a nécessairement des limites facilement identifiables à sa faculté d'accorder un caractère sexuel à certains comportements

Au fil des ans, les tribunaux ont élaboré des règles d'interprétation qui portent précisément sur les lois régissant les activités criminelles. D'ailleurs, dans le domaine des lois pénales, c'est-à-dire des lois qui créent les infractions, l'interprétation restrictive est la règle. En d'autres termes, si le sens ou la portée d'un terme ou d'une phrase créent des difficultés que l'application des règles d'interprétation habituelles ne peuvent résoudre, les tribunaux retiendront alors le sens favorable à l'accusé. [...] Évidemment, la nature même de la langue suppose qu'il y aura toujours un certain degré de souplesse dans l'interprétation et l'appréciation judiciaires. Cela n'est pas synonyme d'imprécision inadmissible. Je conclus que l'art. 193 du *Code criminel* n'est pas d'une imprécision inacceptable *puisque les tribunaux ont donné et donnent encore aux termes et aux expressions de cet article un sens raisonnable* [nos italiques] (*Renvoi relatif au Code criminel* (Man.), *supra* note 89 à la p. 1160).

Voir aussi les motifs de M. le juge en chef Dickson, *ibid.* à la p. 1141.

⁹³ Butler, *supra* note 89 aux pp. 490-91. Le juge Sopinka, discutant de la possibilité de déclarer l'article 163 C. cr. vague et imprécis et constatant certaines ambiguïtés dans la jurisprudence quant à son interprétation, présente ainsi le devoir qui incombe aux tribunaux lorsque le texte de l'infraction est d'une texture ouverte rendant ce dernier susceptible d'être attaqué pour cause d'imprécision :

Cette lacune dans la jurisprudence fait que le texte législatif peut être attaqué en raison de son caractère imprécis et incertain. C'est à une telle attaque qu'on se livre ici. On doit si possible combler cette lacune dans l'interprétation du texte législatif avant de le soumettre à un examen fondé sur la *Charte* [nos soulignements] (*ibid.* à la p. 483).

⁹⁴ R. c. Chase, [1987] 2 R.C.S. 293, 45 D.L.R. (4^e) 98.

et la latitude dont dispose le juge pour imposer sa propre conception de ce qui est ou non sexuel est assez réduite. Dans le contexte plus difficile de l'obscénité, il convient de constater que, dans une série d'arrêts, la Cour suprême a tenté de circonscrire au maximum les critères de l'exploitation «indue» des choses sexuelles et de la norme sociale de tolérance afin d'éviter qu'ils ne dépendent des idiosyncrasies et de la sensibilité du juge des faits⁹⁵. Plus particulièrement, en précisant qu'étaient indues les représentations sexuelles plaçant certaines personnes en état de subordination, de soumission, d'humiliation, ou encore celles combinant sexualité et violence, la Cour a cherché à proposer une norme générale qui soit suffisamment précise et dont l'application ne dépende pas du sens moral ou des normes de décence particuliers au juge des faits⁹⁶. Ces précautions sont totalement absentes dans le domaine notoirement complexe et perméable aux jugements de valeur qu'est la fraude alors que la Cour ne parvient toujours pas à identifier les circonstances rendant frauduleux un comportement en apparence honnête, se contentant de renvoyer aux scrupules des personnes dignes et honorables⁹⁷. Comme y était jadis invité le juge siégeant en matière d'obscénité, le juge ou le jury occupé à découvrir les scrupules des citoyens honnêtes est en définitive appelé à criminaliser des comportements qu'il juge de mauvais goût ou inconvenants⁹⁸.

C'est à notre avis ce qui s'est produit dans l'affaire *Zlatic* où la majorité de la Cour déclare l'accusé coupable de fraude au motif qu'en employant des sommes d'argent qui lui appartenaient pour s'adonner au jeu, il a illégalement privé ses créanciers d'un bien dans lequel ils avaient un intérêt particulier. À cet égard, notons que la Cour précise que, s'il avait employé ces sommes d'argent d'une manière plus convenable, monsieur *Zlatic* ne se-

⁹⁵ *Brodie c. R.*, [1962] R.C.S. 681 à la p. 702, 32 D.L.R. (2^e) 507. Voir surtout *Towne Cinema Theatres Ltd. c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 494, 18 D.L.R. (4^e) 1 ; *Butler*, *supra* note 89.

⁹⁶ Voir en particulier la démarche de la Cour dans l'arrêt *Butler*, *ibid.* aux pp. 483, 490, 491, M. le juge Sopinka.

⁹⁷ *Zlatic*, *supra* note 13 à la p. 45.

⁹⁸ Le caractère polymorphe et extrêmement vaste de la fraude, qui permet dorénavant de réprimer les comportements jugés peu dignes ou honorables et ayant mis en péril, sans nécessairement l'affecter, le patrimoine d'autrui rapproche étrangement les utilisations pouvant être faites de l'article 380 de notre *Code criminel* de celles que permettait la disposition du code pénal de Dantzig, citée comme exemple classique de disposition arbitraire :

Sera puni quiconque commet un acte que la loi déclare punissable ou qui mérite un châtement selon l'idée fondamentale d'une loi pénale et d'après le sentiment populaire sain. Si une loi pénale déterminée ne vise pas directement l'acte, celui-ci sera puni en vertu de la loi dont l'idée fondamentale s'applique le mieux audit acte (traduction française citée par M. le juge Lamcra dans le *Renvoi relatif au Code criminel (Man.)*, *supra* note 89 à la p. 1151).

rait peut-être pas tombé sous le coup de la prohibition de l'article 380 :

Il est possible, tout dépendant des circonstances, que s'il avait choisi 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.⁹⁹

En l'espèce, la distinction entre le jeu et la spéculation boursière est subtile et relève d'une appréciation morale de la conduite¹⁰⁰. Il apparaît de l'extrait cité que la poursuite d'un but d'enrichissement personnel n'aurait pas nécessairement rendu les actes de l'accusé illégitimes si elle s'était traduite par des spéculations boursières ou immobilières, opérations commerciales plus nobles de l'avis de la Cour. À une époque où les gouvernements ouvrent des casinos pour renflouer les finances publiques, la chose mérite d'être soulignée. Les «circonstances» et les «actes» incriminés par le texte de l'article 380 n'étant pas mieux précisés, on peut se demander quel sort serait réservé par un tribunal à un accusé qui dilapiderait sa fortune au profit de missions religieuses ou encore pour se procurer, à des fins personnelles, un médicament expérimental destiné à guérir le SIDA. Pourrait-on, dans ce dernier cas, parler de détournement de fonds à des fins personnelles vers une entreprise notoirement risquée ?

À défaut d'être mieux explicitée, la norme d'honnêteté de la personne raisonnable proposée par la Cour suprême n'est pas satisfaisante. En outre, il nous apparaît fort discutable de faire dépendre la culpabilité pour une infraction d'atteinte au patrimoine d'un simple écart de conduite par rapport à la norme d'honnêteté des personnes raisonnables dans un contexte où la Cour suprême tend à revoir à la hausse la norme de faute pour les infractions de négligence prévues au *Code criminel*. Dans les récentes affaires *R. c.*

⁹⁹ *Zlatic*, *supra* note 13 aux pp. 47-48. Voir aussi *supra* note 73 et texte correspondant.

¹⁰⁰ Comme le fait remarquer le juge Sopinka dans ses motifs dissidents dans *Zlatic*, *ibid.* à la p. 35, s'il est établi qu'au moment où l'accusé a reçu les marchandises, il a faussement représenté qu'il avait l'intention de les payer, il y a eu fraude par supécherie ou mensonge et le cas est simple. Il apparaît toutefois que la majorité de la Cour pose la question autrement. Le juge McLachlin présente les choses ainsi :

À mon avis, la façon la plus raisonnable de percevoir les motifs du juge du procès consiste à conclure 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 [...]

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 (*Zlatic*, *ibid.* aux pp. 43, 44).

*Hundal*¹⁰¹, *R. c. Creighton*¹⁰², *R. c. Gosset*¹⁰³, *R. c. Finlay*¹⁰⁴ et *R. c. Naglyk*¹⁰⁵, la Cour a en effet indiqué que la négligence pénale implique un écart marqué par rapport à la norme de conduite de la personne raisonnable pour fonder la culpabilité. Il est paradoxal qu'alors qu'un écart marqué à la norme doive dorénavant fonder la culpabilité dans le contexte d'infractions où la vie humaine est mise en péril, un simple manque en regard des scrupules des personnes dignes et honorables suffise à faire qualifier l'accusé de malhonnête dans le contexte d'une infraction de mise en péril de patrimoine¹⁰⁶.

D. La privation

1. Privation et *mens rea*

Comme nous l'avons déjà mentionné, le juge Dickson, référant à l'arrêt *Allsop*, redéfinit dans l'arrêt *Olan* l'élément de privation de la fraude pénale en termes de mise en péril du patrimoine de la victime¹⁰⁷.

Cette conclusion est appuyée par des références à l'arrêt anglais qui, selon le juge Dickson, «décrit bien [...] l'état du droit sur le rôle de la perte pécuniaire dans la fraude»¹⁰⁸. Or, faut-il le rappeler, l'arrêt *Allsop* est entièrement consacré à la *mens rea* dans le cadre d'une accusation de complot en vue de frauder. En effet, cette affaire mettait en cause la détermination de la nature et de l'étendue de l'intention nécessaire à la culpabilité. En l'espèce, les accusés plaidaient que, puisqu'ils n'avaient pas eu l'intention arrêtée de faire subir une perte pécuniaire à la victime, ils ne pouvaient être reconnus coupables de complot en vue de frauder. Après avoir rappelé que, règle générale, le *mobile* poussant les fraudeurs à agir ne consiste pas tant dans la dépossession de la victime que dans la poursuite d'un but d'enrichissement personnel¹⁰⁹, la Cour d'appel d'Angleterre conclut que la fraude peut être qualifiée d'intentionnelle dès que les accusés ont prévu la possibilité d'un préjudice pour la victime :

¹⁰¹ [1993] 1 R.C.S. 867, 79 C.C.C. (3^e) 97.

¹⁰² [1993] 3 R.C.S. 3, 105 D.L.R. (4^e) 632.

¹⁰³ [1993] 3 R.C.S. 76, 105 D.L.R. (4^e) 681.

¹⁰⁴ [1993] 3 R.C.S. 103, 105 D.L.R. (4^e) 699.

¹⁰⁵ [1993] 3 R.C.S. 122, 105 D.L.R. (4^e) 712.

¹⁰⁶ Voir *infra* notes 117-20 et texte correspondant.

¹⁰⁷ Voir *Olan*, *supra* note 6 et ci-dessus le texte correspondant à la note 23.

¹⁰⁸ *Olan*, *ibid.* à la p. 1182.

¹⁰⁹ *Allsop*, *supra* note 22 à la p. 31.

We would adopt and apply the view expressed, also by Lord Diplock, in *HYAM v. D.P.P.* where he said in crimes of this class : «... no distinction is to be drawn in English law between the state of mind of one who does an act because he desires it to produce a particular evil consequence, and the state of mind of one who does the act knowing full well that it is likely to produce that consequence although it may not be the object he was seeking to achieve by doing the act. What is common to both these states of mind is willingness to produce the particular evil consequence: and this, in my view is the *mens rea* need [*sic*] to satisfy a requirement, whether imposed by statute or existing at common law, that in order to constitute the offence with which the accused is charged he must have acted with «intent» to produce a particular evil consequence ...» [notes omises]¹¹⁰.

C'est dans ce contexte d'analyse de la *mens rea*, nous semble-t-il, que doivent être lus les extraits de cette décision à l'effet que le préjudice de la fraude peut n'être qu'éventuel. Dans la mesure où la privation est la conséquence prohibée par l'infraction de fraude, la *mens rea* de l'accusé en regard de cette privation peut très bien s'analyser en termes de prévision de la réalisation probable de cette conséquence et d'acceptation délibérée du risque. Il est toutefois essentiel de ne pas confondre l'état d'esprit de l'accusé et les éléments matériels de l'infraction. Se satisfaire, pour établir la culpabilité morale, de la perception et de l'acceptation d'un risque, n'entraîne pas qu'au plan matériel la simple présence d'un risque soit suffisante pour qu'on puisse parler de résultat. En outre, même à supposer que les lords anglais rédigeant la décision dans l'affaire *Allsop* aient vraiment voulu signifier, ce dont nous doutons fort, qu'au plan matériel un simple risque de préjudice est suffisant, il est important d'insister sur le fait que l'infraction de complot en vue de frauder, mise en cause dans cette affaire, n'en est pas une de résultat. Le rôle de la perte pécuniaire dans le contexte d'une accusation de complot est certes relatif dans la mesure où elle n'a pas à se matérialiser pour que l'infraction soit consommée. Il en va autrement dans le contexte de l'infraction de fraude telle qu'édictee à l'article 380 de notre *Code criminel*.

2. Le «risque de préjudice»

Malgré que, dans l'affaire *Olan*, il y ait eu perte réelle et non simplement risque de perte, puisqu'au moment de l'accusation le portefeuille de la victime avait sur le marché une valeur monétaire moindre que sa valeur initiale¹¹¹, le crime de fraude est toutefois, sur la base de l'arrêt *Allsop*, défini de manière très large et considéré comme consommé dès que les intérêts de

¹¹⁰ *Ibid.* à la p. 32.

¹¹¹ *Olan*, *supra* note 6 à la p. 1191.

la victime sont mis en péril¹¹². À cet égard, la notion de «risque de préjudice» est ambiguë. Si elle réfère simplement à une privation de la victime, que l'on peut évaluer monétairement au moment de l'accusation sans toutefois que l'on puisse parler de perte sèche et, à long terme, d'argent, comme ce fut le cas dans l'affaire *Olan*, il n'y a pas risque de préjudice mais bien préjudice réel¹¹³. Il est alors faux de parler de risque de préjudice, et l'idée voulant que le préjudice n'a pas à se matérialiser perd toute pertinence.

