

Article

« Les aléas de la fraude en droit criminel »

Pierre Rainville

Les Cahiers de droit, vol. 27, n° 4, 1986, p. 813-851.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042772ar>

DOI: 10.7202/042772ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Les aléas de la fraude en droit criminel

Pierre RAINVILLE*

Even though section 338 Cr.C. appears in Part VIII of the Criminal Code entitled « Fraudulent transactions relating to Contracts and Trade », the criminal offence of fraud is of a much broader scope. The liberal interpretation received from the courts has transformed this crime into one of the widest and sometimes most unpredictable offences.

The author first discusses Canada's territorial jurisdiction over international fraud in the light of the recent Libman case. He then proceeds to examine the impact of the Supreme Court decision in Vezina v. R. on the « deprivation » requirement in the definition of fraud. This text also concentrates on the objective-subjective mens rea dilemma and on a comparison of the constitutive elements of fraud, theft and false pretences. The author finally concludes that sections 320 and 338 Cr.C. call out for immediate reform.

	<i>Pages</i>
Introduction	814
1. La juridiction territoriale du Canada en matière de fraude	816
2. Les éléments constitutifs de la fraude	817
2.1. <i>L'actus reus</i>	817
2.1.1. La privation : commentaires généraux.....	818
2.1.1.1. La privation temporaire.....	819
2.1.1.2. La négligence de la victime.....	819
2.1.1.3. L'utilisation des bénéfices soutirés de la fraude.....	819
2.1.2. La privation au-delà de toute perte réelle.....	820
2.1.2.1. La portée de l'arrêt <i>Olan</i> en jurisprudence.....	820
2.1.2.2. L'avènement de l'arrêt <i>Vézina</i>	823
2.1.3. La malhonnêteté.....	824
2.1.3.1. La supercherie, le mensonge et les autres moyens dolosifs....	825
2.1.3.2. L'absence de relations directes entre l'accusé et sa victime....	826
2.1.3.3. La victime. L'incidence du droit corporatif.....	828
2.2. <i>La mens rea</i>	831
2.2.1. Le caractère intentionnel de la fraude.....	832

* Cet article est à jour au 31 juillet 1986. L'auteur est devenu depuis secrétaire juridique à la Cour suprême du Canada. Me Rainville remercie sincèrement le professeur Jacques Gagné pour le soutien apporté tout au long de la rédaction de cet article.

	<i>Pages</i>
2.2.1.1. La connaissance des circonstances. Négligence grossière et aveuglement volontaire.....	832
2.2.1.2. L'anticipation de la privation.....	834
2.2.2. L'appréciation objective ou subjective de la malhonnêteté.....	835
2.2.2.1. Le test objectif.....	835
2.2.2.2. Le test subjectif.....	837
2.2.2.3. L'approche intermédiaire.....	839
3. Les éléments distinctifs de la fraude.....	841
3.1. Distinctions entre la fraude et le vol.....	841
3.2. Distinctions et similitudes entre la fraude et l'escroquerie.....	844
3.2.1. Le « faux semblant » ou « faux prétexte ».....	844
3.2.1.1. La représentation erronée d'un fait présent ou passé.....	844
3.2.1.2. Connaissance par l'accusé du caractère erroné de sa représentation.....	846
3.2.1.3. Les biens soutirés doivent avoir été obtenus en raison de la fausse représentation.....	846
3.2.1.4. L'intention frauduleuse d'induire l'autre personne à agir selon la représentation erronée.....	846
3.2.2. L'obtention d'un bien.....	847
4. Les exceptions au droit d'invoquer l'article 338 C.cr. pour sanctionner une conduite frauduleuse.....	848
4.1. Les actes punissables concurremment en vertu d'une autre loi provinciale ou fédérale.....	848
4.2. L'interdiction de recouvrer une créance purement civile par le biais de l'article 338 C.cr.....	849
Conclusion.....	850

Introduction

À l'instar du vol, prohibé par l'article 283 du *Code criminel*, l'infraction de fraude énoncée à l'article 338(1) est devenue l'une des dispositions les plus couramment utilisées en raison de la généralité de ses termes et de l'interprétation jurisprudentielle extensive qu'on lui a donnée. Le corollaire, certes regrettable, est qu'il est devenu ardu de se retrouver dans un domaine où le foisonnement de la jurisprudence n'a pas encore trouvé d'équivalent en doctrine québécoise.

L'origine de la fraude dans le *Code criminel* ne remonte pourtant qu'à 1948. Auparavant, seul le complot dans le dessein de frauder était spécifiquement incriminé¹. Il fallait donc recourir aux infractions de vol ou

1. A. B. HARVEY, « Recent Amendments to the Criminal Code », (1948) 26 R. du B. Can. 1319.

d'escroquerie, ou encore aux manœuvres frauduleuses spécialement prévues au Code, lorsqu'aucun complot n'était apparent.

La définition classique de la fraude provient de l'arrêt anglais *Re London & Globe Finance Corp.* :

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.²

Cette définition continue de recevoir l'assentiment des tribunaux canadiens, mais elle doit être lue avec circonspection car il est maintenant établi que la supercherie (« deceit ») n'est plus le seul mode par lequel une fraude peut être commise : l'article 338 C.cr. réprime *tous* les moyens malhonnêtes susceptibles d'être utilisés³. Depuis l'arrêt *R. c. Olan*⁴, rendu par la Cour suprême du Canada en 1978, la fraude se résume en effet en deux mots : privation malhonnête. Ce concept élargi a dépouillé les personnes inculpées sous l'article 338 C.cr. de divers moyens de défense.

D'autre part, l'article 338(1) ne constitue pas l'unique disposition prohibant un comportement frauduleux. La partie VIII du Code (a. 337 à 384) est en effet vouée entièrement à cet objectif. Les dispositions sur le vol (a. 283) et l'escroquerie (a. 320) poursuivent aussi le même dessein mais, pour des motifs historiques et législatifs, un enchevêtrement quasi insoluble s'est créé entre ces infractions et la fraude. De plus, il faut signaler l'importance accrue des fraudes et abus de confiance en matière gouvernementale⁵.

2. *Re London & Globe Finance Corp.*, [1903] 1 Ch. 728 (H.C. Ch. Div. Ang.) p. 732-733. Voir aussi l'arrêt *McGarey c. R.*, [1974] R.C.S. 278.

3. *R. c. Olan, Hudson et Hartnett*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. v. Cunningham*, (1978) 39 C.C.C. (2d) 169 (C. Ct. Ont.); *R. v. Côté and Vézina (n° 2)*, (1983) 3 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Qué.) confirmé sur ce point à [1986] 1 R.C.S. 2; *R. v. Chris*, (1984), 3 O.A.C. 142 (C.A. Ont.); *Sakkal c. R.*, J.E. 85-132 (C.A. Qué.).

4. *Supra*, note 3.

5. Pour quelques décisions récentes, voir *R. v. McKitka*, (1982) 66 C.C.C. (2d) 164 (C.A. C.-B.); *Leblanc c. R.*, [1982] 1 R.C.S. 344; *Lamarche c. R.*, [1982] 1 R.C.S. 345; *R. v. Giguère*, (1984) 37 C.R. (3d) 1 (C.S.C.); *P.G. du Québec c. Cyr*, [1984] C.A. 254 (Requête pour autorisation d'appel rejetée); *R. c. Hébert*, C.A. Qué., n° 200-10-000060-843, 5 novembre 1985; *R. v. Barrow*, (1985) 14 C.C.C. (3d) 470 (C.A. N.-É.); *R. v. Rouleau*, (1985) 14 C.C.C. (3d) 14 (C.A. Qué.); *R. v. Cyr*, (1985) 44 C.R. (3d) 87 (C.S. Qué.); *Robillard v. R.*, (1985) 18 C.C.C. (3d) 266 (C.A. Qué.) (Requête pour permission d'appeler accordée). La prohibition des condamnations multiples empêche de cumuler des condamnations conjointes sous les articles 110(1)d) et 338 C.cr. : *Mavrikakis c. R.*, C.A., Montréal, n° 500-10-000199-818, 16 janvier 1984.

1. La juridiction territoriale du Canada en matière de fraude

L'accroissement constant des fraudes d'envergure internationale invite à considérer en tout premier lieu la juridiction du Canada en de telles circonstances. L'article 5(2) C.cr. spécifie que la compétence territoriale des tribunaux canadiens est acquise en autant que l'infraction n'est pas commise hors du pays⁶. Cela ne signifie pas pourtant que l'infraction doit avoir été commise en totalité au Canada, ni même que l'élément essentiel constitutif de l'infraction reprochée soit survenu en ce pays. Telle est la conclusion qui se dégage de l'arrêt *Libman c. R.* rendu en 1985 par la Cour suprême⁷. Cette décision mérite une attention particulière car les principes juridictionnels qu'elle renferme s'appliquent également à toutes les infractions comprises au *Code criminel*.

L'examen des faits de cette affaire révèle que les opérations frauduleuses de l'accusé étaient menées à partir d'un bureau de Toronto. Par le biais du téléphone, des employés torontois contactaient des résidents américains afin de les inciter à acheter des actions de compagnies minières situées au Costa Rica, lesquelles actions étaient en réalité dépourvues de valeur. Du matériel publicitaire trompeur était aussi expédié par la poste à des résidents américains, à partir de l'Amérique centrale.

Les fausses déclarations de l'accusé et de ses acolytes concernaient l'identité des vendeurs, la provenance des appels téléphoniques et la valeur des actions offertes. Les résidents américains induits devaient ensuite faire parvenir le prix d'achat des actions à des bureaux situés en Amérique centrale. Une portion des sommes récoltées était retournée au Canada, pour être distribuée entre les divers participants à la fraude.

En résumé, la défense de l'accusé consista à plaider que la juridiction canadienne en droit criminel doit se déterminer selon le lieu où l'élément essentiel de l'infraction s'est réalisé. Ainsi, la privation de la victime, élément essentiel de la fraude, est survenu à l'extérieur du Canada. Cet argument suppose comme corollaire qu'un seul pays est compétent pour instruire une cause criminelle.

6. Voir par exemple l'arrêt *Re Hanes and the Queen*, (1983) 69 C.C.C. (2d) 420 (H.C. Ont.).

7. *Libman c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 178. La Cour d'appel d'Ontario avait conclu de façon identique dans l'arrêt *Re Chapman*, [1970] 5 C.C.C. (2d) 46 (C.A. Ont.) (Requête pour permission d'appeler rejetée). Voir pour une conclusion similaire la récente décision de la Cour suprême dans *Vézina c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 2. D'autre part, la Cour d'appel du Québec a récemment affirmé que le lieu de réception de l'argent frauduleusement obtenu peut conférer juridiction si cette réception a lieu au Canada: *Fischer c. Morier*, C.A., Montréal, n° 500-10-000130-847, 22 janvier 1986 (Requête pour permission d'appeler rejetée).

La Cour suprême réfuta cet argument et entérina un concept juridictionnel beaucoup plus large. Une infraction devient punissable au Canada en autant qu'une partie importante des activités constitutives de l'infraction s'est déroulée au pays. Il suffit qu'un lien réel et important unisse l'infraction au Canada ; la juridiction sera reconnue si les faits pertinents survenus au Canada lui confèrent un intérêt suffisant.

Le juge La Forest constata que les faits mis en preuve étaient d'emblée suffisants pour attribuer compétence à un tribunal canadien. Quant à la possibilité qu'un criminel soit poursuivi dans plus d'un pays suite à l'adoption de ce critère, la Cour rétorqua que les plaidoyers d'*autrefois acquit* ou d'*autrefois convict* peuvent lui permettre, le cas échéant, d'échapper à des condamnations supplémentaires.

Enfin, la Cour suprême ajouta que le Canada est également apte à juger les situations impliquant des activités étrangères mais dont les conséquences se ressentent en notre pays. Cette affirmation constitue probablement une approbation tacite de l'arrêt *Re Hanes and the Queen*⁸. Dans cette affaire, l'accusé avait fait usage d'une carte de crédit en Californie pour effectuer en cet État des achats frauduleusement démesurés : le tribunal ontarien se déclara néanmoins compétent puisque le siège social de la compagnie de crédit était localisé en Ontario.