C'est, semble-t-il, de cette manière que le juge Lamer conçoit la notion de «risque» de préjudice dans l'arrêt *Vézina*. Dans cette affaire, les accusés avaient présenté à la Banque de Montréal des obligations d'épargne payables au porteur qu'ils savaient volées afin que le montant qu'elles représentaient soit versé dans un compte de banque qu'ils détenaient en Suisse. Toutefois, comme la Banque du Canada avisa à temps la Banque de Montréal du fait que les obligations étaient volées, le stratagème des accusés échoua. Accusés d'avoir tenté de frauder la Banque de Montréal, ils plaident en défense que cette dernière n'encourait aucun péril puisqu'il ne lui était pas demandé d'avancer de fonds. La Banque de Montréal ne servait que de «conduit» destiné à remettre les obligations à la Banque du Canada, cette dernière devant alors les honorer en versant le montant de leur valeur au compte bancaire suisse. La Cour suprême, sous la plume du juge Lamer, fit droit à cet argument :

[S]i les accusés avaient comploté et tenté d'obtenir de la Banque de Montréal 975 000 \$, à même ses fonds, en échange des obligations, ils auraient eu l'intention d'amener la banque à se départir de 975 000 \$ comptant, à même ses fonds, et à ne conserver qu'un titre donnant droit à de l'argent comptant. Que la Banque de Montréal soit remboursée par la Banque du Canada et ne perde pas cette somme, serait, à mon avis, sans importance en ce qui concerne la possibilité de subir un préjudice économique. [...] *Le patrimoine de celui qui possède l'argent est certainement en meilleur état que celui du détenteur d'obligations volées, même si ce dernier est de bonne foi. La bonne foi peut être mise en doute et le paiement retardé [...]*

[En l'espèce toutefois,]la banque a été amenée par la supercherie à participer, quoique innocemment, à une opération frauduleuse.

¹¹² *Ibid.* à la p. 1182.

¹¹³ À la p. 1190 de l'arrêt *Olan*, *ibid.*, le juge Dickson s'explique sur la notion de préjudice en rejetant l'argument des accusés à l'effet que, pour parler de préjudice, il était nécessaire que les actions acquises par la compagnie cible n'aient aucune valeur. Cet argument à l'effet que le préjudice doit être total et absolu est rejeté. Dans ce contexte, la notion de risque de préjudice, si elle s'entend du préjudice réel bien qu'en partie limité, est plus trompeuse qu'utile.

Aussi large que puisse être la notion de privation, je ne crois pas qu'elle englobe le genre de préjudice qui aurait pu être causé à la Banque de Montréal. Tout préjudice causé à cette dernière reste hypothétique et trop lointain.

Lorsque cette Cour parle de «risque de préjudice» dans l'arrêt *Olan*, il faut interpréter cette mention à la lumière des faits de cette affaire-là et dans le sens que, pour qu'il y ait une privation, il n'est pas «essentiel [qu'il y ait] une perte pécuniaire réelle». Dans l'affaire *Olan*, la victime a versé de l'argent pour obtenir un titre, d'ailleurs un excellent titre pour le montant. [...] À cause de la supercherie, la victime restait avec un titre et s'était départie de l'argent. *Le patrimoine de la victime était amputé des liquidités et n'avait plus que le titre*. C'est une privation. [...]

Par contre, pour la Banque de Montréal, il n'existait pas de risque identifiable de préjudice pécuniaire. *On ne lui demandait pas de se départir de quoi que ce soit qui lui appartenait, qu'elle possédait ou sur lequel elle avait un droit spécial* [nos italiques ; notes omises]¹¹⁴.

Dans un contexte où la victime a été amenée par supercherie à se départir de quelque chose qui lui appartenait, qu'elle possédait ou sur laquelle elle avait un droit spécial, il y a certes privation. Le fait qu'ultimement, la victime recouvre son bien ne change alors rien au fait qu'il y a eu, du moins temporairement, privation¹¹⁵. La notion de «risque de préjudice» traduit alors maladroitement le fait de cette privation temporaire¹¹⁶.

Appliquée toutefois dans un contexte comme celui de l'affaire *Zlatic*¹¹⁷,

¹¹⁴ *Vézina*, *supra* note 18 aux pp. 20-21, 22. Il est par ailleurs intéressant de noter que, selon l'évaluation du juge Lamer, les titres acquis par la compagnie Langley dans l'affaire *Olan* étaient excellents. Cette évaluation est bien différente de celle faite par le juge Dickson dans l'affaire *Olan*, *supra* note 6 aux pp. 1191-93. En suivant la logique du juge Lamer, il semble donc que le préjudice dans l'affaire *Olan* tient surtout au fait que la victime s'est départie de quelque chose. Dans ce contexte, il semble en outre qu'il faille rechercher la malhonnêteté des accusés ailleurs que dans le fait que ces derniers aient fait mener à la compagnie une transaction qui n'était pas dans son intérêt. Cette question n'est manifestement pas envisagée par le juge Lamer.

¹¹⁵ Voir *R. c. Knowles* (1979), 51 C.C.C. (2^e) 237 à la p. 241 (C.A. Ont.) [ci-après *Knowles*].

¹¹⁶ C'est ainsi, par exemple, que nous comprenons l'expression «risque de préjudice» telle qu'utilisée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. Wagman* (1981), 60 C.C.C. (2^e) 23 (C.A. Ont.) [ci-après *Wagman*]. Dans cette affaire, un prêteur hypothécaire avait été amené par supercherie à consentir des prêts hypothécaires à des personnes auxquelles il n'aurait pas prêté autrement, vu le risque plus élevé qu'elles représentaient. Le fait qu'ultimement les prêts aient été remboursés ne changeait rien au fait que, pendant une certaine période, le prêteur avait avancé des sommes et assumé un risque qu'il ne voulait pas courir.

¹¹⁷ Pareille situation de mise en péril de patrimoine a semble-t-il été considérée comme une fraude dans l'affaire *R. c. Gaetz* (1992), 117 N.S.R. (2^e) 22, 77 C.C.C. (3^e) 445 (C.S.D.A.), conf. par [1993] 3 R.C.S. 645.

où la victime n'a pas été amenée à se départir d'un bien quelconque, l'affirmation à l'effet qu'aucune perte réelle n'est nécessaire pour fonder la culpabilité entraîne une extension sans précédent du droit de la fraude et dénature le texte du paragraphe 380(1) qui incrimine le fait de «frustrer» une personne ou le public de tout argent, bien ou valeur. Si la victime ne s'est départie de rien et si le préjudice n'a pas à se matérialiser, d'infraction de résultat qu'elle était, la fraude devient plutôt une infraction de mise en danger et ce, malgré que l'on continue d'affirmer que la privation constitue un élément essentiel du crime de fraude. Il faut à cet égard noter que le nouveau crime de fraude, entendu comme réprimant dorénavant la mise en péril du patrimoine d'autrui, présente une similitude frappante avec la négligence criminelle et les infractions de mise en danger de la personne humaine, telles la conduite dangereuse d'un véhicule à moteur¹¹⁸ ou l'utilisation négligente d'armes à feu¹¹⁹. Toutes ces infractions sanctionnent en effet la prise illégitime de risques aux dépens d'autrui. Paradoxalement toutefois, alors que les infractions de mise en danger de la personne humaine sont interprétées comme ne sanctionnant que les écarts «marqués» à la norme de conduite de la personne raisonnable, la nouvelle infraction de mise en danger de patrimoine sanctionne les comportements que les personnes scrupuleuses et honorables considéreraient malhonnêtes, une notion à notre avis beaucoup plus large¹²⁰.

Par ailleurs, sanctionner au moyen de l'infraction de fraude une privation à laquelle la victime n'a participé d'aucune manière assimile à certains égards le vol à la fraude. Il est en effet important de noter que, dans l'affaire *Zlatic*, les sommes jouées par l'accusé lui appartenaient. En étendant la protection de l'article 380 à des personnes qui n'avaient aucun droit dans la chose et ne se sont départies de rien, la Cour, par le biais de l'article 380, a donc trouvé monsieur Zlatic coupable soit de vol, soit d'une nouvelle infraction de mise en péril de patrimoine.

À cet égard, les propos du juge Sopinka, dissident, sont clairs. Selon ce dernier, la prémisse sur laquelle s'appuie la majorité en appliquant le droit aux faits est celle selon laquelle les créanciers de monsieur Zlatic avaient un intérêt pécuniaire dans l'argent reçu par l'accusé lors de la revente des mar-

¹¹⁸ Art. 249 C. cr.

¹¹⁹ Par. 86(2) C. cr.

¹²⁰ Paradoxalement aussi, certains comportements risquent toutefois de ne pas être considérés comme malhonnêtes parce qu'ils constituent des pratiques répandues. La malhonnêteté, telle que définie par la Cour suprême du Canada, est donc à la fois une notion trop restrictive et trop large.

chandises obtenues de ses fournisseurs¹²¹. Or, toujours selon lui, les créanciers de monsieur Zlatic n'avaient aucun intérêt pécuniaire dans les sommes jouées par l'accusé au sens de l'intérêt que détiendraient un propriétaire, une compagnie dans ses propres fonds ou le bénéficiaire d'une obligation fiduciaire¹²². Si les créanciers avaient eu un droit de cette nature, l'appropriation illégitime de ce droit par l'accusé aurait constitué un vol, au même titre que serait un vol, nous dit-il, le fait pour un avocat de retirer sans autorisation de l'argent de son compte en fidéicommiss :

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 fraude¹²³.

Ne partageant pas exactement la démarche de la majorité, le juge Sopinka arrive toutefois à un résultat similaire lorsqu'il affirme, après quelques hésitations, que le fait d'utiliser ses propres fonds d'une manière qui *compromet* sa capacité de rembourser ses dettes ne peut être qualifié que de malhonnête si l'accusé a agi en connaissance de cause¹²⁴. Selon lui, constitue une fraude le fait de miner délibérément sa capacité de payer. Pour reprendre alors les faits de l'affaire *Zlatic*, dans la mesure où l'on applique-

¹²¹ M^{me} le juge McLachlin affirme dans *Zlatic*, *supra* note 13 à la p. 48, qu'une personne raisonnable y verrait un « détournement 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. »

¹²² *Ibid.* à la p. 34. Depuis que le droit de la fraude s'entend de manière à réprimer toute privation malhonnête, les différences conceptuelles entre le vol et la fraude tendent à s'amenuiser considérablement. En fait, la fraude est définie tellement largement, qu'en y pensant bien, tout vol constitue dorénavant une fraude. Voir à cet égard, l'arrêt *Kirkwood*, *supra* note 18. En outre, dans certaines circonstances, des accusations de vol par détournement ou de fraude semblent pouvoir être indistinctement portées. Voir *R. c. Smith* (1992), 77 C.C.C. (3^e) 182 (C.A. Ont.), conf. par [1993] 3 R.C.S. 635 [ci-après *Smith*].

L'analyse de cette question ainsi que des conséquences pour l'accusé de cet état de fait dépasse largement le cadre de cette étude. Sur la désirabilité de conserver une distinction conceptuelle entre le vol et la fraude, la discussion est quasi inexistante en droit canadien. Voir toutefois, en droit anglais, S. Shute et J. Horder, « Thieving and Deceiving: What is the Difference? » (1993) 56 *Modern L. Rev.* 548 ; C.M.V. Clarkson, « Theft and Fair Labelling » (1993) 56 *Modern L. Rev.* 554. Ces textes traitent de questions similaires et peuvent servir de point de départ à la réflexion dans notre pays même s'il faut se garder d'importer aveuglément les solutions envisagées par nos amis d'outre-atlantique.

¹²³ *Zlatic*, *ibid.* à la p. 35.

¹²⁴ *Ibid.* à la p. 36.

rait dans toute sa rigueur l'idée voulant que la privation est complète dès que les intérêts patrimoniaux de la victime sont mis en péril sans toutefois que le préjudice n'ait à se matérialiser et dans un contexte où la victime n'a été amenée à se départir de rien, on peut se demander à quel moment précis l'infraction attribuée à monsieur Zlatic fut consommée. Suivant la logique du «risque de préjudice» transformé en privation, la perte au jeu n'est pas pertinente à la culpabilité. En poussant à l'extrême le raisonnement entamé, il faudrait admettre que la culpabilité de monsieur Zlatic ne dépendait pas du fait qu'il a effectivement perdu ces sommes au jeu. Il serait suffisant qu'elles aient été mises en péril. À cet égard, la fraude était consommée dès que l'inculpé est entré au casino avec l'argent sur sa personne ou dès sa première mise¹²⁵. La perte au jeu ne serait pas un élément de l'infraction, mais un simple élément de preuve quant à la mise en péril.

En outre, même si l'on admet, pour les fins de la discussion, que le fait de volontairement miner sa capacité de payer ses créanciers constitue un acte malhonnête, comme le suggère le juge Sopinka, la question de la spoliation de la victime, qu'il soulève également, demeure sans réponse :

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 droit¹²⁶.

Le paragraphe 380(1) sanctionne le fait de frustrer une personne de tout bien, argent ou valeur¹²⁷. Or, le droit des créanciers d'être payés ne leur confère aucun droit juridique dans la «chose» qui appartenait à l'accusé et que ce dernier a perdue au jeu. Au plan juridique, la seule chose dans laquelle les fournisseurs aient eu un droit quelconque, c'est la créance qu'ils détenaient à l'égard de l'accusé et cette créance subsistait, même après la perte

¹²⁵ Pour conclure dans cette veine, il faudra se demander si le gouvernement du Québec, qui a ouvert des casinos, ne se rendra par coupable d'incitation à commettre un acte criminel !

¹²⁶ *Zlatic*, *supra* note 13 à la p. 34.

¹²⁷ Le mot «bien», tel que défini à l'article 2 C. cr. s'entend d'une chose susceptible d'appropriation. Voir *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963 à la p. 974, 63 C.R. (3^e) 305 [ci-après *Stewart* avec renvois aux R.C.S.]. Dans cette affaire, l'inculpé était accusé de tentative de fraude pour avoir tenté de s'approprier des renseignements confidentiels. Puisque des agences publicitaires avaient déjà offert de l'argent à la «victime» pour ces renseignements, la Cour d'appel de l'Ontario conclut que les intérêts économiques de cette dernière auraient pu subir un préjudice si le stratagème de l'accusé avait été fructueux. La Cour suprême n'a pas fait droit à cet argument.

au casino.

À notre avis, le texte du paragraphe 380(1) ne peut pas être interprété de manière à créer une infraction générale de mise en danger criminelle de patrimoine équivalente aux infractions de mise en danger de la personne humaine réprimées par la négligence criminelle, la conduite dangereuse ou la manipulation négligente d'armes à feu. Le texte de l'article 380 du *Code criminel* est clair ; la victime doit avoir été frustrée de quelque chose. Si tel n'est pas le cas, une accusation de tentative de fraude devrait plutôt être envisagée.

Pourtant, comme le fait remarquer un auteur,

[w]e have returned to the complexities of the 19th century, but with a vagueness which allows for so broad a definition of fraud as to encompass practically any financial act involving a risk of economic loss¹²⁸.