La souplesse du nouveau test préconisé par la Cour suprême a l'avantage de mieux se concilier avec la prévention du crime international. L'imprécision de ses paramètres risque toutefois de mener à certaines incertitudes jurisprudentielles dans des situations où le lien de rattachement au Canada est moins manifeste. En matière de complot, une solution définitive découle toutefois de l'article 423(3) C.cr., tandis que les articles 324(1) et 326(2) C.cr. relatifs aux faux documents édictent une règle analogue aux conclusions de l'arrêt *Libman*.

2. Les éléments constitutifs de la fraude

2.1. L'*actus reus*

L'aspect matériel de la fraude se définit en deux mots : privation malhonnête.

8. *Re Hanes and the Queen*, (1983) 69 C.C.C. (2d) 420 (H.C. Ont.). Voir aussi *R. v. O'Brien*, [1983] B.C.D. Crim. Conv. 5505-01 (C. Ct. C.-B.).

2.1.1. La privation : commentaires généraux

La privation représente un élément essentiel de l'infraction, sans lequel l'accusation sera rejetée⁹. La privation peut évidemment provenir du fait qu'un bien est malhonnêtement extirpé de la victime, mais elle comprend aussi les situations où cette dernière est empêchée de toucher ce à quoi elle a droit¹⁰.

L'article 338(1) énumère ce dont la victime a dû être dépouillée : il s'agit de « quelque bien, argent ou valeur », lesquelles expressions sont définies à l'article 2 C.cr. Dans *R. v. Stewart*¹¹, la majorité de la Cour d'appel d'Ontario a décidé que le mot « bien » de l'article 2 C.cr. référerait au sens que reçoit ce mot en droit civil. (En conséquence, on peut frauder sa victime en lui subtilisant un « meuble » ou un « immeuble » au sens du *Code civil*). Cette adéquation entre le droit civil et le droit criminel a eu comme conséquence dans l'arrêt *Stewart* que l'accusé fut reconnu coupable d'avoir tenté d'obtenir par fraude de l'information confidentielle.

Il suffit que l'accusé ait obtenu possession du bien convoité, même s'il n'en a pas acquis la propriété par sa fourberie¹². Le prévenu sera déclaré coupable même si la victime n'a pas été incitée à se départir de la propriété de bien, en autant que la possession aura été transmise par les fausses représentations :

Prétendant faussement qu'il a déjà payé pour leur recouvrement, un emprunteur sur gage persuade le prêteur sur gage de lui remettre les marchandises — dans ce cas, il y a fraude même si le délinquant n'obtient, et la victime ne laisse aller, que la possession.¹³

-
9. *Re Bennett and the Queen*, (1982) 67 C.C.C. (2d) 250 (C.A. Ont.), confirmant (1981) 58 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Cook*, (1985) 15 C.C.C. (3d) 277 (C.A. Man.); F.R. MOSKOFF, « The Preparation and Presentation of Documentary Evidence in Prosecutions for Fraud and Theft », (1984-85) 27 *Crim. L.Q.* 79.
 10. *R. v. Renard*, (1974) 17 C.C.C. (2d) 355 (C.A. Ont.).
 11. *R. v. Stewart*, (1983) 42 O.R. (2d) 225 (C.A. Ont.) (En appel à la Cour suprême); F.R. MOSKOFF, « The Theft of Thoughts : The Realities of 1984 », (1984-85) 27 *Crim. L.Q.* 226. Dans *R. v. Falconi*, (1976) 31 C.C.C. (2d) 144 (C. Ct. Ont.), il avait été décidé qu'une ordonnance médicale n'est pas un « bien ». La justesse de cette décision pourrait être remise en question depuis l'arrêt *Stewart*. Voir toutefois D. MAGNUSSON, « Kirkwood and Stewart : Using the Criminal Law Against Infringement of Copyright and the Taking of Confidential Information », (1983) 35 C.R. (3d) 129, p. 132-133; R.G. HAMMOND, « Theft of Information », (1984) 100 *L.Q.R.* 252 et la toute récente décision *R. v. Offley*, [1986] Alta D. 6130-03, où la Cour d'appel a rejeté le raisonnement de l'arrêt *Stewart*.
 12. *R. v. Vallillee*, (1974) 15 C.C.C. (2d) 409 (C.A. Ont.). Voir l'étonnante conclusion contraire dans *R. c. Lacoste*, [1967] R.L. 177 (C.S.P. Qué.).
 13. Commission de réforme du droit, *Le vol et la fraude*. Document de travail n° 19, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1977, p. 80.

Il en est de même lorsqu'un véhicule est loué suite à de fausses déclarations, ou encore lorsqu'un prêt est consenti.

Telle est donc l'essence de la privation : l'obtention de la possession ou de la propriété d'un bien, argent ou valeur.

2.1.1.1. La privation temporaire

Il suffit que la victime ait été temporairement dépossédée. Ainsi, le retour du bien ou le remboursement de la victime est sans conséquence sur la culpabilité¹⁴. Cette affirmation relative à l'*actus reus* est le corollaire des jugements qui préconisent que la *mens rea* est prouvée même si l'accusé avait la ferme intention de rembourser sa victime¹⁵.

2.1.1.2. La négligence de la victime

L'accusé ne peut se disculper en prouvant que la vigilance de la victime aurait empêché la concrétisation de la fraude¹⁶.

2.1.1.3. L'utilisation des bénéfices soutirés de la fraude

La preuve que l'accusé a personnellement reçu ou profité du bien dont la victime s'est départie n'a pas à être apportée par la Couronne¹⁷. La preuve de l'accomplissement de la fraude consiste à établir que la victime fut privée d'un bien en conséquence du comportement malhonnête de l'accusé, sans qu'il faille en plus établir que c'est l'accusé qui a bénéficié personnellement de l'avantage soutiré. Par exemple, un prévenu est coupable s'il a frauduleusement obtenu un chèque, même si celui-ci est endossé par l'accusé au bénéfice d'une troisième personne.

Cette règle découle nécessairement de l'emploi du mot « frustre » à l'article 338, par opposition au mot « obtient ». Dans l'exemple précité, il serait également conforme aux principes de droit criminel d'utiliser l'article 21 relatif à la participation. Le bénéficiaire du chèque serait coupable de fraude

14. *R. v. Cull*, [1965] 3 C.C.C. 123 (C.A. Man.); *R. v. Marquardt*, (1972) 6 C.C.C. (2d) 372 (C.A. C.-B.); *R. v. Abramson*, [1983] B.C.D. Crim. Conv. 5505-05 (C.A. C.-B.).

15. Ce sujet est discuté au sous-titre 2.2.2.1.

16. *R. v. Hilliard and Palmateer*, (1976) 28 C.C.C. (2d) 566 (C. Ct. Ont.); *R. v. Ransen*, [1983] Alta D. 5505-01 (C.A. Alta); J.D. EWART, « Fraud: An Analysis of the Present State of the Law in Canada », (1979-80) 22 *Crim. L.Q.* 484, p. 497-498.

17. *R. v. Littler*, (1976) 27 C.C.C. (2d) 216 (C.A. Qué.); *R. v. Huggett*, (1979) 42 C.C.C. (2d) 198 (C.A. Ont.); *Pearson c. P.G. du Québec*, C.A., Montréal, n° 500-10-000026-839, 13 mars 1985.

car, comme il en sera discuté plus loin, il n'est pas nécessaire que le fraudeur ait entretenu une relation directe avec sa victime. Par ailleurs, le faux endosseur verrait sa culpabilité reconnue pour avoir aidé à la commission d'une fraude.

2.1.2. La privation au-delà de toute perte réelle

La portée extensive que la jurisprudence a donnée à l'expression « privation » est fondamentale lors de l'étude de l'*actus reus* de la fraude. Le critère de la privation réside dans le fait que la victime a été amenée à *agir à son détriment*. Il faut se garder de faire correspondre cette définition avec la nécessité de prouver une perte économique : la Couronne doit établir que les intérêts de la personne fraudée ont été mis en péril, sans qu'il faille démontrer au surcroît que ce risque s'est concrétisé. Un risque de perte suffit. Dans l'arrêt *R. c. Olan*, le juge Dickson écrit :

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 réelle.*¹⁸
(nos soulignés)

2.1.2.1. La portée de l'arrêt *Olan* en jurisprudence

Les propos précédents de l'arrêt *Olan* ont connu de sérieuses répercussions dans la jurisprudence. Les quelques exemples suivants, la plupart postérieurs à l'arrêt *Olan*, illustrent jusqu'à quel point les tribunaux ont admis libéralement que la perte encourue n'a pas à se matérialiser :

i) *R. v. Knelson and Baran*¹⁹

Les accusés avaient vendu des actions dont ils avaient faussement décrit les caractéristiques ; en défense, ils firent valoir toutefois que la Couronne

18. *R. c. Olan, Hudson et Harnett III*, [1978] 2 R.C.S. 1175, p. 1182. De même, dans *R. v. Riordan*, (1974) 15 C.C.C. (2d) 219 (C.A. N.-É.), la Couronne avait prouvé la fausse déclaration du vendeur à l'effet qu'un appareil auditif était neuf alors qu'il avait servi à des démonstrateurs, mais rien ne démontrait que le prix d'achat versé fut exorbitant. Le prévenu fut tout de même condamné car l'absence de perte financière ne devient pertinente qu'au regard de la sentence. Voir aussi la décision *R. c. Larose*, C.A., Montréal, n° 500-10-000311-827, 15 mai 1984, où la Cour ne jugea pas déterminante la déclaration écrite du vendeur voulant qu'il se déclare satisfait du prix de vente alors que l'agent d'immeuble inculpé avait dissimulé son statut de propriétaire de la compagnie qui se portait acquéreur. Voir aussi *R. v. Hamilton*, [1980] B.C.D. Crim. Conv. 5505-02 (C. Ct. C.-B.); *R. v. Rodrigue, Ares and Nantel*, (1974) 17 C.C.C. (2d) 252 (C.A. Qué.).

19. *R. v. Knelson and Baran*, (1962) 133 C.C.C. 210 (C.A. C.-B.). Voir aussi *supra*, note 18.

n'avait pas apporté la preuve que l'objet remis (les actions) par l'accusé était d'une valeur inférieure à la considération offerte (montant d'argent) en retour par la victime. La Cour d'appel rejeta cette défense puisque les victimes avaient erronément été incitées à se porter acquéreuses d'un objet dont elles auraient autrement été désintéressées.

ii) *R. v. Stewart*²⁰

La privation est parfaite sur preuve que le geste de l'accusé a fait perdre la confidentialité d'une liste secrète d'employés. (Cette conclusion est cependant remise en question²¹).

iii) *R. v. Miller*²²

Dans le cas de manipulation frauduleuse d'un odomètre pour faciliter la vente d'un véhicule, la culpabilité pour fraude se détermine en sachant si l'accusé aurait acheté l'automobile au prix convenu s'il avait connu le véritable kilométrage, et non pas en s'informant si la victime pouvait subséquemment revendre l'automobile à profit.

iv) *R. v. Knowles*²³

L'accusé avait le statut de président d'une filiale de la compagnie mère qu'il est accusé d'avoir fraudée. Malgré sa connaissance d'une directive émise par la compagnie, l'accusé entreprit d'acquérir personnellement une franchise de l'entreprise, par l'entremise d'un prête-nom. Ce dernier obtint de la corporation victime un prêt, qu'il garantit par des sûretés. La politique de la compagnie mère à laquelle l'accusé contrevenait avait pour but d'éviter la naissance de conflits d'intérêt au sein du commerce.

La défense prétendit qu'aucune privation n'avait été causée puisque le prêt était protégé par une sûreté valable. La Cour d'appel d'Ontario considéra pourtant que le préjudice avait été démontré sur preuve que la compagnie n'aurait pas consenti l'emprunt si elle eut été informée de l'identité du véritable acquéreur. La possibilité d'un conflit d'intérêt était dès

20. *R. v. Stewart*, (1983) 42 O.R. (2d) 225 (C.A. Ont.) (En appel à la Cour suprême du Canada). Pour un commentaire, voir F.R. MOSKOFF, *supra*, note 11; G.R. HAMMOND, *supra*, note 11; D. MAGNUSSON, *supra*, note 11.

21. La Cour d'appel d'Alberta vient en effet de statuer en sens inverse lors d'une accusation de vol (*R. v. Offley*, [1986] Alta D. 6130-03).

22. *R. v. Miller*, [1982] Alta D. 5505-02 (C.A. Alta).

23. *R. v. Knowles*, (1980) 51 C.C.C. (2d) 237 (C.A. Ont.).

lors suffisante pour mettre en péril les intérêts de la corporation. L'absence de perte financière concrète ne peut qu'affecter la détermination de la sentence.

v) *R. v. Wagman*²⁴

La corporation prêteuse et l'accusé ont contracté un engagement selon lequel le solde des avances monétaires faites sur la construction de maisons par l'accusé (25% du prêt total) ne devait être remis à l'emprunteur que sur preuve que des acheteurs avaient acquis les résidences à édifier. Les acheteurs soumis par l'accusé n'étaient en vérité que des acquéreurs fictifs puisqu'ils avaient tous signé un document reconnaissant que l'accusé devenait le véritable propriétaire.

Subséquentement, l'accusé parvint toutefois à trouver des acquéreurs véritables, et la corporation victime ne souffrit en fin de compte aucune perte économique.

La Cour souligna néanmoins que le stratagème déloyal de l'accusé, destiné à se procurer la balance de l'emprunt, avait exposé les intérêts financiers du prêteur à un risque sérieux. La fraude se trouvait ainsi consommée.

vi) *R. v. Lee*²⁵

L'accusée utilisa son propre véhicule pour visiter son médecin, alors qu'elle bénéficiait de prestations de la Commission de la santé et de la sécurité au travail. Elle apprit postérieurement qu'elle aurait vu ses déboursés défrayés si elle avait utilisé un taxi à l'occasion de ces visites. Jugeant cette situation injuste, elle se fit préparer de faux reçus qu'elle présenta ensuite comme réclamation. L'accusée ignorait toutefois que ses déplacements en automobile pouvaient légalement être remboursés, et qu'ils lui auraient donné droit à une somme *supérieure* à celle dont elle réclamait paiement. L'argument à l'effet que la Commission n'encourut aucune perte — au contraire, elle jouissait même d'un certain bénéfice — ne fut pas retenu.

On constate que, poussé dans ses derniers retranchements, l'argument voulant que la présence d'une perte financière n'est pas nécessaire pour qu'il y ait fraude peut conduire à des résultats absurdes. Un auteur écrit avec justesse ce qui suit :

24. *R. v. Wagman*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 23 (C.A. Ont.).

25. *R. v. Lee*, [1985] Man. D. 5505-01 (C. Ct. Man.).

We 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 loss.²⁶

2.1.2.2. L'avènement de l'arrêt *Vézina*

En 1986, la Cour suprême du Canada a été appelée à examiner de nouveau les critères suivant lesquels un « risque de privation » satisfait aux exigences de la fraude²⁷. Le juge Lamer a considérablement précisé la signification de ces critères, sans toutefois apporter d'innovation notable par rapport à l'arrêt *Olan*.

Dans cette affaire, les accusés avaient présenté à la Banque de Montréal des billets payables au porteur afin que la somme y apparaissant soit portée à leur crédit dans un compte suisse. Ces effets de commerce étaient néanmoins volés, au su des accusés. Le stratagème avorta car la Banque du Canada avisa la Banque de Montréal qu'il s'agissait d'obligations volées ; et aucun montant ne fut crédité en faveur des accusés par la Banque de Montréal²⁸.

Les accusés furent inculpés d'avoir tenté de frauder la Banque de Montréal. Sommairement, leur défense reposa sur le fait que la Banque de Montréal n'encourait aucun péril puisqu'elle n'avait aucun fonds ; sa seule tâche était d'expédier les effets de commerce à la Banque du Canada pour que cette dernière les honore (la loi l'y oblige), puis de les créditer dans un compte bancaire étranger.

La Cour suprême accéda à cet argument. La privation n'existe pas par la seule preuve que la présumée victime a été amenée à poser un geste *quelconque*. La personne dupée doit s'être départie d'un bien, argent ou valeur lui appartenant ou sous sa possession.

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.

[...]

En Écosse, il a été décidé dans l'arrêt *Adcock v. Archibald*, [1925] J. C. 58, qu'en *common law* [TRADUCTION] « tout résultat précis et pratique atteint par la fraude suffit » (le lord juge général Clyde, à la p. 61) et que [TRADUCTION] « l'essence de l'infraction consiste à amener la personne objet de la fraude à prendre une chose qu'elle n'aurait pas prise autrement ou à faire quelque chose qu'elle n'aurait pas fait autrement ou à devenir l'intermédiaire d'un acte illégal » (lord Hunter, à la p. 61). Cette notion large de la fraude a reçu de la

26. F.R. MOSKOFF, « Fraud: Either Change or Perish », (1981-82) 24 *Crim. L.Q.* 117, p. 117.

27. *Vézina c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 2. Voir aussi *R. c. Campbell et Kotler*, C.S.C., 9 octobre 1986.

28. Voir *R. v. Côté and Vézina (n° 2)*, (1983) 3 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Qué.).

résistance dans ce ressort là (voir Gordon, G.H., *The Criminal Law of Scotland*, 2nd ed., 1978, à la p. 603). Il est clair que ce ne peut être le droit au Canada en vertu de notre art. 338.²⁹

Là s'arrête toutefois la preuve requise. Il suffit, en général, de montrer que la victime a disposé d'un bien sur lequel elle a un intérêt spécial, en raison de l'action dolosive de l'accusé. Il n'est pas nécessaire, dans une deuxième étape, de prouver qu'elle a subi un préjudice pécunier précis.

À cet égard, le juge Lamer a indiqué ce qui suit :

Quant à la privation, si 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.* L'échange de l'argent contre le titre donnant droit à cet argent, qui n'aurait pas eu lieu n'eût été la conduite malhonnête des accusés, est préjudiciable. 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.³⁰
(nos soulignés)

Nous croyons donc que l'arrêt *Vézina* n'a aucunement remis en cause la portée de l'arrêt *Olan*. Au contraire, il a renforcé ce précédent et il est à prévoir que la jurisprudence citée précédemment continuera de recevoir une application intégrale.

Paradoxalement, il est important et significatif de noter que la Commission de réforme du droit du Canada n'a pas modifié, malgré l'arrêt *Olan*, son projet de disposition législative sur la fraude qui continue d'exiger une « perte financière »³¹.

2.1.3. La malhonnêteté

L'*actus reus* n'est pas complet par la seule privation de la victime : le préjudice ou le risque de préjudice doit avoir été causé de façon malhonnête.

29. *Vézina c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 2, p. 22-23. La notion de « risque véritable de préjudice » utilisée par le juge Lamer dans l'arrêt *Campbell*, *supra*, note 27, ne modifie pas non plus la règle établie dans l'arrêt *Olan*. La victime désignée à l'acte d'accusation dans *Campbell* n'était qu'un agent administratif œuvrant à l'intérieur d'un système de facturation ; elle fut utilisée à son insu comme *intermédiaire* pour acheminer les sommes frauduleusement obtenues. Elle ne fut donc pas amenée à se départir d'un bien dans lequel elle possédait un intérêt spécial.

30. *Id.*, p. 20-21.

31. Commission de réforme du droit, *Le vol et la fraude*, 12^e rapport, ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1979, p. 18-19. Voir aussi, p. 49 : « Sont donc exclues les pertes qui ne peuvent être liquidées ».

2.1.3.1. La supercherie, le mensonge et les autres moyens dolosifs

Au terme même de l'article 338(1), la malhonnêteté peut revêtir trois formes : la supercherie³², le mensonge³³, ou un moyen dolosif quelconque.

Le mensonge ou les fausses représentations peuvent se manifester dans la déclaration seulement fragmentaire ou partielle d'un état de fait³⁴. L'article 338(1) exprime néanmoins l'idée que l'exigence du « faux semblant » de l'article 319(1) n'est pas requise. D'autre part, il suffit de démontrer que les fausses représentations ont été une cause effective de l'obtention du bien, même s'il ne s'agit pas de la cause unique pour laquelle la victime s'est départie de l'objet³⁵.

La malhonnêteté peut aussi découler de l'emploi d'un « moyen dolosif ». Tout procédé malhonnête est visé par cette expression³⁶. Les omissions, dissimulations et réticences déloyales sont des modes malhonnêtes par lesquels une fraude peut être perpétrée³⁷. Dans l'arrêt *R. v. Cunningham*³⁸, le

-
32. *Re London & Globe Finance Corp.*, [1903] 1 Ch. 728 (H.C. Ch. Div. Ang.); *R. v. Rodrigue, Ares and Nantel*, (1974) 17 C.C.C. (2d) 252 (C.A. Qué.).
33. *R. v. Littler*, (1976) 27 C.C.C. (2d) 216 (C.A. Qué.). Dans *R. v. Riordan*, (1974) 15 C.C.C. (2d) 219 (C.A. N.-É.), les fausses déclarations d'un vendeur excédèrent la simple exagération raisonnable : « The statement must be a false statement of fact and not merely the vendor's incorrect opinion as to quality; it must be more than mere extravagant advertisement or puffery » (p. 221). Nous prétendons d'ailleurs que l'article 319(2) C.cr. est applicable par analogie.
34. *R. v. Hamilton*, [1980] B.C.D. Crim. Conv. 5505-02 (C. Ct. C.-B.).
35. *R. v. Hilliard and Palmateer*, (1976) 28 C.C.C. (2d) 566 (C. Ct. Ont.). Voir aussi J.D. EWART, *supra*, note 16, p. 504. Pour un cas de tentative de fraude, *Detering c. R.*, [1982] 2 R.C.S. 583.
36. *R. c. Olan, Hudson et Harnett III*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *Sakkal c. R.*, J.E. 85-132 (C.A. Qué.); *R. v. Chris*, (1984), 3 O.A.C. 142 (C.A. Ont.).
37. *R. v. Renard*, (1974) 17 C.C.C. (2d) 355 (C.A. Ont.); *R. v. Whattam*, [1976] B.C.D. Crim. Conv. (C.A. C.-B.): omission par l'accusé de notifier un changement de sa situation financière aux services d'assurance sociale, alors qu'il s'était contractuellement engagé à le faire. Au même effet : *R. v. Johnson*, [1984] B.C.D. Crim. Conv. 5505-04 (C. Ct. C.-B.); *R. v. Littler*, (1976) 27 C.C.C. (2d) 216 (C.A. Qué.); la Cour laisse en suspens le prétendu devoir, qui incomberait à l'administrateur d'une compagnie se portant acquéreur d'actions appartenant à des actionnaires minoritaires, d'informer ces derniers de certaines offres d'achat provenant de l'extérieur et susceptibles de les intéresser; *R. c. Olan, Hudson et Harnett III*, [1978] 2 R.C.S. 1175; *R. v. Caplette*, [1979] B.C.D. Crim. Conv. 5505-04 (C. Ct. Man.); *R. v. Monkman*, [1980] Man. D. 5505-02 (C. Ct. Man.); *R. v. Skimer*, [1981] B.C.D. Crim. Conv. 5505-04 (C. Ct. C.-B.); *Gianoulias c. R.*, C.A., Montréal, n° 500-10-000102-804, 10 juin 1982; *R. v. Côté and Vézina*, (1983) 3 C.C.C. (3d) 557 (C.A. Qué.), confirmé par la Cour suprême du Canada à [1986] 1 R.C.S. 2 : présentation d'obligations que l'accusé sait volées; *R. v. Jennings*, [1983] B.C.D. Crim. Conv. 5505-04 (C. Ct. C.-B.); *R. v. Michaelnuk*, [1984] Alta D. 5505-01 (C.A. Alta); *R. c. Larose*, C.A., Montréal, n° 500-10-000311-827, 16 janvier 1984; *Sakkal c. R.*, J.E. 85-132 (C.A. Qué.); *Contra* : *R.*

tribunal a considéré malhonnête le fait de se procurer et d'user d'une carte de crédit pour effectuer des dépenses manifestement exorbitantes et excessives, tout en étant conscient que l'institution prêteuse aurait refusé d'honorer cet engagement si elle en avait été avisée.