L'application de la norme d'honnêteté de la personne raisonnable pour déterminer la malhonnêteté de la conduite de l'accusé, conjuguée à l'élargissement de la notion de privation pour inclure le risque de perte pécuniaire de personnes ne s'étant départies d'aucun bien et n'ayant aucune prétention juridique à faire valoir relativement à la chose perdue, a fondamentalement changé le crime de fraude. Alors qu'à l'origine, l'infraction de fraude réprimait le fait d'*amener la victime à agir à son détriment* au moyen d'une supercherie ou d'un moyen malhonnête, l'article 380 du *Code* sanctionne dorénavant la mise en péril illégitime du patrimoine d'autrui, entendue dans son sens le plus large. Comme Ewart le faisait déjà remarquer avec enthousiasme au sujet de l'arrêt *Olan*,

[a]s can be seen, the amendments to the fraud provisions of the Criminal Code since 1892 have been few and minor. There is no evidence of a conscious legislative design to turn the fraud section into the major criminal law instrument for the promotion of honesty in commercial matters. And yet, year by year, case by case, the legal complexities and technicalities which have bedevilled other property offences have been peeled away by the judiciary to reveal the simple proposition which lies at the core of the offence of fraud: commercial affairs are to be conducted honestly¹²⁹.

The Supreme Court of Canada's decision, written by Dickson J. (as

¹²⁸ F.R. Moskoff, «Fraud: Either Change or Perish» (1981-82) 24 Crim. L.Q. 117.

¹²⁹ Ewart, *supra* note 2 à la p. 9. L'auteur espère par ailleurs, *ibid.* à la p. 10, que le législateur résistera à la tentation de modifier le texte de loi actuel afin de laisser libre cours à la créativité judiciaire.

he then was), is a model of concise, lucid and declaratory law-making by the nation's highest court¹³⁰.

Nous partageons cette vision de l'arrêt *Olan*, vision qui sied bien aussi à l'arrêt *Zlatic*, mais non l'enthousiasme du commentateur. Comme l'affirmait à juste titre le juge en chef Dickson lui-même dans sa dissidence dans l'arrêt *Bernard*, «il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ni de donner plus d'extension à la responsabilité»¹³¹. Dans nombre de domaines, la Cour a suivi cette règle de laisser au législateur le soin de créer les crimes. Ainsi, invitée à sanctionner au moyen de l'infraction de vol la prise illégitime de renseignements confidentiels, la Cour, dans l'arrêt *Stewart*, a constaté les limites de son pouvoir d'intervention :

Quant à moi, je crois qu'étant donné les progrès technologiques récents, les renseignements confidentiels, et en fait toute information ayant une valeur commerciale, ont besoin d'une certaine protection en vertu de notre droit criminel. Quoi qu'il en soit, j'estime qu'il appartient au législateur plutôt qu'aux tribunaux de déterminer dans quelle mesure cela doit se faire et de quelle manière¹³².

Nous ne voyons pas que le droit de la fraude doive faire exception à cette règle. S'il convient dorénavant de sanctionner la mise en danger de patrimoine, la décision à ce sujet appartient au législateur.

À supposer toutefois qu'il soit conforme au texte de l'article 380 du *Code criminel* de l'interpréter comme sanctionnant la mise en péril illégitime du patrimoine d'autrui, deux questions méritent d'être explorées. Tout d'abord, dans la mesure où l'illégitimité de cette mise en péril doit résider ailleurs que dans le simple fait qu'un risque ait été couru, la notion d'illégitimité mérite certainement d'être analysée davantage. Par ailleurs, il y a lieu de se demander si la mise en péril dont il est question constitue l'élément «privation» de la fraude ou si elle ne devrait pas plutôt s'analyser comme constituant la manœuvre dolosive ayant donné lieu à une privation qu'il faudrait rechercher ailleurs. Cette deuxième question peut être formulée autrement. Quand les biens d'une compagnie ne sont pas utilisés à des fins commerciales valides, qui est la véritable victime de la fraude ? C'est cette question fondamentale que nous allons maintenant aborder.

¹³⁰ *Ibid.* à la p. 61.

¹³¹ *Bernard*, *supra* note 57 à la p. 861.

¹³² *Stewart*, *supra* note 127 à la p. 978. Voir aussi *R. c. McLaughlin*, [1980] 2 R.C.S. 331, où la Cour suprême refuse de donner une interprétation libérale de l'infraction de vol de services de télécommunications prévue aux articles 326 et 327 C. cr.

3. Qui est la victime ?

Dans le contexte de l'arrêt *Olan*, comme d'ailleurs dans le cas de bon nombre de fraudes commises dans le cadre corporatif, les notions de supercherie et de mensonge sont difficilement applicables. Nous avons déjà évoqué le fait que les personnes physiques qui pensent et agissent à la place de la personne morale peuvent difficilement être accusées d'avoir dupé cette dernière. Dans l'affaire *Olan*, la Cour suprême a contourné cette difficulté d'une manière originale. Elle est parvenue à la conclusion qu'était malhonête l'utilisation des biens corporatifs à des fins n'ayant rien à voir avec la poursuite d'une entreprise commerciale valide. À cet égard, la mise en péril des intérêts financiers de la corporation de même que le «dessein caché» d'enrichissement personnel pouvaient amener à la conclusion qu'aucune fin commerciale légitime n'était poursuivie par les gestes des accusés. Nous avons cependant déploré que, dans cette affaire, la preuve de la réduction de valeur du porte-feuille de la compagnie ait reçu une double qualification. En effet, pour le juge Dickson la perte financière subie par la compagnie constituait à la fois la mesure de la malhonnêteté des accusés et la privation de la victime. Il est possible d'éviter cette situation en recherchant les actes malhonnêtes des accusés ailleurs que dans la mise en péril des intérêts financiers de la compagnie. Une autre façon d'éviter que la privation de la victime ne se confonde avec la malhonnêteté des accusés consiste à se demander qui, dans cette affaire, fut la véritable victime. Au-delà de la compagnie, trois catégories de personnes ont probablement subi un préjudice dans l'affaire *Olan*. Nous pensons en particulier aux actionnaires minoritaires de Langley, aux détenteurs d'obligations de la compagnie, ainsi qu'à ses créanciers¹³³. La question qui mérite d'être posée consiste à savoir si ce sont

¹³³ Voir, à cet égard, Staple qui explique :

The mischief, of course, lies in the unauthorised reduction of capital that occurs when a company's assets are used to purchase its own shares. The loss is suffered by the creditors, who may see the company become insolvent, and those shareholders who have acquired their shares without the financial assistance of the company. Their shares in the company are rendered less valuable, or worthless (Staple, *supra* note 20 à la p. 128).

Il est par ailleurs intéressant de noter que dans l'affaire *Sinclair*, invoquée par le juge Dickson dans l'arrêt *Olan* au soutien de sa conclusion quant à la malhonnêteté des administrateurs de la compagnie, ce sont les créanciers et les actionnaires minoritaires de la compagnie en cause qui sont identifiés par la Cour d'appel d'Angleterre comme étant les victimes de la fraude. Voir aussi *R. c. Marquardt* (1972), 6 C.C.C. (2^e) 372, [1972] 3 W.W.R. 256, (C.A. C.-B.), où l'administrateur d'une «one man company» fut déclaré coupable d'avoir fraudé sa compagnie au motif que les créanciers de cette dernière avaient subi un préjudice. Il faut enfin mentionner que le ministère du Revenu peut aussi constituer une victime, souvent oubliée, de la fraude (Rosenberg, *supra* note 59 à la note 5 de la p. 321).

véritablement les intérêts financiers de la compagnie elle-même qui furent, en définitive, vraiment affectés dans cette affaire, ou s'il ne serait pas plus exact d'affirmer que la compagnie a servi de *véhicule* pour finalement frustrer d'autres personnes sous le couvert de transactions commerciales compliquées. Marc Rosenberg analyse ainsi la question :

In my view, one weakness in the judgment of the Supreme Court in *Olan* is the failure to provide a clearer analysis of the significance of naming the victim as the corporation. Accepting, as we must, that the corporation is a separate legal entity, where was the detriment or prejudice to the company itself as distinct from the minority shareholders? Again, one would want to ask the question: would the result be the same if the accused had been able to acquire all of the shares of the company, including not just common shares but any preferred shares, if there were any outstanding ? Absent evidence of prejudice to the economic interests of creditors, bondholders or others, it seems unreasonable to consider the company has been victimized by the only persons for whose benefit the company exists.

If this is correct, then in these asset-stripping cases like *Cox and Paton* and *Olan* the corporation *may* be the mere conduit of the vehicle by which the economic interests of other persons are imperilled. That does not mean that the charge is not made out where the corporation is named as the victim. In the first place, where there is a real risk of prejudice to a third party which is not too speculative as a result of the transaction with the corporation, reference to the corporation as the victim helps identify the transaction referred to. Provided that the transaction is sufficiently identified so that the accused is aware of the case he has to meet, is not prejudiced in his defence, and provided that there were persons whose economic interests were detrimentally affected by the attack on the corporate assets, then there is no prejudice to the accused by specifying the corporation as the victim [notes omises]¹³⁴.

Selon Rosenberg, le fait que la corporation soit ultimement nommée comme victime ne pose pas de problème dans la mesure où l'accusé n'en subit pas de préjudice. À supposer qu'il ait raison, ce que nous n'entreprendrons pas de discuter ici, il faut se garder toutefois des généralisations hâtives au plan doctrinal. Si, dans le cadre de manœuvres dolosives commises par des administrateurs de compagnie, il est commode d'affirmer que la mise en péril des intérêts économiques de la compagnie constitue à la fois l'*acte* malhonnête et la privation de la victime, il faut se garder de transposer ce modèle particulier à tous les cas de fraude. Dans le contexte corporatif, l'utilisation de l'entité corporative comme théâtre ou véhicule des manœuvres dolosives permet peut-être de conclure à la malhonnêteté quand les intérêts d'autres personnes sont en jeu et il peut être utile de dési-

¹³⁴ Rosenberg, *ibid.* aux pp. 339-40.

gner ces personnes en nommant la compagnie comme victime. Les solutions propres au domaine corporatif sont toutefois difficilement transposables et leur conférer une portée générale risque de dénaturer le droit de la fraude.

C'est, à notre avis, ce qui s'est produit dans l'affaire *Zlatic*. Définissant simplement la fraude comme la mise en péril injustifiée du patrimoine d'autrui, la Cour, en appliquant sans nuances le modèle de l'arrêt *Olan* à cette affaire, a conclu à la malhonnêteté de l'accusé du fait que l'argent joué avait été risqué témérairement et à la privation du fait que le jeu avait mis en péril les intérêts des victimes. Dans cette affaire, il y a identité parfaite des deux éléments matériels du crime de fraude. L'utilisation «notoirement risquée» de son propre argent par monsieur Zlatic constitue à la fois l'acte malhonnête et la privation, sans qu'il y ait eu de manipulation financière quelconque par le biais d'une entité corporative pour camoufler les transactions en cause. Dans ce contexte, nous sommes loin du mensonge, des supercheries ou des manœuvres dolosives réprimées par l'article 380 du *Code criminel*¹³⁵.

E. Quelques éléments de solution

Manifestement, malgré la simplicité de la formule voulant que la fraude consiste en une privation malhonnête, l'*actus reus* de ce crime est difficile à identifier. L'équilibre à trouver entre une simplicité dangereuse, permettant d'incriminer des comportements ne méritant pas la sanction pénale, et une rigidité dans l'interprétation rendant le texte de l'article 380 statique et stérile, n'est pas facile à établir.

Des critiques qui précèdent peuvent toutefois se dégager quelques éléments de réflexion susceptibles de ramener le droit de la fraude à de plus justes proportions. Il importe de procéder à une analyse originale de l'article 380 du *Code criminel* sans trop référer à la jurisprudence anglaise qui, en plus d'être rendue dans un contexte différent du nôtre, est sévèrement critiquée outre-mer. Il est essentiel de reconquérir l'essence du crime de fraude en droit canadien compte tenu du libellé de l'article édicté par notre législateur, du sens de la terminologie employée et de la différence conceptuelle qui devrait normalement exister entre le vol et la fraude. Il est de plus nécessaire de reconnaître qu'il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions sous prétexte d'interpréter un texte à texture ouverte. Enfin,

¹³⁵ Ajoutons à cela que, dans cette affaire, il y a lieu de se demander si la victime a été frustrée d'un bien, d'argent ou de valeur au sens de cet article. Voir *supra* note 114 et s. et texte correspondant.

les instruments traditionnels que sont les notions d'*actus reus* et de *mens rea*, utilisés avec rigueur, offrent une issue à nombre de difficultés conceptuelles ayant marqué le développement du droit de la fraude.

L'acte malhonnête, en tant qu'élément matériel de l'infraction, doit être distingué de l'état d'esprit de l'accusé, que cet état d'esprit soit relatif à la privation de la victime ou aux gestes posés par l'accusé. Le mobile ayant poussé ce dernier à agir ne peut non plus servir à qualifier juridiquement les gestes qu'il a posés. À notre avis, le «dessein caché» d'enrichissement personnel ne présente une quelconque pertinence que s'il sert à démontrer que l'utilisation de biens corporatifs n'a pas été faite dans le meilleur intérêt de la compagnie, mais a plutôt servi à cacher un stratagème destiné à préjudicier d'autres personnes. Il faut éviter de confondre l'acte malhonnête et les éléments qui peuvent aider à en établir la preuve.

L'acte malhonnête doit aussi se distinguer de la privation de la victime. Sauf peut-être dans le contexte corporatif, où il peut être commode d'associer la victime de la fraude et le véhicule ayant permis de la perpétrer, la mise en péril d'intérêts patrimoniaux ne peut à elle seule fonder la culpabilité pour fraude. Cette mise en péril doit être illégitime ou injustifiée autrement qu'en relation avec les conséquences subies par la victime. Cette illégitimité doit en outre pouvoir se définir de manière suffisamment précise. À notre avis, les scrupules des personnes dignes et honorables n'offrent pas de repères satisfaisants à cet égard.

Selon nous, l'essence du crime de fraude réside en grande partie dans le fait d'obtenir une chose au moyen d'un artifice par opposition au cas du vol où cette chose est subtilisée. Les moyens dolosifs dont parle l'article 380 du *Code criminel* font, à notre avis, référence à un travestissement de la vérité qui ne se qualifierait pas nécessairement de mensonge, de supercherie ou de faux-semblant au sens de l'article 361 du *Code criminel*. Cette idée, voulant que les moyens dolosifs se caractérisent essentiellement par une manipulation de la vérité, découle d'une analyse du texte même de l'article 380 où les deux autres moyens malhonnêtes énumérés ont trait à ce genre de procédé et du contexte législatif dans lequel s'insère l'infraction de fraude. Les mensonges et les supercheries constituent une manière positive de manipuler la vérité. On peut toutefois douter que les réticences dolosives se qualifieraient de mensonge ou de supercherie. Dans ce contexte, la notion de moyen dolosif apporte un complément bienvenu. Les silences peuvent en effet eux aussi contribuer à déformer la réalité quand l'accusé tait un renseignement

qu'il sait important pour la victime. Ainsi, dans l'affaire *Vézina*¹³⁶, la Cour suprême n'a eu aucun mal à conclure que le fait, pour les accusés, de taire que les obligations d'épargne en question étaient volées, constituait un geste malhonnête.

En outre, la notion de faux-semblant, définie à l'article 361 du *Code*, s'est avérée être une notion restrictive de ce que l'on pourrait qualifier de mensonge dans la mesure où les fausses représentations, pour se qualifier de faux-semblants, doivent être relatives à des faits présents ou passés. Les fausses représentations sur un fait futur ainsi que les fausses promesses ne peuvent donc être couvertes que par la notion de fraude¹³⁷, et les moyens dolosifs dont il est fait mention à l'article 380 peuvent utilement servir à couvrir les réticences dolosives relativement à un fait futur connu du fraudeur.

Enfin, il n'est pas inutile de mentionner que la partie X du *Code criminel*, consacrée aux opérations frauduleuses en matière de commerce, dans laquelle se trouve l'article 380, contient une bonne cinquantaine d'infractions dites frauduleuses qui présentent toutes le leurre comme caractéristique principale. Dans ce contexte, il nous apparaît qu'une des caractéristiques principales du crime de fraude réside elle aussi dans les libertés que le fraudeur a prises avec la vérité.

Tous les gestes qui tendent à maquiller, d'une manière ou d'une autre, la vérité peuvent donc à notre avis se qualifier d'actes dolosifs au sens de l'article 380 du *Code*. À cet égard, l'utilisation du véhicule corporatif pour masquer un stratagème destiné à s'approprier des fonds en lui donnant toutes les apparences de la légitimité des transactions commerciales normales constitue un écran de fumée destiné à détourner l'attention et peut à juste titre être qualifié de moyen dolosif au sens de l'article 380¹³⁸.

¹³⁶ Voir aussi *Wagman*, *supra* note 116 ; *Rosen c. R.* (1979), 55 C.C.C. (2^e) 342 (C.A. Ont.), inf. en partie par [1985] 1 R.C.S. 83, 44 C.R. (3^e) 232 ; *Knowles*, *supra* note 115 ; *Gaetz*, *supra* note 117.

¹³⁷ Pour comprendre la différence juridique entre le mensonge et le faux-semblant, voir *R. c. Stanley* (1957), 26 C.R. 180, 119 C.C.C. 220 (C.A. C.-B.).

¹³⁸ À cet égard, il est intéressant de noter que, résumant brièvement les faits de l'affaire *Olan*, le juge Sopinka, dans l'affaire *Zlatic*, fait référence à un trompe-l'œil mis en place par les accusés :

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 (*Zlatic*, *supra* note 13 à la p. 35).

Peut-être est-il possible, sans dénaturer le sens des termes utilisés par le législateur, de considérer que certains actes ayant peu à voir avec la manipulation de la vérité peuvent constituer des actes dolosifs au sens de l'article 380 du *Code*. Nous croyons toutefois que seuls les actes posés sans droit, en violation d'un devoir ou sans autorisation quand cette dernière est requise, peuvent constituer des moyens dolosifs. À cet égard, il nous apparaît que l'extrait suivant de l'arrêt *Sinclair*, souvent cité, est éloquent :

It is fraud if it is proved that there was the taking of a risk *which there was no right to take* which would cause detriment or prejudice to another [nos italiques]¹³⁹.

Nous avons déjà mis en garde contre le recours aux précédents anglais pour définir la fraude au Canada. Nous tenons toutefois à faire remarquer que le texte souvent cité au soutien d'une interprétation large du crime de fraude contient certaines limitations qui n'ont été que peu relevées. En effet, la fraude y est définie comme le fait de mettre en péril le patrimoine d'autrui *sans en avoir le droit* et non simplement en prenant des risques qu'une personne raisonnable n'aurait pas pris. Comme le fait remarquer le juge d'appel James dans cette affaire, lorsqu'il commente les directives données au jury par le juge du procès,

[t]he criticisms of the summing up in respect of the direction as to fraud this court finds to be ill-founded. The judge directed the jury as to the duties of a director in regard to company assets. He properly directed the jury as to the difference between the normal business risks taken honestly and the dishonest risk deliberately taken with knowledge that there was no right to take such risk¹⁴⁰.

À cet égard, une relecture de l'arrêt *Olan* qui prendrait en compte les obligations fiduciaires des administrateurs à l'égard de la compagnie qu'ils géraient, de ses actionnaires ainsi qu'envers les personnes ayant un intérêt dans la bonne santé financière de la compagnie, fournirait une manière simple et efficace d'évaluer l'honnêteté de la conduite des accusés dans cette affaire. Il est en effet possible de soutenir que, dans l'affaire *Olan*, la mise en péril du patrimoine de la compagnie était injustifiée, non pas parce qu'elle était risquée, mais parce qu'elle fut faite en violation de l'obligation fiduciaire des administrateurs d'agir dans le meilleur intérêt de la compagnie¹⁴¹.

¹³⁹ *Sinclair*, *supra* note 48 à la p. 621.

¹⁴⁰ *Ibid.* à la p. 623.

¹⁴¹ À ce titre, nous sommes en désaccord avec la décision rendue à la majorité par la Chambre des lords dans l'affaire *Tarling c. Gouvernement de Singapour* (1978), [1980] 70 Crim. App. R.

Enfin, il nous apparaît que la notion de préjudice doit être ramenée elle aussi à de plus justes proportions. L'article 380 du *Code criminel* réprime le fait de *frustrer* une personne ou le public de tout bien, argent ou valeur. Dans la mesure où la victime a été amenée à se départir de quelque chose, il y a privation, même si cette privation s'avère en définitive n'être que temporaire. La fraude est en effet consommée dès que les actes malhonnêtes de l'accusé ont provoqué le résultat incriminé. Il semble qu'il y ait aussi «frustration» au sens de l'article 380 dès que la victime est privée d'une chose à laquelle elle a droit même si la supercherie ou la manœuvre dolosive a été menée auprès d'une tierce personne et qu'en définitive, la victime n'a pas participé elle-même à sa spoliation¹⁴². Il nous apparaît toutefois que la notion de préjudice, de même que celle de victime, ne peut être élargie au point de sanctionner, par une condamnation pour fraude, le fait d'avoir privé quelqu'un d'une chose dans laquelle il n'avait aucun droit au sens juridique¹⁴³. Nous croyons enfin que de qualifier de préjudice le simple «risque de préjudice» dénature le sens de l'article tel qu'il a été rédigé par le législateur. Contrairement à l'infraction de négligence criminelle, qui sanctionne la mise en danger de la vie ou de l'intégrité physique des personnes humaines, le crime de fraude réprime un résultat, soit la perte économique.

II. La *mens rea* de la fraude

Le crime de fraude est, à n'en pas douter, une infraction exigeant la *mens rea*. L'état d'esprit subjectif de l'accusé est pertinent en rapport avec chaque élément essentiel de l'infraction. Dans l'arrêt *Théroux*, le juge McLachlin, qui écrit pour la majorité, résume ainsi la situation :

[L]'*actus reus* de l'infraction de fraude sera établi par la preuve:

1. d'un acte prohibé, qu'il s'agisse d'une supercherie, d'un men-

77 à la p. 110, [1979] 1 All E.R. 981 (C.P.) [ci-après *Tarling*], où il est dit que la violation d'une obligation fiduciaire, le fait de cacher la vérité ou le défaut de respecter les obligations légales en matière de comptabilité ne sont pas malhonnêtes. Selon nous, si de tels comportements n'ont rien en commun avec la malhonnêteté c'est que seul l'impressionnisme juridique le plus entier peut en donner la mesure.

Il est à noter par ailleurs que, dans l'affaire *Tarling*, c'est de la *mens rea* des accusés dont il était surtout question et non de la qualification de leurs actes, dans le contexte particulier d'une demande d'extradition. Cette décision de la Chambre des lords a été critiquée. Voir par ex. J.C. Smith, «Theft, Conspiracy and Jurisdiction: *Tarling's Case*» (1979) *Crim. L. Rev.* 220.

¹⁴² Voir *supra* note 18.

¹⁴³ *Stewart, supra* note 127.

songe 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 autrui¹⁴⁴.

A. *La mens rea en rapport avec l'acte malhonnête*

Lorsque la fraude est perpétrée au moyen d'un mensonge, la *mens rea* de l'accusé face à l'acte prohibé est facile à concevoir. Il suffit d'établir que ce dernier savait que son affirmation était contraire à la vérité ou encore qu'il s'est aveuglé volontairement ou a été insouciant face à cette question¹⁴⁵. Quand, toutefois, la *mens rea* doit se rapporter à un acte malhonnête qui ne participe ni du mensonge ni de la supercherie, la question est plus complexe. En principe, il faudrait que l'accusé ait agi en connaissant les circonstances qui rendent son acte dolosif ou en étant insouciant à cet égard. Par exemple, ce dernier doit savoir que les faits qu'il cache à la victime sont de nature à influencer sur sa décision de se départir de son bien. Ainsi, le juge Lamer, dans l'affaire *Vézina*, a-t-il conclu que les accusés qui tentaient

¹⁴⁴ *Théroux*, *supra* note 9 à la p. 20.

¹⁴⁵ Dans l'arrêt *Théroux*, le juge McLachlin affirme que, face aux conséquences, l'insouciance constitue une *mens rea* suffisante pour fonder la culpabilité :

J'ai parlé de la connaissance des conséquences de l'acte frauduleux. Toutefois, rien ne paraît s'opposer à ce que l'insouciance quant aux conséquences entraîne également la responsabilité criminelle. L'insouciance présuppose la connaissance de la vraisemblance des conséquences prohibées. Elle est établie s'il est démontré que l'accusé, fort d'une telle connaissance, accomplit des actes qui risquent d'entraîner ces conséquences prohibées, tout en ne se souciant pas qu'elles s'ensuivent ou non (*Théroux*, *ibid.* à la p. 20).

Bien que la Cour soit silencieuse sur le rôle de l'insouciance face aux circonstances entourant la conduite prohibée, il nous apparaît que les principes de la responsabilité pénale ne s'opposent pas à ce que l'insouciance soit aussi suffisante à cet égard. Par ailleurs, la théorie de l'aveuglement volontaire trouve certainement application, tant en ce qui concerne la connaissance des circonstances que des conséquences découlant de la conduite. Voir *Sansregret c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 570, 45 C.R. (3^e) 193 [ci-après *Sansregret* avec renvois aux R.C.S.] ; *R. c. Sault Ste-Marie (Cité de)*, [1978] 2 R.C.S. 1299, 3 C.R. (3^e) 30 [ci-après *Sault Ste-Marie* avec renvois aux R.C.S.]. Voir aussi Ewart, *supra* note 2 aux pp. 145, 146 ; Doherty, *supra* note 9 aux pp. 353-57 ; Long, *supra* note 7 à la p. 166.

d'encaisser des bons d'épargne qu'ils savaient volés sans divulguer ce fait avaient un état d'esprit malhonnête. Dans la foulée du courant voulant désormais que la malhonnêteté soit la pierre de touche de la fraude, la question s'est toutefois posée à savoir si l'accusé doit, pour être déclaré coupable de fraude, personnellement considérer sa conduite comme malhonnête ou encore s'il doit savoir que la collectivité considère sa conduite comme malhonnête. Une jurisprudence incertaine a formulé le débat sur cette question de diverses manières. Certains ont posé que l'intention de l'accusé devait être spécifiquement malhonnête, référant à la distinction entre intention spécifique et générale pour aborder la question¹⁴⁶. D'autres se sont plutôt interrogés sur le critère d'appréciation objectif ou subjectif de la malhonnêteté¹⁴⁷. Comme le fait remarquer Pierre Rainville, la véritable question se résume à savoir si un test subjectif complémentaire qui tienne compte d'une manière ou d'une autre de l'opinion du prévenu doit être envisagé¹⁴⁸.

1. Le critère supplémental de la malhonnêteté

a. *Intention générale vs intention spécifique*

Plusieurs arrêts ont abordé cette question en plaçant le débat sous le thème d'une distinction entre l'intention générale et l'intention spécifique. Ainsi, dans l'arrêt *Théroux*, le juge Proulx de la Cour d'appel du Québec, après avoir souligné que la conduite de l'accusé doit être délibérément malhonnête, affirme :

Si l'intention de tromper et de transférer à des fins frauduleuses est pertinente, ou encore si la conduite doit être *délibérément* malhonnête, c'est donc qu'il s'agit là d'une intention spécifique, ou «l'intention [...] ne se limite pas à l'accomplissement de l'acte en question». [...] Si la fraude était une infraction d'intention générale, l'acte serait prohibé du seul fait de la volonté de causer la privation malhonnête [notes omises]¹⁴⁹.

Selon le juge Proulx, la connaissance par l'accusé du fait que ses actes sont malhonnêtes est un élément essentiel de l'infraction et se traduit par le concept d'intention spécifique. À l'opposé, dans l'affaire *Long*, le juge Taggart de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la fraude n'est pas un crime d'intention spécifique mais d'intention générale

¹⁴⁶ Voir par ex. *Théroux* (C.A.), *supra* note 7.

¹⁴⁷ Voir par ex. *Lacroix*, *supra* note 7 ; *Long*, *supra* note 7 ; *Daigle*, *supra* note 7.

¹⁴⁸ Rainville, *supra* note 16 aux pp. 192-93.

¹⁴⁹ *Théroux* (C.A.), *supra* note 7 à la p. 85. Voir aussi *Zaritec Industries Ltd. c. R.* (1975), 60 D.L.R. (3^e) 98, 24 C.C.C. (2^e) 180 (C.S. Alta.).

afin de rejeter la pertinence de la connaissance par l'accusé de la malhonnêteté de sa conduite :

The cases reviewed seem to me to require a specific intent. Whether that specific intent be characterized as the intent to deprive (*Currie*), or the belief of the accused as to the honesty of his conduct, it is inconsistent with the way the offence is described in the statute, and with the law as it was developed in early cases like *Lemire* and *Lafrance*.

I find nothing in the six cases which causes me to alter my view that the assessment of the mental element of the offence of fraud must not be based on what the accused thought about the honesty or otherwise of his conduct and its consequences. Rather, it must be based on what the accused knew were the facts of the transaction, the circumstances in which it was undertaken and what the consequences might be of carrying it to a conclusion¹⁵⁰.