Quel que soit le mode frauduleux emprunté, il est cependant nécessaire de pouvoir y associer l'accusé comme auteur ou complice. La clandestinité, les délais sur lesquels s'échelonne une fraude et la multiplicité des participants possibles lorsqu'un conseil d'administration est impliqué, rendent parfois aléatoire l'identité de l'auteur. Pourtant, les simples soupçons ne rencontrent pas les standards de preuve en droit criminel. La Cour d'appel du Québec vient de rappeler à juste titre :

Tout ce qu'elle [la preuve] permet d'affirmer, c'est que l'appelant peut possiblement être le coupable mais qu'il ne l'est pas nécessairement.

[...]

[...] la seule possibilité, par opposition à la certitude, est insuffisante pour fonder une déclaration de culpabilité.³⁹

2.1.3.2. L'absence de relations directes entre l'accusé et sa victime

La supercherie et les fausses déclarations supposent généralement qu'un contact est intervenu entre le fraudeur et la victime. Par contre, la fraude pouvant être commise par tout « autre moyen dolosif » tel que le stipule l'article 338(1), les tribunaux ont décidé que la preuve d'une relation directe entre le prévenu et la personne préjudiciée n'est pas un élément essentiel de l'infraction.

-
- v. Kimball*, [1983] Man. D. 5505-01 (C. Ct. Man.); *R. v. Western Perimeters Ltd.*, [1977] B.C.D. Crim. Conv. (C.A. C.-B.), 1^{er} mars 1977, jugement antérieur à l'arrêt *Olan*, où la majorité de la Cour préféra jauger la gravité de l'omission même si la non-divuligation était malhonnête. Sur l'évolution du droit sur ce sujet, voir par ailleurs: D.H. DOHERTY, « What Constitutes "Other Fraudulent Means" », (1977) 39 C.R. N.S. 27; J.D. EWART, *supra*, note 16, p. 500-504; A.D. GOLD, *Annual Review of Criminal Law 1982*, Toronto, Carswell Co., 1982, p. 65; MEWETT & MANNING, *Criminal Law*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1985, p. 688. La non-divuligation frauduleuse est parfois expressément interdite par le *Code criminel*. Voir, *inter alia*, l'a. 343 C.cr. (cacher frauduleusement des titres); l'a. 344(b) C.cr. (enregistrement frauduleux de titre); l'a. 345 C.cr. (vente frauduleuse d'un immeuble); l'a. 350(a)(ii) C.cr. (aliénation de biens dans le dessein de frauder des créanciers: voir cependant *R. v. Goulis*, (1981) 20 C.R. (3d) 360 (C.A. Ont.)).
38. *R. v. Cunningham*, (1978) 39 C.C.C. (2d) 169, p. 178 (C. Ct. Prov. Ont.): « (...) one who incurs debt at a time when he knows that he is unable or unwilling to repay is liable to be found guilty of fraud ». Sur la concomitance de l'*actus reus* et la *mens rea*, voir *infra*, note 57.
39. *Bourgeois c. R.*, C.A., Montréal, n^o 500-10-000136-836, 17 mai 1985, p. 7 et 8 du jugement; *R. v. Hauca*, [1977] Alta D. (C.A. Alta).

Deux instances d'appel canadiennes ont ainsi statué qu'un distributeur de matériel vidéo qu'il sait contrefait est coupable de fraude, même s'il n'a jamais traité avec les bénéficiaires des droits d'auteur qui, au surplus, ignoraient le commerce de l'accusé⁴⁰.

La Cour d'appel d'Ontario est parvenue à une conclusion similaire dans *R. v. Chris*⁴¹. Le prévenu était inculpé d'avoir fraudé le gouvernement ontarien en fréquentant divers cabinets de médecin. À chaque fois, il avait feint d'être atteint d'une maladie afin de se procurer des drogues. Toutes ces visites furent défrayées par le service d'assurance médicale provincial. Aucun contact n'était cependant survenu entre l'inculpé et la victime. Il s'agit selon la Cour d'un élément superflu, en autant que se retrouve la preuve d'une privation malhonnête.

Dans *R. v. Côté and Vézina (n° 2)*⁴², il a même été décidé que l'identité de la victime n'est pas un élément essentiel de l'infraction. Le juge Malouf, de la Cour d'appel du Québec, nota :

I repeat, it is not necessary that the person deceived be the person who suffers detriment, prejudice or risk of prejudice to his economic interests. It is sufficient, once deception has taken place, that there be actual economic loss as the outcome of the fraud, notwithstanding that the person injured is not the person deceived but a third party.

Les deux autres juges s'accordèrent aussi à dire que l'identité de la victime d'une tentative de fraude est sans importance.

Les accusés en appelèrent. La Cour suprême confirma sensiblement ces propos en précisant :

Il n'est pas nécessaire de viser une victime pour commettre une fraude et la victime peut ne pas être certaine.⁴³

Cette jurisprudence est selon nous conforme à l'article 338(1), qui précise que la victime peut être « déterminée ou non ».

40. *R. v. Kirkwood*, (1983) 42 O.R. (2d) 65 (C.A. Ont.); *R. v. Fitzpatrick*, (1984) 11 C.C.C. (3d) 46 (C.A. C.-B.).

41. *R. v. Chris*, (1984), 3 O.A.C. 142 (C.A. Ont.).

42. *R. v. Côté and Vézina (n° 2)*, (1983) 3 C.C.C. (3d) 557, p. 575 (C.A. Qué.); voir toutefois *R. v. Blewett*, (1982) 7 W.C.B. 186 (C.A. Ont.).

43. *Vézina c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 2, p. 19. La situation est toutefois différente si la Couronne s'est engagée, par le libellé de l'acte d'accusation, à prouver qu'une victime déterminée a été fraudée. Même s'il ne s'agit pas d'un élément essentiel de l'infraction, l'acte d'accusation ne pourra être ultérieurement modifié si l'accusé en souffre préjudice. Voir aussi *Hawkshaw c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 668 et *R. c. Campbell et Kotler*, C.S.C., 9 octobre 1986 : L'impossibilité juridique de frauder un agent ou un intermédiaire innocent comme le soulignent les arrêts *Vézina* et *Campbell* justifie selon nous la nécessité de préserver la règle voulant qu'une relation directe entre le fraudeur et sa véritable victime n'ait pas à être établie sous l'article 338 C.cr.

2.1.3.3. La victime. L'incidence du droit corporatif

Les propos précédents ont déjà effleuré ce sujet. L'article 338(1) stipule que la victime de la fraude doit être le public ou toute personne, qu'elle soit déterminée ou non. Il s'ensuit qu'un acte d'accusation précisant qu'une « province » (par opposition à un gouvernement ou un ministère) a été fraudée devra être rejeté car il ne révèle pas une infraction criminelle⁴⁴. Par contre, il a été mentionné plus tôt qu'un résident étranger peut être une victime au sens de l'article 338(1) C.cr.⁴⁵.

L'argument soulevé dans l'arrêt *R. v. Marquadt*⁴⁶ mérite d'être cité. La défense prétextait que l'appropriation malhonnête par l'accusé des fonds d'une compagnie qu'il possède n'équivaut en fait qu'à un transfert d'argent d'un compte à un autre. La Cour rejeta ce plaidoyer et exprima le principe capital suivant : l'*alter ego* d'une corporation peut frauder cette dernière, car ses agissements amoindrissent les actifs de la compagnie et menacent les droits des créanciers, même si ceux-ci sont ultérieurement payés.

Dans un contexte plus global, on peut ajouter que la Cour suprême, à deux reprises, a affirmé que les administrateurs d'une compagnie se rendent coupables de fraude s'ils exposent la corporation à un péril en utilisant ses actifs pour des mobiles personnels, par opposition aux intérêts de la compagnie⁴⁷.

Inversement, une corporation peut-elle elle-même être accusée de fraude ? Cette question soulève de façon plus générale la responsabilité d'une

44. *R. v. Laybolt and Laybolt*, (1985) 20 C.C.C. (3d) 263 (C.A. Î.-P.-É.). Sur la suffisance ou l'insuffisance d'un acte d'accusation de fraude, voir en général, outre l'a. 515 C.cr., les arrêts suivants (liste non exhaustive) : *R. v. Ruggles*, (1973) 12 C.C.C. (2d) 65 (C.A. Ont.); *R. v. Rodrigue, Ares and Nantel*, (1974) 17 C.C.C. (2d) 252 (C.A. Qué.); *R. v. Barnes*, (1976) 26 C.C.C. (2d) 112 (C.A. N.-É.); *R. v. Humes*, (1978) 38 C.C.C. (2d) 241 (C.A. Ont.); *R. v. Scheel*, (1978) 3 C.R. (3d) 359 (C.A. Ont.); *R. v. Borek*, [1978] B.C.D. (C.A. C.-B.); *R. v. Huggett*, (1979) 42 C.C.C. (2d) 198 (C.A. Ont.); *R. v. Stoper*, (1983) 70 C.C.C. (2d) 464 (Q.B. Alta); *Harris c. P.G. Québec*, C.A., Montréal, n° 500-10-000131-837, 25 janvier 1985; *Vézina c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 2 (tentative de fraude).

45. *Re Chapman*, [1970] 5 C.C.C. (2d) 46 (C.A. Ont.) (Requête pour permission d'appeler refusée); *Libman c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Vézina c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 2; *Fischer c. Morier*, C.A., Montréal, n° 500-10-000130-847, 22 janvier 1986, (permission d'appeler rejetée).

46. *R. v. Marquadt*, (1972) 6 C.C.C. (3d) 372 (C.A. C.-B.).

47. *Cox and Paton c. R.*, [1963] R.C.S. 500; *R. c. Olan, Hudson et Harnett III*, [1978] 2 R.C.S. 1175; J.D. EWART, *supra*, note 16, p. 509 à 512; *R. v. Sinclair and al.*, [1968] 3 All E.R. 241 (C.A. Ang.). Voir pourtant *R. c. Carrière*, J.E. 81-544 (C.S.P. Qué.).

personne morale. Afin de résoudre cette interrogation, la Cour suprême du Canada a adopté la théorie de l'identification pour tenir criminellement responsable une corporation du fait de ses dirigeants, en certaines circonstances. La *mens rea*, nécessaire à la preuve des infractions criminelles, est ainsi imputée par la conduite des cadres ou des représentants de la compagnie⁴⁸.

Dans ce jugement rendu en 1985, les administrateurs et les compagnies pour lesquelles ils œuvraient étaient inculpés d'avoir présenté des soumissions dont le montant excessif et illégal avait engendré un préjudice au gouvernement canadien qui avait lancé l'appel d'offres. La Couronne leur reprochait d'avoir inclus au montant des soumissions les sommes qu'ils avaient versées à d'autres entreprises pour qu'elles s'abstiennent de soumissionner ou qu'elles faussent le chiffre final de leur soumission afin de rendre seuls adjudicataires les compagnies accusées.

Lors d'une décision de principe, la Cour suprême a indiqué sur quels fondements peut reposer la culpabilité d'une corporation en droit criminel.

(1) Il est permis d'assimiler la conduite d'une personne physique à celle de la compagnie pour laquelle elle œuvre, lorsque cet individu représente une âme dirigeante de la corporation ou qu'il peut être dit à juste titre qu'il incarne la compagnie. Cette fiction juridique par laquelle une corporation répond criminellement des gestes de certains de ses individus se nomme la théorie de l'identification. Il n'est toutefois pas nécessaire que le geste reproché provienne de l'*alter ego* de la compagnie ; plus d'une personne est susceptible d'engendrer la culpabilité d'une compagnie :

La doctrine de l'identification réunit le conseil d'administration, le directeur général, le directeur, le gérant et n'importe quelle autre personne ayant reçu une délégation du conseil d'administration à qui est déléguée l'autorité directrice de la compagnie, et la conduite de l'une quelconque des entités ainsi réunies est alors imputée à ladite compagnie.⁴⁹

Par contre, la Cour suprême a refusé d'importer en droit criminel la responsabilité du fait d'autrui développée en droit civil. Selon cette dernière une corporation répond des actes de tout employé, sans égard à son poste ou hiérarchie. L'acte répréhensible doit donc obligatoirement provenir de l'une des âmes dirigeantes de la compagnie selon le sens précité.

(2) La conduite de l'âme dirigeante doit avoir été accomplie dans l'exercice de ses fonctions, i.e. que l'acte posé doit s'insérer dans le cadre des attributions courantes de cet individu au sein de cette compagnie (par

48. *Canadian Dredge & Dock Co. Ltd. c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 662.

49. *Id.*, p. 693.

exemple, il relevait des fonctions des individus de soumettre les soumissions en question). Une fois cette preuve apportée, la corporation ne peut se justifier en soutenant qu'elle n'a jamais enjoint ou requis son employé à commettre le geste frauduleux. L'acte reproché peut donc avoir été perpétré à l'insu du conseil d'administration ou des autres dirigeants de la compagnie, et entraîner tout de même la culpabilité de la corporation :

On ne saurait chercher à échapper à l'application de cette doctrine en alléguant qu'un acte criminel commis par un employé de la compagnie ne peut pas relever du cadre de son autorité, à moins qu'on ne lui ait expressément ordonné de commettre l'acte en question. Admettre une telle condition serait réduire presque à néant l'effet de la règle.⁵⁰

(3) La corporation ne peut non plus se disculper en établissant qu'elle a spécifiquement interdit à son dirigeant fautif de commettre l'acte réprouvé.

Cet énoncé de la Cour suprême est très rigoureux, car la preuve dans *Canadian Dredge* révélait que l'un des administrateurs avait expressément sommé son confrère de ne pas soumettre des soumissions déloyales. La Cour rejeta cette défense pour des motifs utilitaires :

Dans l'hypothèse où le droit reconnaîtrait un tel moyen de défense, une compagnie, pour échapper à toute responsabilité criminelle, n'aurait qu'à adopter et à communiquer à son personnel une directive générale interdisant toute conduite illégale et imposant l'obligation de toujours obéir à la loi.⁵¹

Étonnamment, la Cour laisse toutefois entendre que cet élément puisse être pertinent au niveau d'une infraction de responsabilité stricte. (Se rappeler la classification des infractions selon l'arrêt *Sault Ste-Marie*⁵²). Pourtant, une infraction nécessitant la *mens rea* ne requiert-elle pas un niveau de culpabilité morale plus élevé ou tout au moins équivalent ?

(4) L'entité corporative dispose par contre d'une défense valable si le geste de l'âme dirigeante était destiné à priver la corporation elle-même, bien que cet individu n'en retire aucun avantage personnel⁵³. La Cour suprême poursuit ainsi :

Lorsque l'acte criminel est complètement frauduleux envers la compagnie employeur, que cet acte était censé profiter exclusivement au directeur employé qui l'a commis et que tel a été le résultat, l'employé, âme dirigeante, dès la conception et l'exécution de son plan criminel, cesse d'être l'âme dirigeante de la compagnie. Par conséquent, ses actes ne peuvent être imputés à la compagnie en vertu de la doctrine de l'identification.

[...]

50. *Id.*, p. 685.

51. *Id.*, p. 699.

52. *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.

53. *Canadian Dredge & Dock Co. Ltd. c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 662, p. 713.

Quoi qu'il en soit, j'estime que la doctrine de l'identification ne joue que lorsque le ministère public établit que l'acte de l'âme dirigeante a) entraine dans le domaine d'attribution de ses fonctions; b) n'était pas *complètement* frauduleux envers la compagnie; et c) avait en partie pour but *ou pour conséquence* de procurer un avantage à la compagnie.⁵⁴
(nos soulignés)

En l'espèce, cette défense ne trouvait aucune assise dans la preuve soumise : les compagnies avaient toutes bénéficié de l'octroi des contrats, même si les administrateurs avaient personnellement empoché certains avantages sans les rapporter à leurs corporations respectives. Les compagnies ne furent donc pas privées d'argent auquel elles auraient eu légitimement droit :

Quelque droit qu'un voleur ait dans le produit de son vol, ou quelque possibilité qu'il ait de faire valoir son titre face au monde, une compagnie ne peut dire qu'elle a été victime d'une fraude lorsque la seule chose dont elle est privée est une partie, ou d'ailleurs la totalité, du produit du crime dont elle est accusée.⁵⁵

(5) Enfin, le juge Estey laisse en suspens la question de savoir si la culpabilité préalable de l'âme dirigeante est nécessaire à la condamnation de la corporation⁵⁶. (Afin d'y répondre négativement, ne pourrait-on pas suggérer l'analogie suivante, qui veut qu'un complice puisse être condamné même si l'auteur principal n'est pas traduit en justice?).

En résumé, une compagnie peut voir sa culpabilité reconnue pour les gestes d'une certaine classe de ses employés, même si ceux-ci ont expressément contrevenu aux instructions de la corporation régissant la conduite qu'ils doivent avoir (en autant qu'ils soient demeurés dans le cadre de leurs fonctions). Par contre, la corporation échappera à toute condamnation si la machination de l'âme dirigeante avait pour but de la priver en totalité, sans qu'elle n'en retire aucun avantage.

2.2. La mens rea

L'accusé doit connaître les circonstances donnant lieu à la fraude (par exemple, l'inexactitude de ses propos)⁵⁷; il doit avoir également anticipé la

54. *Id.*, p. 713-714.

55. *Id.*, p. 716.

56. *Id.*, p. 686.

57. *R. v. Sanghi*, (1973) 11 C.C.C. (2d) 265 (C.A. N.-É.); *R. v. Metz*, [1978] Alta D. (C.S. Alta); « "Fraudulent conduct" must be intentionally and knowingly wrongful ». La mens rea de la fraude a fait l'objet d'une étude approfondie par D.H. DOHERTY, « The Mens Rea of Fraud », (1982-83) *Crim. L.Q.* 348; au sujet de la concomitance de l'*actus reus* et de la mens rea de la fraude, le lecteur pourra comparer avec intérêt les arrêts *R. v. Bleiweiss*, (1980) 4 W.C.B. 336 (C.A. Ont.) et *R. c. Racicot*, R.J.P.Q. 86-161 (C.S.P. Qué.).

privation de la victime, même s'il ne l'a pas désirée. En ce sens, la fraude doit être intentionnellement perpétrée.

Quant à l'appréciation du caractère malhonnête du comportement de l'accusé, elle donne lieu à une sérieuse polémique jurisprudentielle entre les tenants de l'approche objective et les partisans de la tendance subjective.

2.2.1. Le caractère intentionnel de la fraude

2.2.1.1. La connaissance des circonstances

Négligence grossière et aveuglement volontaire

Il incombe à la Couronne d'établir la connaissance par l'accusé des éléments constitutifs de la fraude. Le prévenu doit ainsi avoir été conscient de la fausseté de ses déclarations, de l'existence des faits qu'il dissimule, etc. Certaines présomptions de faits viennent parfois en aide au procureur de la poursuite. Par exemple, la doctrine de la possession récente peut s'appliquer pour prouver la *mens rea*, lorsque l'accusé a utilisé des objets volés pour frauder sa victime⁵⁸.

L'inadvertance de l'accusé à découvrir un fait ou même sa négligence grossière ne lui confèrent toutefois pas une *mens rea* suffisante. Le droit criminel n'a pas pour mission de sévir contre un individu dont le seul blâme pouvant lui être reproché est le manque de soins ou la négligence dans la conduite de ses affaires.

Dans *R. v. Negus*⁵⁹, l'accusé était propriétaire et gérant d'un kiosque de jeux situé dans un parc d'exposition. Ses employés furent surpris à truquer un jeu selon lequel deux bouteilles de Coke devaient être renversées à l'aide d'une balle par les participants; l'emplacement des bouteilles, selon la Couronne, rendait leur abattement impossible dans plusieurs des circonstances observées.

La preuve indiqua que le gérant n'avait pas demandé à ses employés d'aligner les bouteilles d'une manière malhonnête et rien ne tendait à prouver qu'il était animé d'une intention frauduleuse vis-à-vis ses clients. La Cour d'appel rappela que le manque de soins qui pouvait être reproché à l'accusé ne lui attribuait pas pour autant un état d'esprit coupable. La grossière négligence n'équivaut pas non plus à la fraude. Quant aux critères de l'aveuglement volontaire, ils ne sont pas rencontrés en se référant aux soins qu'il aurait été juste d'apporter et au devoir de supervision dont

58. *Beaulteu c. R.*, C.A., Montréal, n° 500-10-000115-806, 17 juin 1982. Voir cependant *Lemieux c. R.*, R.J.P.Q. 86-240 (C.A. Qué.). (Présentation d'un effet de commerce falsifié).

59. *R. v. Negus*, [1982] Alta D. 5505-01 (C.A. Alta); *R. v. Brasso Datsun (Calgary) Ltd.*, [1977] Alta D. (C.S. Alta).

l'accusé aurait dû s'acquitter ; il aurait plutôt fallu déceler chez l'accusé qu'il connaissait la supercherie et l'avait tolérée par son aveuglement volontaire.

Comme le décrivent Mewett et Manning :

The accused therefore must have regard to the possible consequences of his acts or representations and deliberately fail to take any action to prevent those consequences.⁶⁰

Les mêmes principes ont été soulignés dans l'arrêt *Re Leroux and the Queen*⁶¹. Afin de réaliser des profits substantiels, une compagnie de construction avait volontairement employé des matériaux de qualité inférieure à ce qu'elle s'était engagée par contrat.

L'accusé était secrétaire de cette corporation et détenteur d'un pour cent (1%) de ses actions. Il avait signé les documents où apparaissaient les exigences relatives aux bâtiments, mais rien n'indiqua qu'il était au courant que la compagnie dérogerait à son engagement. La preuve de la Couronne ne révélait pas non plus que l'accusé eût connaissance de la nature des matériaux incorporés aux bâtiments. La négligence ou l'insouciance à ne pas s'enquérir de la qualité des travaux effectués n'équivaut pas à l'intention coupable. Il n'y a aucune preuve non plus que le prévenu s'est volontairement abstenu (aveuglement volontaire) d'enquêter sur le sujet car cette connaissance imputée n'est invoquable que si l'accusé entretenait des doutes quant à la qualité des matériaux ; si aucun soupçon n'a animé le prévenu, il devient inutile d'invoquer qu'une personne raisonnable aurait entrepris une telle enquête.

La majorité de la Cour d'appel du Québec dans *Létourneau c. R.*⁶² a cependant rendu une décision plus nuancée. Le gérant inculpé avait été récemment employé par un individu peu scrupuleux ; on lui reprocha d'avoir remis à diverses personnes plusieurs chèques sans fonds. À une occasion, il acquit connaissance du retour d'un chèque pour cause d'insuffisance de provision, et il remit un nouveau chèque au client sur ordre de son patron.

60. MEWETT & MANNING, *supra*, note 37, p. 690.

61. *Re Leroux and the Queen*, (1979) 43 C.C.C. (2d) 398 (C.S. Qué.). Voir aussi *R. v. Stone*, (1978) 40 C.C.C. (2d) 241 (C.A. Ont.) : l'existence d'un fait dont l'accusé aurait dû avoir connaissance ne constitue pas le fondement de la théorie de l'aveuglement volontaire ; *R. v. Reid*, [1983] Man. D. 5505-02 (C.A. Man.) ; *R. v. Stewart*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 407 (C.A. Ont.) ; mais lire la pertinente nuance apportée par D.H. DOHERTY, *supra*, note 57, p. 354. Voir également *R. v. Geddes*, (1980) 52 C.C.C. (2d) 230 (C.A. Man.), où la défense de négligence à cette fois échoué en raison des faits mis en preuve par la Couronne.

62. *Létourneau c. R.*, C.A., Montréal, n° 500-10-000050-797, 15 avril 1982. Voir également *Piquette c. R.*, C.A., Montréal, n° 500-10-000169-803, 17 juin 1982.

Le débat tourna autour de la connaissance par l'accusé de la pénurie d'argent à l'intérieur du compte sur lequel les chèques étaient tirés.

La majorité de la Cour d'appel reprocha à l'accusé de ne pas avoir vérifié l'état de ce compte, et sa connaissance d'au moins un chèque non honoré. Le tribunal ajouta que le prévenu avait de plus tiré bénéfice de certaines transactions.