L'intention spécifique entendue comme un élément essentiel de la fraude se rapportant à la privation de la victime n'est pas conforme à la position de la Cour suprême à l'effet que l'insouciance face au préjudice est suffisante pour fonder la culpabilité¹⁵¹. Dans la mesure où la Cour suprême du Canada est d'avis que la connaissance de la probabilité de réalisation de la conséquence prohibée suffit à fonder la culpabilité, il n'est point besoin d'établir que l'inculpé désirait la privation de la victime. Il est fondamental de ne pas confondre conceptuellement les infractions de résultat et celles dites d'intention spécifique. L'intention spécifique de spolier la victime ou de s'enrichir, ne peut, au risque de réduire indûment la portée du crime, constituer un élément de l'infraction¹⁵². Le dessein caché d'enrichissement personnel comme élément constitutif du crime de fraude est incompatible avec les multiples prononcés à l'effet que l'intention de rembourser la victime¹⁵³, l'espoir que la situation sera régularisée¹⁵⁴ ou encore l'espoir que la victime ne subira aucun préjudice¹⁵⁵ n'offrent pas de moyen de défense à l'accusation d'avoir fraudé. De plus, il est évident que la poursuite d'un mobile légitime n'excuse pas la fraude. Or, si le dessein de s'enrichir constitue la pierre angulaire de la malhonnêteté, on voit mal comment la poursuite d'un noble dessein ne pourrait pas servir de moyen de défense. Ou

¹⁵⁰ Long, *supra* note 7 aux pp. 173-74.

¹⁵¹ Les prononcés les plus récents à cet égard se trouvent dans les arrêts *Théroux*, *supra* note 9 aux pp. 18-21 et *Zlatic*, *supra* note 13 à la p. 43.

¹⁵² Voir *R. c. Buzzanga* (1979), 25 O.R. (2^e) 705, 49 C.C.C. (2^e) 369 (C.A.).

¹⁵³ Voir *infra* note 185 et s. et texte correspondant.

¹⁵⁴ L'exemple classique est fourni par l'arrêt *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174, 45 C.R. 16, tel que cité avec approbation dans l'arrêt *Théroux*, *supra* note 9 à la p. 21.

¹⁵⁵ Voir par ex. *Théroux*, *ibid.* à la p. 19.

bien le crime de fraude en est un d'intention spécifique, ou bien il en est un d'insouciance et, dans ce cas, il n'est pas nécessaire de prouver l'intention spécifique¹⁵⁶.

Par ailleurs, ces décisions traitent indistinctement de l'état d'esprit de l'accusé en regard des actes malhonnêtes et des conséquences qui en découlent pour la victime. Or, la détermination de la *mens rea* de l'accusé par rapport aux conséquences de sa conduite ne résout pas la question de l'étendue et de la pertinence de son état d'esprit par rapport aux actes qu'il pose. Discuter de la pertinence de l'évaluation personnelle de l'honnêteté de sa conduite ou de la connaissance par l'accusé du fait que d'autres personnes considéreraient sa conduite comme malhonnête en opposant l'intention générale, ou parfois même la négligence, à l'intention spécifique constitue un abus de langage qui n'est guère utile. Le concept d'intention spécifique réfère à la poursuite d'un but ultérieur à la conduite pertinent à la culpabilité. Il ne peut servir à résoudre le dilemme posé par ce que certains ont appelé le «critère supplémentaire de la malhonnêteté» ou le «dishonesty factor».

¹⁵⁶ À cet égard, nous avons du mal à suivre le raisonnement de Rainville dans son article, par ailleurs intéressant et original, lorsqu'il affirme :

Il doit avoir anticipé les répercussions financières vraisemblables de son geste à l'égard de la victime. L'accusé n'a certes pas à connaître l'ampleur ou la teneur précise du préjudice auquel il expose sa victime. *Il suffira qu'il sache qu'un préjudice à l'égard des intérêts patrimoniaux de la victime est une conséquence vraisemblable de son comportement.* Là encore, la théorie de l'aveuglement volontaire peut venir faciliter cette preuve [nos italiques] (Rainville, *supra* note 16 à la p. 192).

Mais il ajoute :

La fraude est indubitablement un crime d'intention spécifique. L'accusé doit avoir poursuivi un dessein précis: celui de provoquer la spoliation de la victime. L'emploi de moyens dolosifs doit tendre dans l'esprit du prévenu à une fin précise: la dépossession de la victime (*ibid.* à la p. 193).

Il résume ainsi sa pensée :

Le dessein de provoquer la dépossession ou la spoliation d'autrui est par ailleurs le seul qu'il importe à la Couronne de prouver. Il n'est nullement nécessaire d'établir que le prévenu était animé du désir de causer une perte financière à sa victime (*ibid.* à la p. 194).

À moins qu'une différence juridiquement significative entre les mots «dessein» et «désir» nous échappe, nous avons du mal à concevoir la différence qui existe entre dessein de spolier la victime et désir de lui causer un préjudice. Le juge Proulx de la Cour d'appel du Québec fait un raisonnement exactement semblable à celui de Rainville. Voir ses motifs dans l'arrêt *Theroux* (C.A.), *supra* note 7.

b. *La malhonnêteté : un critère objectif ou subjectif ?*

Plusieurs tribunaux ont plutôt discuté de la pertinence de l'appréciation personnelle, par l'accusé, de l'honnêteté de sa conduite, en opposant un critère objectif et un critère subjectif de la malhonnêteté¹⁵⁷. Alors que certains partisans de cette pertinence parlent volontiers d'appréciation subjective de la malhonnêteté, voire même d'intention spécifique, les tenants de l'opinion contraire y opposent le caractère objectif de la malhonnêteté. Dans une large mesure, ce débat entre objectivistes et subjectivistes résulte d'une confusion entre l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction¹⁵⁸. Entendue comme référant à la nature de la conduite de l'accusé, la malhonnêteté est définie objectivement, c'est-à-dire en termes d'actes et de circonstances¹⁵⁹. L'état d'esprit de l'accusé à cette étape de l'analyse de la culpabilité ne présente aucune pertinence. Quand, toutefois, la question est posée à savoir si l'appréciation personnelle de sa conduite par l'accusé ou sa connaissance de la malhonnêteté de ses agissements est pertinente, l'opposition entre appréciation objective ou subjective de l'état d'esprit de l'accusé ne résout que partiellement la question. Ne pas tenir compte de l'évaluation personnelle que fait l'inculpé de sa conduite ou encore écarter sa connaissance de l'appréciation que feraient d'autres personnes des actes posés ne transforme pas nécessairement la fraude en crime de négligence. La preuve que l'accusé connaissait les circonstances et les faits entourant sa conduite doit toujours être établie. Comme le recours à la notion d'intention spécifique, l'opposition entre critère objectif et critère subjectif embrouille plus qu'elle n'éclaire le débat.

¹⁵⁷ Voir par ex. *Sebe*, *supra* note 12 ; *Bobbie*, *supra* note 12 ; *Lacroix*, *supra* note 7. Comme dans le cas des jugements qui discutent de la malhonnêteté en vue de savoir si la fraude constitue ou non un crime d'intention spécifique, toutes ces décisions traitent indistinctement de l'état d'esprit de l'accusé en regard des actes malhonnêtes et des conséquences qui en découlent pour la victime.

¹⁵⁸ Dans l'arrêt *Bobbie*, la Cour d'appel de l'Ontario souligne d'ailleurs l'importance d'établir et l'*actus reus* et la *mens rea*.

¹⁵⁹ Le recours au critère de la personne raisonnable pour établir la malhonnêteté des gestes posés par l'accusé n'est pas essentiel à l'affirmation voulant que, quand il est question d'actes ou de circonstances objectivement présentes, l'*actus reus* de l'infraction s'apprécie objectivement.

c. *L'évaluation personnelle de l'honnêteté de sa conduite par l'accusé*

Plusieurs tribunaux canadiens ont adopté le point de vue selon lequel le ministère public doit prouver que l'accusé avait subjectivement l'intention d'agir malhonnêtement pour que sa culpabilité soit établie¹⁶⁰. Autrement dit, ce dernier, pour être déclaré coupable, doit avoir eu l'intention d'agir malhonnêtement ou encore avoir été conscient du fait que les autres considéraient sa conduite comme malhonnête. Comme le fait remarquer le juge McLachlin dans l'arrêt *Théroux*¹⁶¹, cette position repose en grande partie sur le point de vue anglais adopté dans les arrêts fort discutés *Landy*¹⁶² et *Ghosh*¹⁶³.

En Angleterre le *Theft Act 1978*¹⁶⁴ réprime certains comportements malhonnêtes, mais les tribunaux anglais refusent toujours de donner une définition du mot «dishonestly» qui figure dans plusieurs articles de la loi. La malhonnêteté de l'accusé doit être appréciée par le jury en fonction de la norme communautaire d'honnêteté de la personne raisonnable. Il semblerait que ce critère s'applique autant à la conduite de l'accusé qu'à son état d'esprit. Nous avons déjà mentionné les problèmes inhérents à l'application de la norme communautaire d'honnêteté au moment d'évaluer les actes matériels de l'accusé. À cet égard, le fait, en Angleterre, de laisser au jury le soin de définir et d'appliquer la norme juridique, accentue ces difficultés. Il est impossible de connaître à l'avance les conduites qui seront jugées contraire à la loi et la norme subit de sensibles variations d'un jury à l'autre. Le fait de laisser au jury le soin d'évaluer si l'accusé avait un état d'esprit malhonnête pose les mêmes problèmes. En outre, en se demandant si l'accusé a été malhonnête, le jury pourra fatalement se poser la question de l'appréciation de sa conduite par l'accusé. Dans l'arrêt *Landy*, la Cour d'appel explique ainsi l'exercice auquel doit se livrer le jury :

There is always a danger that a jury may think that proof of an irregularity followed by loss is proof of dishonesty. The dishonesty to be proved must be in the minds and intentions of the defendants. It is to their states of mind

¹⁶⁰ Voir par ex. *Bobbie*, supra note 12 ; *Lacroix*, supra note 7 ; *Daigle*, supra note 7 ; *Sebe*, supra note 12 ; *Currie*, supra note 12 ; *Doren*, supra note 12 ; *Mugford*, supra note 12. Voir aussi *Black*, supra note 12.

¹⁶¹ *Supra* note 9 à la p. 22.

¹⁶² *R. c. Landy*, [1981] 1 All E.R. 1172, [1981] 1 W.L.R. 355 (C.A.) [ci-après *Landy* avec renvois aux All E.R.].

¹⁶³ *R. c. Ghosh*, [1982] 2 All E.R. 689, [1982] 3 W.L.R. 310 (C.A.).

¹⁶⁴ (R.-U.), 1978, c. 31.

that the jury must direct their attention. What the reasonable man or the jurors themselves would have believed or intended in the circumstances in which the defendants found themselves is not what the jury have to decide; but what a reasonable man or they themselves would have believed or intended in similar circumstances may help them to decide what in fact individual defendants believed or intended. *An assertion by a defendant that throughout a transaction he acted honestly does not have to be accepted but has to be weighed like any other piece of evidence. If that was the defendant's state of mind, or may have been, he is entitled to be acquitted. But if the jury, applying their own notions of what is honest and what is not, conclude that he could not have believed that he was acting honestly, then the element of dishonesty will have been established* [nos italiques]¹⁶⁵.

Dans l'arrêt *Théroux*, M^{me} le juge McLachlin rejette l'application en droit canadien de la jurisprudence anglaise, au motif que les infractions anglaises sont formulées différemment de l'infraction canadienne de fraude¹⁶⁶. Elle affirme de plus que la position anglaise n'est pas compatible avec les principes fondamentaux du droit criminel en matière de *mens rea*¹⁶⁷. Elle a raison à plusieurs égards. Affirmer la pertinence de l'évaluation personnelle de l'honnêteté de sa conduite par l'accusé ouvre inévitablement la porte à l'élargissement excessif de certains moyens de défense. Ainsi, l'accusé qui a agi en se croyant en état de nécessité devrait être acquitté même s'il ne rencontre pas les conditions d'ouverture de ce moyen de défense¹⁶⁸. Il en irait de même de l'accusé qui considérerait que son acte n'est pas malhonnête en raison de la valeur minime du fruit de son forfait, alors que la recevabilité de la maxime *de minimis non curat lex* en droit canadien est loin d'être évidente¹⁶⁹. Par ailleurs, l'appréciation personnelle de l'honnêteté de sa conduite par l'accusé pose avec acuité le problème de l'effet sur la malhonnêteté de l'intention de rembourser la victime¹⁷⁰. Plus fondamentalement, laisser à l'accusé le soin de déterminer lui-même l'honnêteté de sa conduite lui permet de substituer sa propre échelle de valeurs à une norme d'honnêteté qui devrait être uniforme. Dans la mesure où les actes malhonnêtes sont juridiquement définis, laisser à l'accusé le loisir de déterminer si sa conduite est malhonnête en fonction des circonstances ou des raisons qui l'ont poussé à agir, l'invite à reformuler la norme juridique. Or, comme l'affirme un auteur : «Tenir compte du code d'éthique de l'accusé revient somme toute à faire du *Code criminel* un régime auquel il est loisible de choisir d'adhérer

¹⁶⁵ Landy, *supra* note 162 à la p. 1181.

¹⁶⁶ Théroux, *supra* note 9 aux pp. 22-23.

¹⁶⁷ *Ibid.* à la p. 23.

¹⁶⁸ Voir Griew, *supra* note 53 à la p. 76.

¹⁶⁹ Voir Stuart, *supra* note 54 aux pp. 495-99.

¹⁷⁰ Voir *infra* note 187 et s. et texte correspondant.

ou non»¹⁷¹.

L'utilisation du terme «malhonnêteté» pour décrire l'état d'esprit de l'accusé reflète mal le concept de la *mens rea* tel qu'il est appliqué dans notre droit pénal. Dans un sens normatif, la *mens rea* traduit l'idée qu'il ne peut y avoir de responsabilité pénale en l'absence de faute. La notion de malhonnêteté traduit peut-être le concept général d'état d'esprit coupable entendu dans son sens le plus large, et s'accorde peut-être bien aux infractions de *common law* qui sanctionnent en grande partie des comportements réprouvés par la morale. Elle est toutefois trop vague et imprécise pour désigner les états d'esprit caractérisés que notre droit identifie comme éléments descriptifs de la *mens rea*. Dans notre droit, la *mens rea*, quand elle est un élément constitutif d'une infraction, réfère à certaines relations cognitives en regard des éléments matériels pertinents. En matière de fraude, il ne peut s'agir que de la connaissance ou de l'insouciance en regard des faits ou circonstances entourant la conduite, c'est-à-dire les faits qui font de ses déclarations des mensonges ou de ses actes des manœuvres dolosives.