Par contre, dans une solide dissidence, le juge Claire L'Heureux-Dubé refusa d'assimiler la négligence grossière et l'aveuglement volontaire. L'aveuglement volontaire aurait été établi si l'accusé, ayant soupçonné l'insuffisance de fonds, s'était alors abstenu de vérifier l'état du compte de banque. On ne peut autrement imputer à l'accusé une connaissance coupable et le fait qu'il ait été manipulé par son patron ne peut le rendre coupable d'un crime. Il est intéressant de noter que la Cour d'appel d'Alberta a emprunté le même raisonnement que le juge L'Heureux-Dubé dans une affaire hautement comparable⁶³.

2.2.1.2. L'anticipation de la privation

La Couronne doit ensuite établir que l'accusé a *prévu* la privation que subira la victime. L'intention spécifique de créer un tort à autrui n'est cependant pas nécessaire :

[TRANSDUCTION] En général, un fraudeur veut avant tout se procurer un avantage. Le tort causé à sa victime est secondaire et incident. Il n'est « intentionnel » que parce qu'il fait partie du résultat prévu de la fraude. Si la supercherie met en péril les intérêts pécuniaires de la personne induite en erreur, cela suffit pour constituer une fraude, même s'il n'en résulte aucune perte réelle et même si le fraudeur n'a pas eu l'intention de causer une perte réelle.⁶⁴

Le péril peut donc avoir été souhaité ; mais il peut aussi avoir été prévu par l'accusé qui consciemment décide d'ignorer l'impact de son geste.

L'arrêt *Zaritec Industries Limited*⁶⁵ fournit un exemple où l'accusé avait ni désiré ni envisagé de créer une privation malhonnête. L'acte d'accusation

63. *R. v. Purnell*, [1978] Alta D. (C.A. Alta).

64. *R. v. Allsop*, (1976), 64 Cr. App. R. 29, p. 31-32, cité avec approbation par la Cour suprême dans *R. c. Olan, Hudson et Harnett III*, [1978] 2 R.C.S. 1175, p. 1182. Voir aussi *R. v. Chris*, (1984), 3 O.A.C. 142 (C.A. Ont.) : « It is clear from the agreed statement of facts that the respondent was aware that O.H.I.P. would suffer loss as a result of the payments made because of her feigned illnesses ». L'arrêt *R. v. Mayan* comporte une étude très intéressante du sujet : [1986] Ont. D. Crim. Conv. 5505-03 (C. Ct. Dist. Ont.).

65. *R. v. Zaritec Industries Limited*, (1976) 24 C.C.C. (2d) 180 (C.A. Alta). Voir aussi *R. v. Seed and Seed*, [1986] B.C.D. Crim. Conv. 5505-01 (C. Ct. C.-B.), dont les motifs sont ainsi résumés par l'arrêtiste : « [...] on the evidence and bearing in mind the defendants'

reprochait à une compagnie de construction de maisons préfabriquées et à ses dirigeants d'avoir accepté le dépôt monétaire d'acheteurs éventuels, alors qu'ils ne reçurent ni la marchandise promise ni le retour de leurs avances. À l'époque pertinente, la compagnie éprouvait de sérieuses difficultés financières, au su de ses promoteurs. Par contre, la Cour nota que durant la même période, les accusés avaient personnellement investi des sommes d'argent, avaient offert de se porter cautions lors de la négociation d'un prêt destiné à la relance de la compagnie, et avaient accepté que l'on procède à une vérification comptable autonome. Ces multiples efforts pour sauvegarder la compagnie ayant eu lieu lors des transactions reprochées furent jugés incompatibles avec une intention frauduleuse.

2.2.2. L'appréciation objective ou subjective de la malhonnêteté

La perception qu'a eue l'accusé de son geste fait-elle partie de la *mens rea*? Autrement dit, il importe de savoir si la malhonnêteté doit être appréciée selon les critères d'une personne raisonnable et honnête, ou si, au contraire, l'attention doit être portée sur l'appréciation personnelle qu'avait l'accusé de sa conduite.

L'état actuel du droit ne permet certes pas de prétendre à une solution définitive⁶⁶.

2.2.2.1. Le test objectif

L'approche objective suppose que la malhonnêteté ne se détermine que par référence aux normes de droiture et d'intégrité d'une personne raisonnablement honnête. Le jury sera par exemple renvoyé à sa propre appréciation de la malhonnêteté afin de juger le comportement de l'accusé⁶⁷.

Cette tendance n'a pas reçu d'appui déclaré au Canada. Ici et là dénote-t-on parfois une certaine propension vers ce test. Par exemple, dans l'arrêt *R.*

apparent inability to understand or manage their own company's affairs, the Court is satisfied that the defendants could have actually believed that their company's financial success was realistically within reach. Such a belief was naive, misguided and perhaps even a reflection of incompetence or carelessness on their part. But such actions still fall short of the conduct which would constitute fraud ».

66. Pour une revue des autorités canadiennes et étrangères contradictoires sur le test approprié de la *mens rea*, voir : D.H. DOHERTY, *supra*, note 57 ; J.D. EWART, *supra*, note 16, p. 504 à 507 ; A.D. GOLD, *supra*, note 37, p. 55 à 67 ; MEWETT & MANNING, *supra*, note 37, p. 690-691.

67. *R. v. Feely*, [1973] Q.B. 530 (C.A. Ang.).

v. *Shaw*, l'accusé soutenait que les montants frauduleusement obtenus de sa compagnie seraient utilisés pour faciliter un investissement tout à fait légitime selon lui aux Îles Caïman. Sans élaborer directement sur la *mens rea* nécessaire, la Cour préféra constater que les agissements du prévenu étaient à proprement parler malhonnêtes. Le tribunal axa son jugement en qualifiant l'*actus reus* de malhonnête sans accorder d'importance à la croyance de l'accusé :

It was the means of obtaining the money from his company which constituted the basis of the fraud charge, not his ultimate use of the money. It was evident that the cheques drawn by the appellant on his company were for the purchase of fictitious auto parts and not for a loan.⁶⁸

Ces cas sont toutefois isolés car la jurisprudence canadienne a rarement eu l'opportunité de se prononcer sur cet aspect. Un élément semble toutefois définitivement acquis : l'intention de l'accusé de rembourser sa victime n'a aucune pertinence sur sa culpabilité.

Quoi qu'il en soit, 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 sentence.⁶⁹

Qu'en est-il cependant si une croyance sincère animait l'accusé qu'un remboursement imminent légitimerait son geste ? Cette défense de bonne foi ne semble plus disponible depuis l'arrêt *R. c. Olan* précité. Est-ce là l'indice d'une préférence de la jurisprudence canadienne pour la tendance objective ? Il semble permis de penser que la Cour suprême, en voulant définir la *mens rea* de la fraude, a inconsciemment soustrait des arguments invoquables l'une des bases les plus courantes de la défense de bonne foi en matière de fraude. Ces propos laconiques de la Cour suprême engendrent une répercussion considérable car ils sont sûrement incompatibles avec l'approche subjective à l'état pur⁷⁰.

La jurisprudence subséquente semble en témoigner. Dans *R. v. Winnipeg Mortgage Exchange Ltd.*⁷¹, le tribunal conclut à un jugement de culpabilité malgré la croyance sincère de l'accusé en la viabilité future de la compagnie

68. *R. v. Shaw*, (1983) 4 C.C.C. (3d) 348, p. 352 (C.A. N.-B.).

69. *R. c. Olan, Hudson et Harnett III*, [1978] 2 R.C.S. 1175, p. 1194; *R. v. Hardbread*, [1982] Man. D. 5505-01 (C. Ct. Man.); *R. v. Mayan*, [1986] Ont. D. Crim. Conv. C. 5505-03 (C. Ct. Dist. Ont.): « An intention to pay is irrelevant if the conduct of the accused is otherwise shown to involve dishonest deprivation for personal ends ».

70. Voir par exemple J.D. EWART, *supra*, note 16, p. 504 à 507.

71. *R. v. Winnipeg Mortgage Exchange Ltd.*, [1983] Man. D. 5505-04 (C. Ct. Man.). Voir cependant *supra*, note 65.

pour laquelle des sommes avaient été avancées par les victimes faussement induites.

Pourtant, l'intention de remettre la victime en état, lorsqu'elle s'appuie sur des motifs raisonnables, est jugée pertinente en Grande-Bretagne⁷². Cet élément ne semble pas considéré au Canada parce que la Couronne peut se contenter de prouver l'intention de l'accusé de se procurer un avantage (si éphémère soit-il) sans devoir établir la volonté par l'accusé de priver sa victime⁷³.

2.2.2.2. Le test subjectif

Ce test présume que l'accusé a lui-même perçu son geste comme malhonnête⁷⁴. S'il s'est considéré justifié, il devra être exonéré. La Commission de réforme du droit paraît préconiser cette orientation lorsqu'elle affirme :

En effet, chacun sait que s'approprier malhonnêtement le bien d'autrui signifie prendre le bien d'autrui lorsqu'on sait que l'on ne devrait pas le prendre.⁷⁵

Cette approche compte cependant peu de partisans au sein des tribunaux canadiens. Dans l'arrêt *R. c. Lemire*⁷⁶, l'accusé avait présenté une demande d'augmentation salariale ; il avait reçu l'assentiment de ses supérieurs mais il lui fallait attendre encore quelques mois pour des raisons administratives. Ses dirigeants lui proposèrent toutefois de soumettre entre-temps de faux comptes de dépenses afin de parvenir au même résultat durant cet intervalle. L'accusé plaida qu'il se croyait autorisé à agir de la sorte, et que la situation devait être régularisée sous peu. Mais la Cour suprême ne se prêta pas à cet argument :

Because the augmentation of Lemire's income by the filing of false expense accounts was suggested and approved by the Attorney-General and Prime Minister of the Province, Lemire, who deliberately filed false documents and thereby obtained payments from the provincial public funds, could not be held guilty of fraud, because he could reasonably anticipate that the fraudulent system would later be somehow validated. In other words, there is no intent to

72. A.D. GOLD, *supra*, note 37, p. 65 ; *R. v. McIvor*, [1982] 1 W.L.R. 409 (C.A. Ang.).

73. *R. v. Cull*, (1965) 3 C.C.C. 123 (C.A. Man.). Voir cependant la pertinente considération de J.D. EWART, *supra*, note 16, p. 507 : « However it should be noted that "deprivation" is an element of the offence ; if there is no loss or risk of loss or prejudice, then there is no *actus reus*. Certainty of repayment coupled with full disclosure at the time of the taking might render the taking not fraudulent, even though the taking was deliberately done with knowledge that it was not permitted ».

74. *R. v. Gilks*, [1972] 3 All E.R. 280 (C.A. Ang.), p. 283 ; *R. c. Carrière*, JE 81-544 (C.S.P. Qué.).

75. Commission de réforme du droit, *supra*, note 31, p. 13.

76. *R. c. Lemire*, [1965] R.C.S. 174.

defraud within the requirement of s. 223(1) if the accused person, while deliberately committing an act which is clearly fraudulent, expects that what which he is doing may, at a later date, be validated. To me the very statement of this proposition establishes its error in law.⁷⁷

Des auteurs ont aussi opposé des arguments convaincants afin que les tribunaux n'accèdent pas aux motifs que l'accusé croyait son comportement loyal ou à tout le moins justifié :

If in fact this type of inquiry is required, fraud and other crimes involving dishonesty occupy a unique position in our criminal law. Motive and personal concepts of morality are generally considered as not forming one of the requisite elements of a criminal offence, although both may be relevant to the sentence, and the presence or absence of the former may have evidential value. Indeed a consideration of the accused's personal sense of right and wrong is antithetical to one of the basic purposes of criminal law, which is to impose the common morality of society on all individuals within the society.⁷⁸

Le rejet du moins partiel du test subjectif ne signifie pas pour autant qu'aucune considération n'est désormais accordée à l'état d'esprit de l'accusé. Dans la décision *R. v. Doren*⁷⁹, la directive du juge de première instance était à l'effet que la conduite de l'accusé était malhonnête si elle était « discreditable as being at variance with straight forward or honourable dealings ». La Cour d'appel nota que ce critère était trop élevé pour que toute situation dérogatoire à cette norme devienne un crime. Elle ajouta que la lacune de cette approche résidait dans une appréciation purement objective de la fraude, alors que l'intention coupable forme un élément essentiel de ce crime. Selon la Cour, cet élément est particulièrement important si la fraude a été commise par un moyen dolosif autre que la supercherie. (En effet, la supercherie révèle en soi l'élément de malhonnêteté nécessaire, tandis qu'une réticence ou omission peut n'être que le résultat de l'inadvertance ou de la négligence).