Quand la fraude est perpétrée au moyen d'une supercherie ou d'un mensonge, la *mens rea* consiste en la connaissance par l'accusé des circonstances entourant sa conduite, c'est-à-dire du fait que ses déclarations ne sont pas conformes à la vérité¹⁷². Il n'est nullement pertinent de savoir si l'accusé considère que le mensonge est malhonnête. Quand la fraude est commise au moyen d'un autre acte dolosif, il suffit que l'accusé connaisse les faits pertinents qui entourent sa conduite et la qualification qu'il attribue aux gestes qu'il pose est sans importance. Bien entendu, dans la mesure où les circonstances qui transforment en manœuvres dolosives les actes de l'accusé ne sont toujours pas juridiquement définies, il est difficile d'identifier la *mens rea* devant s'y rapporter. En principe donc, l'appréciation subjective par l'accusé de la norme juridique n'est pas pertinente. En tenant compte de ce que nous avons avancé dans la partie précédente, et si nous prenons pour acquis que la mise en péril illégitime des biens d'une compagnie ou que le fait d'agir sans droit peuvent constituer des manœuvres dolosives, deux questions liées entre elles méritent d'être brièvement explorées.

¹⁷¹ Rainville, *supra* note 16 à la p. 211.

¹⁷² Voir ci-dessus le texte de la note 145.

2. La *mens rea* relative aux agissements illégitimes

a. L'appréciation du risque illégitime

Dans la mesure où l'on accepte l'idée que l'utilisation des biens d'une compagnie à des fins qui ne sont pas dans son intérêt puisse constituer un acte malhonnête, on peut se demander qui, du juge ou de l'accusé, doit évaluer le caractère injustifié du risque pris avec les actifs de la corporation. Suffit-il que l'accusé ait voulu sciemment poser les gestes qu'il a posés ou faut-il qu'il ait été conscient que les transactions en cause ne constituaient pas des transactions commerciales valides et que, partant, il a violé son obligation fiduciaire ? À cet égard, David Doherty est catégorique :

The mental element discussed to this point may be clarified by consideration of a classic «treasury loot» situation, like that discussed in *Olan*. The acts consist of the various machinations and transactions whereby the transfer of control of the «target» company and its treasury to the accused's companies occurred. These acts must be done intentionally in the sense that they are voluntary. This is seldom an issue where complicated transactions are concerned. The relevant circumstances which constitute the fraudulent means consist of those acts which demonstrate that the assets of the company (the treasury) were used for a purpose other than a genuine corporate purpose. Thus, Mr. Olan would have to know or be reckless as to the relative value of the assets going into the company as compared to those going out, and he would also have to know how the funds were being used. Olan's opinion based on his assessment of those facts as to the validity of the transaction from the company's point of view would not be relevant to this issue as long as he knew the facts which in the jury's opinion showed that the funds were used for a non-company purpose [nos soulignements]¹⁷³.

Nous ne pouvons pas être d'accord avec lui. Il est vrai qu'on ne peut pas permettre à l'accusé d'évaluer lui-même l'honnêteté de sa conduite. On ne peut toutefois pas le taxer de malhonnêteté pour avoir effectué des transactions qui se sont avérées défavorables à la compagnie. Il ne peut être accusé d'avoir sciemment employé des moyens dolosifs que s'il a effectué des transactions qui ne poursuivaient aucun objectif commercial légitime, sachant qu'il en était ainsi. Selon Rosenberg¹⁷⁴, et nous partageons cet avis, ne pas reconnaître la pertinence de l'évaluation faite par l'accusé du caractère justifié du risque couru par la compagnie entraîne deux conséquences. Tout d'abord, cette vision rigide de la *mens rea* introduit un élément objectif dans

¹⁷³ Doherty, *supra* note 9 aux pp. 355-56.

¹⁷⁴ Rosenberg, *supra* note 59 aux pp. 344-45.

l'appréciation de la faute qui risque d'associer maladroitement malhonnêteté et négligence. En outre, cette vision minimaliste de la *mens rea* de la fraude entraînera fatalement certains à rechercher un élément de turpitude morale supplémentaire qui risque de se traduire par l'appréciation de la moralité de sa conduite par l'accusé.

Entre ces deux extrêmes, la *mens rea* de la fraude peut se définir comme étant le fait, quand l'acte malhonnête consiste à avoir pris un risque injustifié avec les actifs d'une personne morale, d'avoir pris ce risque sachant qu'il n'était pas dans l'intérêt de la compagnie¹⁷⁵. Cette solution respecte intégralement le principe d'appréciation subjective de la faute sans toutefois faire dériver l'analyse vers une variation de la norme qui serait fonction de l'échelle de valeurs de l'accusé. Dans l'arrêt *Olan*, le juge Dickson semble partager cet avis lorsqu'il affirme :

À mon avis, le juge de première instance a eu raison de laisser au jury le soin de décider si les intimés croyaient sincèrement que la liquidation du portefeuille, dont le produit était réinvesti, était conforme aux meilleurs intérêts de Langley¹⁷⁶.

b. La connaissance de l'illégalité de la conduite

La question dont nous venons de discuter peut être élargie. Notre suggestion à l'effet que, pour être qualifié de malhonnête, un acte doit avoir été accompli sans droit, sans autorisation ou en violation d'un devoir soulève en effet la question de la pertinence de l'erreur de l'accusé à cet égard. Est-il suffisant que ce dernier ait voulu poser les gestes qu'il a posés en connaissant les circonstances matérielles entourant sa conduite ou faut-il, pour le taxer d'avoir sciemment commis des manœuvres dolosives, qu'il ait connu la signification juridique de ces circonstances ? En d'autres termes, la croyance sincère mais erronée dans le droit d'agir comme il l'a fait constitue-t-elle pour l'inculpé un moyen de défense pouvant valablement être

¹⁷⁵ À cet égard, la connaissance de la probabilité qu'il en soit ainsi constitue certainement une *mens rea* suffisante. Par ailleurs, la théorie de l'aveuglement volontaire peut trouver application. Voir ci-dessus le texte de la note 145.

¹⁷⁶ *Olan*, *supra* note 6 à la p. 1194. On peut rapprocher cette attitude de celle du juge d'appel anglais James dans l'affaire *Sinclair* lorsqu'il traite de la malhonnêteté :

The judge directed the jury as to the duties of a director in regard to company assets. He properly directed the jury as to the difference between the normal business risks taken honestly and the dishonest risk deliberately taken with knowledge that there was no right to take such risk [nos italiques] (*Sinclair*, *supra* note 48 à la p. 623).

invoqué ou une erreur de droit inadmissible ?

Nous avons soutenu, au chapitre précédent, qu'il n'appartient pas à l'accusé de définir lui-même ou d'apprécier l'honnêteté de sa conduite. Dans la mesure où la malhonnêteté d'une conduite s'évaluerait en fonction d'une norme générale d'honnêteté devant être définie par le tribunal en fonction des scrupules des gens dignes et honorables, permettre à l'accusé de définir lui-même la norme saperait cette dernière de toute sa valeur normative. De même, si les manœuvres dolosives sont plus strictement définies comme étant le fait d'agir sans droit, il n'appartient pas à l'accusé d'évaluer la justesse de sa conduite en fonction de sa propre échelle de valeurs ou de son interprétation personnelle des excuses ou justifications que reconnaît le droit pénal canadien. Nous croyons toutefois que, pour qu'il soit possible de parler de malhonnêteté, l'absence de droit d'agir dans certaines circonstances constitue un *fait juridique* que l'accusé doit connaître. Il est à cet égard primordial de distinguer entre la connaissance par l'accusé de sa «malhonnêteté» et la connaissance des faits juridiques qui rendent sa conduite malhonnête.

L'article 19 du *Code criminel* prévoit que l'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de cette infraction. Cette règle à l'effet que *ignorantia juris non excusat* a naturellement amené les tribunaux, lors de l'étude de la *mens rea* de l'accusé, à distinguer entre les erreurs de fait admissibles et les erreurs de droit non admissibles. Nous sommes toutefois forcés d'admettre que la distinction entre les erreurs de droit et les erreurs de fait est ténue et que la qualification de certaines erreurs dépend largement de la décision d'admettre ou non le moyen de défense présenté¹⁷⁷. Comme le fait remarquer Colvin¹⁷⁸, lorsque la commission d'une infraction dépend de la présence de certaines circonstances d'ordre juridique, trois options s'ouvrent au tribunal devant évaluer la *mens rea* de l'accusé et auquel une défense d'erreur est présentée. Premièrement, il peut qualifier d'erreur de droit la méconnaissance des faits juridiques et, en conséquence, rejeter la défense. Deuxièmement, le tribunal peut qualifier l'erreur de l'accusé d'erreur de fait et faire droit à la défense. Troisièmement, il peut reconnaître qu'il s'agit d'une erreur de droit, mais décider de l'admettre. Au Canada, les conditions d'ouverture et

¹⁷⁷ À cet égard, la décision de la Cour suprême dans l'affaire *R. c. Prue*, [1979] 2 R.C.S. 547, 8 C.R. (3^e) 68, fournit un exemple classique. La méconnaissance par les accusés des dispositions de la loi provinciale suspendant automatiquement le permis de conduire suite à une condamnation fut considérée comme une erreur de fait dans le contexte d'une accusation pour avoir conduit sans permis.

¹⁷⁸ Colvin, *supra* note 54 à la p. 163.

d'application de la défense d'erreur de droit par exception à la règle posée à l'article 19 du *Code criminel* ne sont pas très claires¹⁷⁹. Il semble toutefois que, par la terminologie employée, le législateur puisse indiquer son intention de permettre que soit invoquée l'erreur de droit. Il en irait ainsi du texte créateur de l'infraction de vol, puisqu'il y est fait référence à l'apparence de droit et au caractère frauduleux de la prise de possession¹⁸⁰. Bien que les conditions d'application de la défense d'apparence de droit dans ce contexte ne soient pas parfaitement précisées, il semble acquis que, par définition, l'erreur de droit fasse perdre à la prise d'un bien le caractère de malhonnêteté inhérent au crime de vol¹⁸¹. Certes l'article 380 du *Code criminel* définissant la fraude n'utilise pas la même terminologie que l'article 322 relatif au vol et ne fait pas référence à l'apparence de droit. Nous croyons toutefois qu'à cet égard, la «malhonnêteté» qui caractérise la fraude ne peut pas sensiblement différer de celle qui caractérise le vol¹⁸². Comme il est impossible de parler de mensonge si l'accusé croyait sincèrement avoir dit la vérité, nous ne croyons pas qu'il soit possible d'affirmer que ce dernier s'est sciemment livré à des manœuvres dolosives s'il ne savait pas agir en violation d'un devoir ou d'une obligation légale. Conclure autrement consacre une vision minimaliste de la *mens rea* de la fraude mal accordée à l'essence même de l'infraction et aux principes généraux de la responsabilité pénale dans leur ensemble.

Dans l'arrêt *Docherty*¹⁸³, la Cour suprême a reconnu que lorsque la perpétration d'une infraction criminelle constitue un des éléments de l'*actus reus* d'une autre infraction, le fait de savoir que l'acte que l'on accomplit est contraire à la loi constitue un élément de la *mens rea* nécessaire en ce qui a

¹⁷⁹ À ce sujet, voir Colvin, *ibid.* aux pp. 163-70 et Stuart, *supra* note 54 aux pp. 280-87.

¹⁸⁰ L'article 322 C. cr. définit le vol ainsi :

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.

¹⁸¹ Voir à cet égard R. c. *Skoda* (1954), 20 C.R. 29 (C.S.P. Qué.) ; R. c. *DeMarco* (1973), 13 C.C.C. (2^e) 369 (C.A. Ont.) ; *Investissements Contempra Ltée (Remorquage Québécois à vos frais)* c. R., [1991] R.J.Q. 2519 (C.A.). Dans l'arrêt R. c. *Spot Supermarket Inc.* (1979), 50 C.C.C. (2^e) 239 à la p. 249 (C.A. Qué.), le juge Lamer, alors juge à la Cour d'appel du Québec, s'exprimait ainsi : «It will only be one who, in the particular case, will have been convinced of "dishonesty" that will be then refused the excuse that he did not know that what he did was against the law.»

¹⁸² Cette position a été adoptée par la Cour suprême de Victoria dans les arrêts *Salvo*, *supra* note 84 ; *Bonollo*, *supra* note 84 ; *Brow*, *supra* note 84. Voir aussi *Fischer*, *supra* note 79 ; *Smith*, *supra* note 122.

¹⁸³ R. c. *Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, 72 C.R. (3^e) 1 [ci-après *Docherty* avec renvois aux R.C.S.].

trait à la commission de cette deuxième infraction. Cette exception à la règle posée par l'article 19 du *Code criminel* se justifie tant en vertu de considérations relatives à l'exigence de la connaissance de toutes les circonstances pertinentes posée par les principes généraux de la responsabilité pénale que par des considérations de principe. Selon le juge Wilson, qui rédige le jugement de la Cour, ne pas permettre à l'accusé d'invoquer son ignorance du fait que l'acte accompli est contraire à la loi assimile l'infraction qu'on lui reproche à une infraction de responsabilité absolue. Or, nous dit-elle, il n'est pas très logique de penser qu'une personne sera dissuadée de commettre un méfait dans le cas où cette personne ne croit pas ou n'est pas consciente qu'elle fait quelque chose de mal¹⁸⁴. Le même raisonnement vaut pour la fraude. Dans la mesure où l'essence des manœuvres dolosives sanctionnées par ce crime résiderait dans le fait d'agir en violation de la loi ou en violation d'un devoir, punir quelqu'un qui ne sait pas qu'il agit en violation de la loi et le taxer de malhonnêteté assimile en grande partie la fraude à une infraction de responsabilité absolue. À notre avis, le «critère supplémentaire de la malhonnêteté», recherché maladroitement dans la conscience de l'accusé d'agir malhonnêtement, réside plutôt dans la connaissance par ce dernier de tous les faits entourant sa conduite, y compris les faits juridiques.

B. La mens rea en regard des conséquences

Pour fonder un verdict de culpabilité à l'égard d'une accusation de fraude, outre la connaissance par l'accusé des circonstances entourant sa conduite, sa connaissance personnelle des conséquences de son geste doit aussi être prouvée. Dans l'arrêt *Théroux*, le juge McLachlin ajoute qu'à cet égard, l'insouciance n'équivalant pas à la connaissance constitue une faute suffisante. Il suffit que l'accusé sache que sa conduite produira probablement le résultat, en l'occurrence la privation de la victime¹⁸⁵. En toute logique, l'erreur de fait honnête constitue un moyen de défense à l'accusation d'avoir fraudé ; il s'agit là d'une croyance sincère à l'effet qu'aucune privation ne sera subie. Toutefois, dans un contexte où la privation est juridiquement définie par la Cour suprême en termes de «risque de préjudice», l'application de ce moyen de défense est problématique. Une autre question épineuse, que nous aborderons en premier lieu, concerne l'effet, sur la culpabilité de l'accusé, de son intention de rembourser la victime.

¹⁸⁴ *Ibid.* à la p. 951.

¹⁸⁵ *Théroux*, *supra* note 9 à la p. 20.