L'approbation dans *Doren* du jugement anglais *R. v. Landy et al.* nous permet d'affirmer que le test purement objectif n'est pas encore accepté au Canada :

The offence is one of dishonesty. This is the all-important ingredient which must be stressed by the judge in his directions to the jury and must not be minimised in any way. *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 that the jury must direct their attention. What the reasonable man or the jurors themselves would have believed or intended in the circumstances in

77. *Id.*, p. 193. Voir aussi *R. v. Currie*, (1984) 13 W.C.B. 35 (C.A. Ont.) et *R. c. Hébert*, C.A., Qué., n° 200-10-000060-843, 5 novembre 1985.

78. D.H. DOHERTY, *supra*, note 57, p. 370.

79. *R. v. Doren*, (1982) 66 C.C.C. (2d) 448 (C.A. Ont.).

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. *What a jury must not do is to say to themselves : « If we had been in his place we would have known we were acting dishonestly, so he must have known he was. » What they can say is « We are sure he was acting dishonestly because we can see no reason why a man of his intelligence and experience would not have appreciated, as right-minded people would have done, that what he was doing was dishonest.*⁸⁰
(nos soulignés)

2.2.2.3. L'approche intermédiaire

Certains tribunaux étrangers ont pavé la voie à une position mitoyenne. Selon certaines décisions australiennes, la croyance de l'accusé dans un droit légal de s'appropriier le bien représente une défense valable, tandis que la personne qui ne se reconnaît qu'une simple justification morale doit être déclarée coupable. L'élément de subjectivité est donc restreint à la perception sincère qu'un droit légalise le comportement en question :

The subjective aspect of this case was therefore limited to the determination by the jury of the issue whether the accused himself believed he had a legal right in all the circumstances to take the car from Kapaufs. If they were left in reasonable doubt as to this matter then, he, the accused, should have been acquitted.⁸¹

Cette défense est aussi admise en droit canadien⁸².

80. *R. v. Landry et al.*, [1981] 1 All E.R. 1172 (C.A. Ang.), p. 1181.

81. *R. v. Salvo*, [1980] V.R. 401, p. 420 (Vict. S.C.), approuvé dans *R. v. Bonollo*, [1980] 2 A. Crim. R. 431 (Vict. C.A.). Comparer avec le jugement de la Cour d'appel du Québec dans *R. c. Dumont*, [1967] B.R. 892.

82. *R. v. Skoda*, (1955) 20 C.R. 29 (C.S.P. Qué.); Dans *R. v. Alexander*, (1985), 6 O.A.C. 153 (C.A. Ont.), l'accusé fit valoir qu'il croyait sincèrement être soustrait à l'application de certaines dispositions législatives. La Cour mentionna : « We think that the trial judge made it abundantly clear in his charge that if the appellant, for any reason, entertained a genuine belief that he was entitled to the funds of which he was alleged to have fraudulently deprived the Ministry, that he could not be convicted of either theft or fraud ». Voir également le jugement *R. v. Guicheret*, [1980] Man. D. 5505-01 (C. Ct. Man.), où l'ignorance d'un règlement de la Commission d'assurance-chômage mena à l'acquiescement du prévenu.

De même, un tribunal ontarien prononça un acquiescement dans la décision *R. v. Jervis*,

D'autre part, l'arrêt anglais *R. v. Ghosh*⁸³ proposa une nouvelle méthode dans l'évaluation de la malhonnêteté. La première étape consiste à s'interroger si la conduite de l'accusé est malhonnête selon les critères de la personne d'une honnêteté raisonnable. Si ce test est affirmatif, il faut ensuite s'assurer que l'accusé savait que son comportement contrevenait aux normes d'honnêteté des gens raisonnables. Si tel est le cas, sa culpabilité est établie même s'il se croyait néanmoins personnellement justifié de priver sa victime :

In *R. v. Ghosh* (1982), 75 Cr. App. R. 154, the English Court of Appeal attempted to resolve the conflicting caselaw by laying down the following conclusions; a jury had first of all to decide whether, according to the ordinary standards of reasonable and honest people, what was done was dishonest. If it was not dishonest by those standards, that was the end of the matter and the prosecution failed. If it was dishonest by those standards, the jury then had to consider whether the defendant himself must have realized what he was doing was by those standards dishonest. It is dishonest for a defendant to act in a way which he knows ordinary people consider to be dishonest, even if he asserts or genuinely believes that he is morally justified in acting as he did.

Ghosh thus established that a person is dishonest when (a) his conduct would be regarded as dishonest by ordinary decent people and (b) he is aware that it would be so regarded. If the defendant is dishonest in that sense, it is irrelevant that he did not himself regard the conduct as dishonest.⁸⁴

Les tribunaux canadiens n'ont pas encore eu l'opportunité d'entériner ou de rejeter ce nouveau concept de l'appréciation de la malhonnêteté. Dans *R. v. Black and Whiteside*⁸⁵ la Cour d'appel de l'Ontario jugea que cet argument ne se soulève pas lorsque le juge de première instance a nécessité que le comportement soit délibérément malhonnête. Quoiqu'il en soit, le double critère développé dans l'arrêt *Ghosh* a l'avantage de s'insérer entre deux pôles dont aucun ne respecte fidèlement les principes traditionnels de la *mens rea*, et de s'éviter les reproches suivants :

The one, announces a community standards approach which seems more appropriate to an obscenity charge than to one of fraud. The other so personalizes the *mens rea* of fraud that it renders the definition of crimes of dishonesty amorphous in the extreme and of no assistance in the imposition through criminal law, of a common community standard of tolerable behaviour.⁸⁶

[1986] Ont. D. Crim. Conv. 5505-01 (C. Ct. Dist. Ont.), car l'accusé avait ordonné un arrêt de paiement de chèque, croyant que deux dettes étaient compensées.

Un auteur interprète ainsi le raisonnement des décisions australiennes : « Similarly, it can be said that a person who believes he has a legal right to the property does not intend to foresee economic prejudice to the victim since the victim, on the accused's belief, has no economic interest in the property » : D.H. DOHERTY, *supra*, note 57, p. 363.

83. *R. v. Ghosh*, [1982] 2 W.L.R. 110 (C.A. Ang.).

84. A.D. GOLD, *Annual Review of Criminal Law 1983*, Toronto, Carswell Co., 1983, p. 111.

85. *R. v. Black and Whiteside*, (1983) 5 C.C.C. (3d) 313 (C.A. Ont.).

86. D.H. DOHERTY, *supra*, note 57, p. 390.

3. Les éléments distinctifs de la fraude

L'étude de l'*actus reus* et de la *mens rea* de la fraude s'avère incomplète sans quelques commentaires sur les liens de parenté évidents de cette infraction avec l'escroquerie, de même que sur la nature virtuellement opposée du vol vis-à-vis la fraude.

La fraude figure dans la partie VIII du Code consacrée aux opérations frauduleuses en matière de contrats et de commerce (a. 337 à 384 C.cr.), par opposition à l'infraction d'escroquerie, décrite à l'article 320 C.cr., laquelle se retrouve à l'instar du vol dans la section relative aux infractions contre les droits de propriété (a. 283 à 336 C.cr.).

Cet emplacement distinct ne répond qu'à des motifs historiques. L'obtention de biens par faux semblant (a. 320(1)a C.cr.) fut créée parce que le consentement de la victime à se départir de son bien empêchait la commission de l'infraction de vol, même si ce consentement avait été frauduleusement extirpé. L'obtention de crédit par faux semblant ou fraude (a. 320(1)b C.cr.) fut pour sa part édictée parce que le crédit ne pouvait, jusqu'en 1955, être l'objet de vol. Depuis cette date, le législateur a remédié à cette lacune en prescrivant qu'une « chose quelconque, animée ou inanimée » peut désormais être volée⁸⁷. L'escroquerie est toutefois demeurée dans la partie VII du Code criminel.

Pourtant, l'escroquerie présente beaucoup plus d'affinités avec l'infraction de fraude. En fait, il est reconnu que les comportements décrits à l'article 320 C.cr. ne sont que des formes *particulières* de fraude, alors que le vol et la fraude sont des infractions mutuellement exclusives.

3.1. Distinctions entre la fraude et le vol

La distinction principale réside au niveau du consentement au transfert de propriété. Tant au niveau de la fraude que de l'escroquerie, la victime est amenée par la supercherie de l'accusé à se départir d'un bien. À l'opposé, le vol implique que l'objet fut dérobé à l'insu de la personne qui possédait un intérêt dans cette chose :

Si la victime est amenée par un moyen frauduleux à céder volontairement la propriété de son argent ou de son bien à l'auteur de la fraude, il s'agit de fraude selon l'article 338(1) ou d'escroquerie selon l'article 320(1), mais il ne s'agit pas de l'offense de vol prévue à l'article 283.⁸⁸

87. Ces développements historiques sont plus complets dans l'ouvrage de la Commission de réforme du droit, *supra*, note 13, p. 75-76.

88. *Riga c. R.*, [1977] C.A. 408, p. 408. Voir aussi *R. c. Racicot*, R.J.P.Q. 86-161 (C.S.P. Qué.).

La Cour d'appel du Québec tint ses propos alors qu'elle statuait sur un cas où la victime, acheteur de haschich, avait volontairement donné une somme d'argent juste avant que le prétendu vendeur ne s'enfuie sans remettre la marchandise achetée. La majorité de la Cour poursuivit :

Cette intention était certes conditionnelle à la remise subséquente de la marchandise, mais cette condition n'empêchait pas qu'au moment de la remise de l'argent, l'intention de la victime ou de son mandataire était de remettre la propriété de l'argent sous la croyance, évidemment erronée, qu'on lui remettrait la marchandise payée. En somme, le fraudeur a réussi à amener sa victime à faire sa prestation d'abord avec l'intention évidente de garder l'argent sans remplir sa propre prestation. C'est là précisément que se situait la fraude ou l'escroquerie de l'appelant.^{88a}

La même question fut débattue en jurisprudence lors de la substitution illégale d'étiquettes de marchandises par un client. L'accusé ayant substitué à l'étiquette véritable un prix inférieur ne peut être reconnu coupable de vol lorsque la caissière a accepté le montant offert par l'accusé en toute connaissance de cause. La victime fut induite à céder son bien pour une valeur inférieure, mais le transfert de propriété s'est néanmoins opéré⁸⁹. Un contrat a été agréé, car le vendeur a convenu d'effectuer la transaction proposée; l'entente n'est pas nulle mais seulement annulable⁹⁰.

L'arrêt *R. v. Dawood* illustre bien ces principes. La personne inculpée de vol avait combiné sur un même cintre une blouse et un jumper, mais elle avait éliminé l'étiquette de la blouse. À la caisse, l'accusé ne dissimula aucun de ces deux items, mais elle représenta par sa fourberie que les deux objets avaient une valeur inférieure à leur coût réel. La majorité de la Cour statua que la caissière jouissait de l'autorité requise pour accepter l'offre du client⁹¹. La formation de l'entente empêcha la commission d'un vol.

Une précision mérite toutefois d'être apportée. Si l'un des deux biens avait plutôt été caché, seule l'infraction de vol aurait pu être perpétrée car la victime ne peut consentir à ce qu'elle ignore⁹².

D'autres causes ont abordé les mêmes principes, dans un contexte de faits différent. Dans *Daoust c. R.*⁹³, des camionneurs livreurs d'huile usaient

88^a. *Riga c. R.*, [1977] C.A. 408, p. 408-409.

89. *R. v. Monnink*, (1972) 17 C.R.N.S. 126 (C.A. Ont.); *R. v. Maurer*, (1977) 30 C.C.C. (2d) 94 (C.A. C.-B.); *R. v. Klopping*, (1981) 57 C.C.C. (2d) 574 (C.A. Qué.).