1. L'intention de rembourser la victime et la *mens rea*

Il est reconnu depuis longtemps qu'une fois l'infraction de fraude consommée, l'intention de rembourser la victime ne peut pas disculper l'accusé¹⁸⁶. La connaissance personnelle de l'accusé que son comportement fait ou risque de faire subir une privation à la victime suffit à fonder la culpabilité même si l'accusé agit avec l'espoir que le risque ne se matérialisera pas. De même, le fait de secrètement décider de réparer éventuellement les pots cassés n'empêche pas que l'accusé ait perçu un risque pour le patrimoine d'autrui et décidé de le courir, deux éléments suffisants pour fonder la culpabilité. Reconnaître que l'intention de rembourser, comme d'ailleurs le fait de rembourser lui-même, puisse excuser la fraude revient à avaliser l'idée que la fin justifie les moyens.

Ainsi, dans l'arrêt *Olan*, dans la mesure où les accusés avaient prévu que les intérêts financiers de la compagnie seraient mis en péril par les diverses transactions effectuées, leur intention d'ultimement renflouer les coffres de la compagnie ne pouvait leur être d'aucun secours. À notre avis, c'est ainsi qu'il faut entendre l'extrait suivant de la décision de la Cour suprême dans cette affaire :

[L]'intention de rembourser n'a jamais permis d'excuser une fraude si la preuve révèle que la conduite de l'accusé a donné lieu à un détournement malhonnête à des fins personnelles. Au mieux, l'intention de rembourser serait retenue pour mitiger la sentence¹⁸⁷.

Il nous apparaît toutefois que l'intention ferme de rembourser la victime présente de la pertinence et devrait fonder une défense dans la mesure où elle aurait empêché l'accusé de percevoir le risque de préjudice pour la victime¹⁸⁸. Cette position, adoptée par le juge Sopinka, dissident dans l'affaire *Zlatic*, ne semble malheureusement pas accueillie par la majorité.

Dans cette affaire, l'accusé plaidait en défense avoir cru en sa bonne étoile lorsqu'il jouait. La majorité refusa d'accueillir sa prétention à l'effet qu'il croyait que ses fournisseurs ne couraient alors aucun risque :

¹⁸⁶ Voir par ex. *R. c. McLean* (1963), 39 C.R. 404, [1963] 3 C.C.C. 118 (C.A. C.-B.), conf. par (1964), 43 C.R. 41, [1964] 1 C.C.C. 393 (C.S.C.) ; *R. c. Cull*, [1965] 3 C.C.C. 123 (C.A. Man.) ; *R. c. Gregg* (1965), 44 C.R. 341, 49 W.W.R. 723 (C.A. Sask.). Voir aussi *Wagman*, *supra* note 116.

¹⁸⁷ *Olan*, *supra* note 6 à la p. 1194.

¹⁸⁸ Voir aussi *Rainville*, *supra* note 16 aux pp. 222-24.

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.* Cependant, 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 créanciers ne constitue pas un moyen de défense [nos italiques]¹⁸⁹.

En dissidence, le juge Sopinka reproche tout d'abord à la majorité d'imposer ses conclusions de fait sur un élément essentiel de l'infraction dans un contexte où il existe une preuve susceptible de créer un doute raisonnable sur la perception du risque de privation par l'accusé¹⁹⁰. Selon le juge Sopinka, il existe au dossier une preuve tendant à démontrer que l'accusé n'avait pas *conscience* du risque :

Dans ses motifs, le juge McLachlin affirme qu'«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». L'appelant 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 [nos italiques ; notes omises]¹⁹¹.

Par ailleurs, il explique que, dans cette affaire, la défense présentée par l'accusé ne réside pas dans le fait qu'une fois l'infraction consommée, il avait l'intention de rembourser la victime, mais dans le fait que sa croyance l'empêchait de se rendre compte que sa conduite créait un risque¹⁹². Selon lui, l'intention de rembourser qui empêche de percevoir le risque peut donc être admise en défense¹⁹³.

¹⁸⁹ Zlatic, *supra* note 13 aux pp. 49-50.

¹⁹⁰ *Ibid.* à la p. 39.

¹⁹¹ *Ibid.* aux pp. 38-39.

¹⁹² 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 selon 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 (*ibid.* à la p. 37).

¹⁹³ À notre avis, la Cour d'appel du Québec, malgré une formulation malheureuse de la règle, en vient à la même conclusion dans l'arrêt *Lacroix*, *supra* note 7.

Il faut se féliciter de cette ouverture même si, en l'espèce, le contexte pour reconnaître la pertinence de l'intention de rembourser était *peut-être* mal choisi. Comme le fait remarquer Pierre Rainville,

[q]ue l'intention de rembourser ne soit pas décisive se comprend. La victime peut fort bien éprouver un préjudice durant l'intervalle au su de l'inculpé; tout comme le désir de l'inculpé peut ne jamais se concrétiser et ce dernier en être fort bien conscient¹⁹⁴.

Le même raisonnement vaut pour l'affaire *Zlatic*. L'accusé s'en aller au casino l'argent que lui avaient remis divers fournisseurs à titre d'avances contractuelles. Or, il y a fort à parier que peu de parieurs ignorent dans un tel cas le risque qu'ils font courir aux intérêts d'autrui car leur gain n'est pas assuré, loin de là. On peut être optimiste sans ignorer pour autant qu'il y a risque de perte. Il suffira que l'inculpé ait entrevu ce risque pour être reconnu coupable¹⁹⁵.

Il est clair que l'intention de rembourser qui n'empêcherait pas de percevoir le risque de perte dans l'intervalle ne peut disculper. Dans l'affaire *Zlatic*, il était peut-être permis de douter de la sincérité de l'erreur commise par l'accusé. Il faut toutefois se garder de déclarer l'accusé coupable au motif qu'il aurait dû percevoir un risque que tout le monde aurait perçu et, ce faisant, condamner sa négligence. Déclarer monsieur Zlatic coupable de fraude au motif qu'il a été insouciant en détournant son argent vers une entreprise «notoirement risquée» ou encore parce qu'il aurait dû savoir, comme tout le monde, que le jeu est risqué, entraîne une redéfinition de l'insouciance qui s'apparente à la définition qui prévaut en Angleterre depuis la décision très critiquée de la Chambre des lords dans l'affaire *Caldwell*¹⁹⁶. Dans cette affaire, le tribunal anglais a en effet décidé que, dans le contexte d'une accusation portée en vertu du *Criminal Damage Act 1971*¹⁹⁷, le fait de ne pas réaliser que, par sa conduite, l'accusé créait un risque évident aux yeux de la personne raisonnable, constituait de l'insouciance. À notre connaissance, l'insouciance, au Canada, s'apprécie

¹⁹⁴ Rainville, *supra* note 16 à la p. 223.

¹⁹⁵ *Ibid.* à la note 31 de la p. 223.

¹⁹⁶ *R. c. Caldwell*, [1981] 1 All E.R. 961, 125 Solicitors' J. 239 (C.L.). Pour un aperçu des critiques ayant immédiatement suivi cette décision, voir J.C. Smith, «Chroniques de jurisprudence» (1981) *Crim. L. Rev.* 392; G. Williams, «Recklessness and the House of Lords» (1981) *Crim. L. Rev.* 580. Les débats doctrinaux font toujours rage en Angleterre sur l'appréciation objective ou subjective de l'insouciance. Voir par ex. L.H. Leigh, «Recklessness After *Reid*» (1993) 56 *Modern L. Rev.* 208. Pour une critique de la position britannique par des auteurs canadiens voir Stuart, *supra* note 54 à la p. 145 et s.; Colvin, *supra* note 54 aux pp. 140-46.

¹⁹⁷ (R.-U.), 1971, c. 48.

subjectivement¹⁹⁸.

Quoiqu'il en soit, dans cette affaire particulière, il n'appartenait pas à la Cour suprême de revenir sur l'appréciation des faits effectuée par le juge de première instance. Par ailleurs, une application rigide de la règle voulant qu'en aucun cas l'intention de rembourser ne constitue un moyen de défense risque de sérieusement entamer la défense d'erreur de fait. Refuser à l'accusé la possibilité d'invoquer que son intention de rembourser la victime l'a empêché de percevoir le risque de préjudice introduit, en fait, un élément d'appréciation objective de sa *mens rea*. Ne pas permettre à l'accusé d'invoquer son erreur parce qu'elle se fonde sur un motif irrecevable revient à dire qu'il appartient dans ce cas au juge et non à l'accusé d'évaluer l'existence du risque pour la victime¹⁹⁹. Dans une large mesure, l'exigence de la *mens rea* en regard de la privation se réduit alors à du pur formalisme. Plus généralement, la question se pose donc à savoir qui, de l'accusé ou du juge, doit apprécier la vraisemblance de la création ou de la réalisation du risque.

2. Erreur de fait et vraisemblance de la réalisation du risque

La question de l'appréciation objective ou subjective de la *mens rea* de l'accusé se pose aussi dans un autre contexte, celui de la redéfinition de l'élément privation de la fraude en termes de «risque de préjudice».

Dans la mesure où le préjudice est juridiquement défini comme comprenant tout préjudice permanent ou tout «risque de préjudice», entendu comme comportant une privation temporaire ou une privation qui ne se qualifie pas nécessairement de perte financière totale et définitive, la

¹⁹⁸ Dans l'arrêt *Sansregret*, le juge MacIntyre définit ainsi l'insouciance :

Conformément aux principes bien établis en matière de détermination de la responsabilité criminelle, l'insouciance doit comporter un élément subjectif pour entrer dans la composition de la *mens rea* criminelle. Cet élément se trouve dans l'attitude de celui qui, conscient que sa conduite risque d'engendrer le résultat prohibé par le droit criminel, persiste néanmoins malgré ce risque. En d'autres termes, il s'agit de la conduite de celui qui voit le risque et prend une chance. C'est dans ce sens qu'on emploie le terme «insouciance» en droit criminel et il est nettement distinct du concept de négligence en matière civile (*Sansregret*, *supra* note 145 à la p. 582).

¹⁹⁹ En outre, on doit rapprocher cette situation de celle qui prévaut quand l'accusé entend invoquer une erreur de fait provoquée par son intoxication volontaire. Or, on sait que cette limitation de la possibilité d'invoquer l'erreur est source de controverse et sujette à caution au plan constitutionnel (*Bernard*, *supra* note 57).

croissance sincère de l'accusé à l'effet que sa conduite n'entraînera pas de préjudice permanent ne peut constituer un moyen de défense recevable si ce dernier a tout de même prévu ou entrevu que sa conduite causerait une privation temporaire. Dans ce contexte, la croyance de l'accusé à l'effet qu'un préjudice temporaire ou qu'un «risque de préjudice» n'est pas une privation constitue une erreur de droit qui ne peut pas être recevable. En vertu de l'article 19 du *Code criminel* tel qu'il a été interprété par les tribunaux²⁰⁰, l'erreur sur la portée juridique d'un texte d'incrimination n'offre pas de moyen de défense valide. Si l'accusé a perçu que sa conduite entraînerait une privation temporaire de la victime, sa croyance à l'effet que la privation ne serait pas permanente de même que son intention de rembourser cette dernière ultérieurement ne peuvent pas excuser la commission de l'infraction. Cette dernière est consommée dès que l'accusé a posé les gestes incriminés en connaissance de cause. Il en va de même si l'accusé était insouciant quant à la présence des faits que l'on peut qualifier juridiquement de préjudice. Comme l'explique David Doherty,

[i]t must also be noted that what he must desire or foresee is the fact or set of facts which constitute the deprivation; it is not necessary that he appreciate that the facts which he desires or foresees constitute deprivation²⁰¹.

Ainsi, dans l'arrêt *Olan*, dans la mesure où les accusés avaient prévu ou voulu que la compagnie cible se départisse de valeurs sûres pour acquérir des titres hautement spéculatifs, il n'était pas pertinent qu'ils aient su qu'en droit ce «risque de préjudice» constitue une privation. Par ailleurs, l'intention des accusés d'ultimement rembourser la victime ne pouvait leur être d'aucun secours. Seule leur croyance sincère à l'effet qu'il n'y avait aucun risque de préjudice aurait nié leur *mens rea*.

La situation est cependant différente à notre avis si la croyance d'un accusé à l'effet que la victime ne subira aucune perte permanente emporte avec elle la croyance à l'effet que le risque est inexistant, c'est-à-dire la croyance selon laquelle en aucun moment les intérêts financiers de la victime ne sont mis en péril. Il en va de même si l'intention ferme de rembourser la victime ne permet pas au prévenu d'entrevoir qu'entre ses actes et le remboursement, les intérêts financiers de la victime ont été mis en péril. Dans ce contexte, refuser à l'accusé la possibilité d'invoquer sa croyance sincère à l'effet que le risque ne se concrétiserait pas, tout comme le fait de lui refuser la possibilité d'invoquer son intention ferme de rembourser

²⁰⁰ À ce sujet, voir Colvin, *supra* note 54 à la p. 159 et s.

²⁰¹ Doherty, *supra* note 9 aux pp. 354-55.

comme fondement de son erreur quant à l'existence du risque, réduit considérablement la portée de la défense d'erreur et introduit un élément d'appréciation objective dans l'analyse de la *mens rea*.

Dans la mesure où la fraude est maintenant juridiquement définie en termes de prise délibérée d'un risque avec le patrimoine d'autrui, toute la question se résume dorénavant à savoir qui, de l'accusé ou du juge, doit évaluer la probabilité de réalisation du risque. En suivant la logique de Dohererty que nous avons exposée plus haut, dès que l'accusé aurait voulu ou prévu les faits qui juridiquement constituent un risque et, donc, une privation, il ne lui serait pas permis d'invoquer qu'à son avis, les intérêts de la victime n'étaient pas en péril. Cette conception érode toutefois grandement la portée de l'affirmation voulant que l'accusé ait su que sa conduite exposait la victime à un risque de préjudice.

Dans l'arrêt *Théroux*, l'accusé, un homme d'affaires engagé dans la construction domiciliaire, avait conclu des contrats de vente de résidences avec des acheteurs et perçu des dépôts auprès de ces personnes. Ces contrats avaient été conclus et ces dépôts perçus sur la foi d'une fausse déclaration à l'effet que les dépôts étaient garantis par la Fédération de construction du Québec. L'entreprise de monsieur Théroux, qui aurait dû construire les résidences, devint insolvable et ne put mener le projet domiciliaire à terme. Certains déposants furent remboursés, mais la majorité des personnes qui avaient fait un dépôt en perdirent le montant total. En défense à l'accusation d'avoir fraudé, l'accusé plaida qu'au moment où il avait perçu les dépôts, il croyait sincèrement que les résidences allaient être construites et les dépôts honorés. La Cour suprême pose la question essentielle à résoudre dans cette affaire en termes de savoir si la croyance honnête que les projets seraient réalisés «efface l'intention coupable ou la *mens rea* de l'infraction»²⁰².

Or, selon le juge McLachlin, la croyance de l'accusé à l'effet que le risque ne se concrétiserait pas ne lui est d'aucun secours :

Enfin, il [le juge du procès] a conclu que l'appelant croyait sincèrement que les résidences seraient construites et que, par conséquent, les déposants ne risquaient rien. Utilisée dans ce sens, l'expression «ne risquaient rien» revient à dire que l'appelant croyait que le risque ne se concrétiserait pas. [...]

L'appelant a dit aux déposants qu'ils bénéficiaient d'une garantie alors qu'il savait que ce n'était pas le cas. [...] On peut également déduire de

²⁰² *Théroux*, *supra* note 9 à la p. 14.

cette connaissance qu'il avait que l'appelant savait qu'il mettait en péril l'argent des déposants. La *mens rea* est par le fait même établie. Le fait que l'appelant croyait sincèrement que les résidences seraient finalement construites et que le risque ne se concrétiserait pas ne lui est d'aucun secours²⁰³.

Le juge Sopinka partage l'avis du juge McLachlin au motif que, l'accusé ayant perçu un risque, sa croyance que ce dernier ne se concrétiserait pas ne peut pas constituer un moyen de défense. Il eut été plus simple de ne pas discuter du «risque de préjudice» puisqu'en l'espèce les victimes s'étaient effectivement départies d'une somme d'argent suite aux représentations mensongères de l'accusé. Quoiqu'il en soit, et puisque la Cour définit le préjudice en termes de «risque», il semble que le fait d'avoir, à un certain moment, été conscient de l'existence d'un risque soit fatal à l'accusé. Il apparaît de plus qu'il ne lui soit pas permis d'invoquer qu'après réflexion, il n'a pas cru à la réalisation et, somme toute, à l'existence de ce risque. Cette position limite considérablement la portée de la défense d'erreur de fait. L'insouciance dont est en définitive taxé l'accusé, est d'un type qui diffère sensiblement de l'insouciance telle que nous la connaissons en droit canadien. Ne pas permettre à l'accusé d'invoquer son évaluation personnelle du risque incorpore un élément objectif dans l'appréciation de la *mens rea* de la fraude. La position adoptée par la Cour dans l'arrêt *Théroux* revient en fait à conclure qu'il appartient au tribunal et non à l'accusé d'évaluer la vraisemblance objective de la réalisation du risque.

La notion d'insouciance peut, il est vrai, s'entendre de deux manières²⁰⁴.

²⁰³ *Ibid.* à la p. 27. Comme le fait remarquer Rainville, la culpabilité de monsieur Théroux aurait peut-être pu s'analyser autrement :

L'affaire *Théroux* se complique d'une autre circonstance. Le mensonge de Théroux avait induit les victimes en erreur à un double titre. Celles-ci croyaient à tort que leurs dépôts monétaires étaient garantis et qu'elles bénéficiaient des avantages du projet gouvernemental Corvée-Habitation. Dans la meilleure des hypothèses, Théroux menait son projet de construction à terme comme il l'escomptait et les victimes n'essuyaient aucune perte. Mais les victimes n'en seraient pas moins demeurées privées des avantages d'un projet gouvernemental auquel elles croyaient avoir droit en raison des dires de l'accusé. Si sincère fût-elle, l'intention de l'accusé de terminer son projet ne suffisait peut-être pas pour le disculper: le préjudice des victimes résultant du dol de Théroux ne serait pas terminé avec le parachèvement des travaux de construction (Rainville, *supra* note 16 à la note 133 de la p. 224).

Il faut cependant noter qu'outre le fait que les espoirs déçus des «victimes» ne constituent peut-être pas un préjudice au sens de l'article 380 C. cr., cette autre manière d'envisager la culpabilité de monsieur Théroux n'est pas discutée par la Cour suprême. Le jugement repose sur la pertinence de sa croyance dans ses facultés de réaliser le projet domiciliaire en regard de la *mens rea*.

²⁰⁴ Voir Colvin, *supra* note 54 aux pp. 129-33 ; Stuart, *supra* note 54 aux pp. 138-40.

Une personne peut savoir que sa conduite implique ce qu'elle perçoit elle-même comme un risque. Elle est alors subjectivement consciente de courir un risque subjectivement défini. La même personne peut aussi être consciente que sa conduite entraîne ce que les autres perçoivent comme un risque, mais agir en se fondant sur sa croyance personnelle à l'effet que le risque n'existe pas. Elle est alors subjectivement consciente de l'existence d'un risque objectivement défini. Il semblerait qu'aux yeux de la Cour suprême, le fait que monsieur Thérout ait à un certain moment été conscient de l'existence d'un risque suffit à établir sa culpabilité. Une fois conscient du risque, il ne lui appartenait plus de l'évaluer subjectivement. Monsieur Thérout a été traité de la même manière que la personne accusée d'un crime de négligence à qui il n'est pas permis de plaider qu'elle a perçu un risque, mais déraisonnablement résolu qu'en définitive le risque n'existait pas.

Une observation de notre jurisprudence laisse voir que la Cour suprême a été, jusqu'à maintenant, très orthodoxe dans sa conception de l'appréciation subjective de la faute. Par exemple, la jurisprudence relative à l'erreur de fait se demande tout d'abord si l'accusé a perçu un risque. S'il n'a pas perçu de risque, il est considéré comme simplement négligent. Si toutefois il a perçu le risque, on se demande ensuite comment il a résolu la question de la vraisemblance de sa concrétisation. Ainsi, dans le contexte de l'agression sexuelle, on a permis aux accusés de définir eux-mêmes le risque. Certaines erreurs de fait déraisonnables fondant un acquittement ne sont en effet rien d'autre que l'acceptation de l'idée qu'un accusé qui a perçu le risque qu'une circonstance pouvait être présente — en l'occurrence l'absence de consentement de la victime — mais a déraisonnablement résolu la question, doit être acquitté même si une personne raisonnable aurait agi autrement²⁰⁵.

En outre, Colvin fait remarquer que dans le cadre de l'infraction de négligence criminelle causant la mort, peu importe qu'ils aient été partisans d'une appréciation objective ou subjective de la faute relative à cette infraction, tous les juges de la Cour suprême, dans l'affaire *Tutton*²⁰⁶ semblaient d'avis qu'une personne qui sait que les autres perçoivent un risque, mais rejette cette perception, est soit négligente, soit inconsciente du risque, ce qui revient au même²⁰⁷. Dans cette affaire, les parents d'un jeune garçon avaient

²⁰⁵ Les exemples classiques en sont fournis par les arrêts *Pappajohn c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 120, 14 C.R. (3^e) 243 et *Sansregret*, *supra* note 145.

²⁰⁶ *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, 69 C.R. (3^e) 289 [ci-après *Tutton* avec renvois aux R.C.S.].

²⁰⁷ Colvin, *supra* note 54 aux pp. 132-33.

arrêté les traitements d'insuline de leur enfant gravement atteint de diabète en raison de leurs croyances religieuses. Dans une déposition à la police, la mère du garçon avait affirmé savoir que, selon ce que disaient les médecins, il y avait un risque pour la vie de son fils si elle mettait fin au traitement, mais avoir conclu personnellement à l'inexistence de ce risque compte tenu de ses croyances religieuses²⁰⁸.

Nous ne voyons pas qu'il faille être plus sévères en matière d'infractions contre le patrimoine que nous le sommes en matière d'infractions contre la personne. Dans un contexte où la Cour définit la malhonnêteté objectivement et interprète la *mens rea* à l'égard de cet élément de l'infraction comme étant la «conscience» de poser les gestes incriminés, réduire la *mens rea* de l'autre élément de l'infraction à la «conscience» des faits qui constituent juridiquement un risque fait de ce crime une infraction à la *mens rea* plutôt minimale. À notre avis, la fraude doit impliquer la conscience du risque et son acceptation délibérée. Il faut se garder d'importer dans la définition de la *mens rea* de cette infraction un élément d'objectivité qui tend à en diluer indûment le caractère subjectif et risque d'obscurcir la distinction claire qui devrait exister entre la faute subjective et la faute objective²⁰⁹.

En plus de n'être pas conforme à la jurisprudence traditionnelle en matière d'appréciation subjective de la faute²¹⁰, la position de la Cour suprême dans l'affaire *Théroux*, de disculper celui qui n'aurait pas perçu le risque de préjudice, mais de déclarer coupable celui qui aurait commencé à le percevoir pour ensuite mal résoudre la question de la probabilité de sa réalisation, nous mène au paradoxe suivant. Quand une personne perçoit un risque et délibère sur la question pour en venir à la conclusion que la circonstance ne sera pas présente ou que la conséquence prohibée ne se réalisera pas, commettant à ce sujet une erreur, on peut quand même dire qu'à son avis le ris-

²⁰⁸ L'extrait suivant de sa déclaration à la police est reproduit dans l'arrêt *Tutton* :

C'est notre entière foi en Jésus et en la parole de Dieu qui nous a incités à retirer l'insuline à Chris, car je reconnais en Jésus mon Sauveur et mon Maître. Il s'est manifesté à moi dans une vision et il a révélé dans ses propres termes que Christopher était guéri, et de plus qu'une foi entière en sa Personne et non dans la doctrine des hommes, ou devrais-je dire dans les enseignements du monde, fournira la manifestation de sa guérison (*Tutton*, *supra* note 206 à la p. 1398).

²⁰⁹ Voir *Stuart*, *supra* note 54 à la p. 140.

²¹⁰ La position de la Cour suprême dans l'affaire *Théroux* consiste plutôt à se rapprocher de la position préconisée par G. Williams dans *Criminal Law: The General Part*, 2^e ed., London, Stevens & Sons, 1961 aux pp. 259-60, à l'effet que l'insouciance doit se définir comme la prise d'un risque objectivement injustifiée, compte tenu de l'importance et de l'utilité de ce risque. Voir aussi Smith et Hogan, *supra* note 53 aux pp. 60-69.

que n'existe pas. Une personne qui se dit, après réflexion, que le risque ne se réalisera pas, en quelque sorte, ne voit pas de risque. Peut-on alors dire qu'elle est toujours consciente du risque ? On peut alors se demander s'il n'est pas artificiel de traiter plus sévèrement la personne qui a soupesé la possibilité de l'existence d'un risque et mal résolu la question que la personne qui, très déraisonnablement, n'a même pas eu en premier lieu conscience d'un risque que d'autres personnes auraient perçu.

C. *Quelques éléments de solution*

Les éclaircissements apportés par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Zlatic* et *Théroux* relativement à la *mens rea* du crime de fraude sont utiles à plusieurs égards. La confusion quant à savoir si la fraude est un crime de négligence ou d'intention spécifique est à toutes fins utiles dissipée. Comme pour la vaste majorité des infractions exigeant la preuve d'une faute subjectivement appréciée, la *mens rea* de la fraude est établie par la preuve de la connaissance subjective ou de l'insouciance face aux circonstances entourant la conduite et par la connaissance ou l'insouciance face au résultat interdit. En outre, les prononcés de la Cour devraient avoir mis définitivement fin au débat sur la pertinence de l'évaluation personnelle de l'honnêteté de sa conduite par l'accusé. Certaines questions méritent cependant d'être explorées davantage.

Tout d'abord, il est juste d'affirmer que, règle générale, l'intention de rembourser la victime ne peut excuser la perpétration d'une fraude. Il apparaît toutefois utile de se demander si, dans certaines circonstances, l'intention de rembourser ne devrait pas être considérée au moment d'évaluer la *mens rea* de l'accusé par rapport aux conséquences de sa conduite. Dans la mesure où l'intention de rembourser aurait empêché l'accusé de percevoir le risque de préjudice pour la victime, il nous apparaît que cette intention est pertinente.

En outre, dans la mesure où la malhonnêteté caractérise la fraude, il semble que le fameux critère supplémentaire de la malhonnêteté ne soit pas tant à rechercher dans une quelconque intention spécifique ou dans l'appréciation personnelle de l'honnêteté de sa conduite par l'accusé, que dans une appréciation subjective de la part du prévenu de *toutes* les circonstances pertinentes entourant sa conduite. À cet égard, une déclaration de culpabilité ne devrait pas être prononcée si l'accusé ne savait pas agir en contravention d'un devoir ou ne croyait pas mettre en péril les actifs d'une compagnie. De même, en ce qui concerne les conséquences de sa conduite, l'accusé ne devrait pas être déclaré coupable s'il ne savait pas qu'il mettait

les intérêts économiques d'autrui en péril ou s'il croyait qu'aucun préjudice ou risque de préjudice ne découlerait de sa conduite. Nous ne voyons aucune raison justifiant une application de l'erreur plus limitée en matière de fraude qu'en cas de vol. Enfin, reconnaître le caractère disculpatoire de l'erreur quant à la réalisation du risque de préjudice pour la victime ramènerait l'analyse de la *mens rea* de la fraude dans le giron de la théorie subjectiviste telle qu'elle est appliquée dans le contexte de la majorité des infractions contre la personne.

Conclusion

Pour quiconque s'intéresse au droit pénal d'inspiration britannique, l'affirmation à l'effet que les règles régissant les infractions contre le patrimoine sont particulièrement complexes tient du lieu commun. Depuis la célèbre décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Olan*, la fraude est définie comme une privation malhonnête. L'apparente simplicité de cette définition, si on y regarde de plus près, a toutefois contribué à semer la confusion. Malgré une opinion largement répandue à l'effet contraire, la décision du plus haut tribunal du pays dans l'affaire *Olan* n'a pas identifié avec suffisamment de précision les éléments matériels du crime de fraude. Le test objectif de la malhonnêteté proposé par la Cour suprême dans la récente affaire *Zlatic* présente les mêmes difficultés. La notion de fraude est non seulement mal circonscrite, mais elle offre aussi aux tribunaux la possibilité d'élargir le champ de la répression en créant de nouvelles infractions. Le caractère insaisissable de l'*actus reus* de la fraude contribue en outre à la difficulté de cerner les éléments de faute devant s'y rapporter.

Il serait certes commode de se tourner vers le législateur pour lui demander de reformuler certaines infractions et de simplifier ce que la Commission de réforme du droit du Canada appelait en 1977 «la jungle des dispositions particulières»²¹¹. Nous croyons toutefois que, même en l'état actuel des choses, il est possible de formuler un droit cohérent de la fraude en recourant aux doctrines traditionnelles de l'*actus reus* et de la *mens rea* et en se livrant à une analyse plus rigoureuse des textes existants. Il serait dommage, et fort injuste, de se contenter d'affirmer que la malhonnêteté est impossible à définir avec précision, mais de trouver réconfort dans l'idée qu'elle est facile à reconnaître.

²¹¹ *Le vol et la fraude*, *supra* note 3 à la p. 4.