90. *R. v. Hickey*, (1978) 37 C.C.C. (2d) 122 (C. Ct. Ont.).

91. *R. v. Dawood*, (1976) 27 C.C.C. (2d) 300 (C.A. Alta). *Contra*: *R. v. Malhotra*, (1976) 28 C.C.C. (2d) 551 (C. Ct. Ont.).

92. *R. v. Vitaro*, [1984] B.C.D. Crim. C. 5478 (C. Ct. C.-B.); *R. v. Samad*, [1985] Ont. D. Crim. Conv. 6130-04 (C. Ct. Prov. Ont.).

93. *Daoust c. R.*, C.A., Montréal, n° 500-10-000017-804, 20 mai 1982.

de deux procédés distincts pour duper leurs clients sur la quantité d'huile livrée. L'une des méthodes consistait à introduire une clef dans le compteur, dont l'effet était de majorer la lecture du compteur. L'autre technique reposait sur l'emploi d'une valve-retour pour récupérer une portion de l'huile déjà livrée.

Les livraisons avaient lieu en l'absence du client qui ne disposait d'aucun moyen pour vérifier la quantité effectivement livrée. Dans le cas d'utilisation de la valve-retour, le client était l'unique propriétaire en vertu de l'huile facturée et il n'avait jamais consenti à sa récupération subséquente par le livreur. Le client était donc dépouillé et volé. Quant à la manipulation du compteur, le livreur volait alors la compagnie pour laquelle il œuvrait, car il n'avait en aucun temps obtenu propriété de l'huile qu'il revendait ensuite à d'autres raffineries grâce au stratagème à l'encontre des clients de son patron; ce comportement constituait par ailleurs une fraude envers les clients, puisque le livreur facturait mensongèrement ceux-ci pour une quantité d'huile supérieure à celle effectivement fournie.

Un individu commet aussi un vol par distraction de fonds (a. 292 C.cr.), par opposition à la fraude, lorsqu'il détourne les sommes que lui avaient confiées des clients selon des instructions spécifiques. Ces clients sont demeurés les uniques propriétaires et n'ont jamais consenti à se départir de leurs intérêts⁹⁴.

La dissemblance entre les infractions de vol et de fraude ou escroquerie entraîne aussi des répercussions importantes relativement à la prohibition des condamnations multiples provenant d'une même situation de faits. Ainsi, la Cour d'appel de Colombie-Britannique a justifié une condamnation conjointe pour vol *et* escroquerie, parce que ces deux infractions visent la commission d'actes différents⁹⁵. L'examen des faits de cette cause facilite la compréhension de cette distinction. À l'intérieur même du magasin, l'accusé s'était emparé de draperies pour ensuite prétendre devant la caissière qu'elles avaient déjà été achetées par lui; il obtint ainsi leur valeur à titre de remboursement. La Cour décida que le vol était déjà complété lorsque l'accusé commit ensuite l'escroquerie par ses fausses représentations; et elle affirma la validité des deux condamnations.

94. *R. v. Hunter*, [1976] B.C.D. Crim. Conv. C. (C.A. C.-B.).

95. *R. v. McHenry*, (1979) 5 C.R. (3d) 217 (C.A. C.-B.); *Ouellet v. R.*, C.A., Montréal, n° 500-10-000308-807, 1^{er} mars 1982; *Rosen v. R.*, [1985] 1 R.C.S. 83. Si les faits reprochés pour les infractions de vol et de fraude sont toutefois identiques, il n'y aura condamnation que sous l'un des deux chefs: *Gagnon v. R.*, (1954) 19 C.R. 127 (C.A. Qué.); *R. v. Kaufman*, [1981] B.C.D. Crim. Conv. 5505-03 (C. Ct. C.-B.); *R. v. Stewart*, (1983) 42 O.R. (2d) 225 (C.A. Ont.); *R. c. Ryan*, C.A., Montréal, n° 500-10-000265-841, 26 novembre 1984 (*obiter*); *Pearson c. P.G. du Québec*, C.A., Montréal, n° 500-10-000026-839, 13 mars 1985, (*obiter*).

3.2. Distinctions et similitudes entre la fraude et l'escroquerie

Au contraire du vol, la fraude et l'escroquerie présentent des traits communs. L'escroquerie (a. 320 C.cr.) ne représente qu'une forme particulière de l'infraction plus générale de fraude (a. 338 C.cr.) et il semble acquis par les termes mêmes de l'article 338 que l'accomplissement d'une escroquerie puisse être poursuivi sous cette disposition générale⁹⁶. La similitude de ces deux infractions explique que la condamnation pour escroquerie ne puisse être accompagnée d'une condamnation pour fraude par application de l'arrêt *Kineapple*⁹⁷.

Par contre, la Couronne doit être vigilante avant de porter une accusation en vertu de l'article 320 C.cr., car il lui faut alors rencontrer les exigences particulières de cet article, alors que celles-ci ne sont pas toutes obligatoires sous l'article 338 C.cr. Le défaut de prouver l'un de ces éléments essentiels est d'autant plus fatal qu'il semble que la fraude ne soit pas une infraction incluse à celle d'escroquerie⁹⁸.

3.2.1. Le « faux semblant » ou « faux prétexte »

Le faux prétexte (défini à l'a. 319(1) C.cr.) est un élément essentiel dans certaines accusations d'escroquerie : il en est ainsi de l'obtention de bien par faux semblants (a. 320(1)a) C.cr.) et de l'obtention de crédit (a. 320(1)b) C.cr.) *si*, dans ce dernier cas, l'acte d'accusation stipule que l'infraction a été commise par faux semblant⁹⁹. La preuve de la Couronne doit alors comporter *quatre* éléments (outre ceux des a. 320(1)a) ou b)), dont certains sont inconnus de l'infraction de fraude.

3.2.1.1. La représentation erronée d'un fait présent ou passé

Contrairement à la fraude, le faux prétexte n'englobe pas les promesses mensongères¹⁰⁰. La Commission canadienne de réforme du droit cite l'exemple suivant :

96. A. 338(1) C.cr.: « Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant [...] ». Voir pour plus de précisions: Commission de réforme du droit, *supra*, note 13, p. 81 à 83.

97. *Kineapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. Voir également *Cartier c. R.*, J.E. 84-495 (C.A.) (*obiter* du juge Jacques).

98. *R. v. Godfrey*, (1973) 9 C.C.C. (2d) 386 (C.A. Ont.).

99. *R. v. Dyke and Dyke*, (1977) 33 C.C.C. (2d) 556 (C. distr. T.-N.).

100. *R. v. Reid*, (1940) 74 C.C.C. 156 (C.A. C.-B.).

Un commerçant qui vend de l'eau en faisant croire qu'il s'agit de gin obtient de l'argent par un faux semblant ; un entrepreneur payé après avoir fait la fausse promesse de réparer un toit obtient de l'argent par fraude.¹⁰¹

Subtilement, il a déjà été plaidé que la déclaration par l'accusé qu'il a l'intention d'accomplir un acte alors qu'il n'a déjà pas cette intention équivalait à un faux prétexte. Cette interprétation est majoritairement rejetée¹⁰².

À titre d'exemple, l'assurance de payer comptant sur réception de titres valables, même si l'accusé n'a jamais eu cette intention, ne constitue pas un faux semblant¹⁰³. De même, dans *R. v. Douglas*¹⁰⁴, l'achat de biens fut accompagné de la remise d'un chèque ; par contre, l'accusé avisa le vendeur de l'insuffisance de son compte lors de l'achat et *promit* d'y déposer le lendemain les sommes suffisantes : aucune représentation d'un fait existant ou passé n'avait existé et l'inaccomplissement de l'engagement contracté par le prévenu n'est pas passible de sanction pour faux prétexte.

Dans la même veine, un chèque post-daté, même d'un seul jour, échappe à la définition de l'article 319(1) C.cr.¹⁰⁵. Par contre, si la remise d'un chèque post-daté est accompagnée de déclarations à l'effet que l'acheteur dispose de deux comptes alors qu'il n'en a aucun, il y a là matière à condamnation¹⁰⁶.

D'autre part, il importe de noter que les fausses représentations de l'accusé peuvent se déduire de sa seule conduite ; l'article 319(1) emploie l'expression « par des mots ou autrement ». La présentation de la carte de crédit d'autrui, sans plus, remplit ce critère¹⁰⁷. Par contre, l'article 319(2) ajoute qu'une exagération honnête n'équivaut pas à une fausse représentation.

101. Commission de réforme du droit, *supra*, note 13, p. 77. Voir aussi *R. v. Dent*, [1955] 2 All E.R. 806 (C.A. Ang.).

102. MEWETT & MANNING, *supra*, note 37, p. 650. Voir toutefois la possibilité que laisse encore poindre la décision *R. v. Reid*, (1940) 74 C.C.C. 156 (C.A. C.-B.). Il semble par ailleurs que cette distinction était plus facilement admise autrefois : « False pretences — obtaining goods by cheque — knowledge that cheque will not be paid », (1906) 11 C.C.C. 281 et 282 ; voir aussi l'annotation à 74 C.C.C. 156.

103. *R. v. Stanley*, (1957) 26 C.R. 180 (C.A. C.-B.).

104. *R. v. Douglas*, (1972) 8 C.C.C. (2d) 275 (C.A. N.-B.). Voir également *Re Staggs*, (1912) 20 C.C.C. 210 (C.S. Alta) ; *R. v. Shaw*, (1921) 36 C.C.C. 169 (H.C. Ont.) ; *R. v. Thornton*, (1926) 46 C.C.C. 249 (C.A. C.-B.).

105. *R. v. Richard*, (1906) 11 C.C.C. 279 (C.S. Qué.) ; *Alaire c. Regem*, (1941) 70 B.R. 203 ; *R. v. Godfrey*, (1973) 9 C.C.C. (2d) 386 (C.A. Ont.) ; *R. v. Douglas (n° 5)*, (1972) 19 C.R.N.S. 397 (C.A. N.-B.).

106. *R. v. Douglas (n° 3)*, (1972) 19 C.R.N.S. 399 (C.A. N.-B.) ; *Maytum-White*, (1958) 42 Cr. App. R. 165 (C.A. Ang.).

107. MEWETT & MANNING, *supra*, note 37, p. 652.

3.2.1.2. Connaissance par l'accusé du caractère erroné de sa représentation¹⁰⁸

Cette exigence est similaire au caractère intentionnel de la fraude étudié précédemment¹⁰⁹.

3.2.1.3. Les biens soutirés doivent avoir été obtenus en raison de la fausse représentation¹¹⁰

Ce troisième élément du « faux semblant » est également propre à la fraude : seule une tentative de fraude est accomplie si la victime s'est dépariée de ses biens pour un motif distinct des fausses représentations.

3.2.1.4. L'intention frauduleuse d'induire l'autre personne à agir selon la représentation erronée

Cette intention frauduleuse est essentielle¹¹¹. Les tribunaux ont tendance à exiger un niveau un peu plus élevé que la seule intention de tromper : « [...] an intent to defraud goes beyond a mere intent to deceive »¹¹². La définition suivante est encore plus significative :

The deceit was not simply to induce a state of mind in the lender but quite obviously the deceit was for the sole purpose of inducing a course of action, that is to say, to have the lender « part with » its money.¹¹³

Mewett et Manning soutiennent toutefois que la preuve de l'intention d'*obtenir* le bien en question n'est pas essentielle¹¹⁴. Il se peut, d'autre part, que l'obtention d'argent ou d'un bien par faux prétexte fasse naître une présomption d'intention frauduleuse¹¹⁵.

108. *R. v. Parsons*, [1976-77] B.C.D. Crim. Conv. C. (C.A. C.-B.); *R. v. Bosse*, (1979) 26 N.B.R. (2d) 97 (C.A.); MEWETT & MANNING, *supra*, note 37, p. 652.

109. Voir le sous-titre 2.2.1.1.

110. *R. v. Winning*, (1973) 12 C.C.C. (2d) 449 (C.A. Ont.); *R. v. Dyke and Dyke*, (1977) 33 C.C.C. (2d) 556 (C. Dist. T.-N.).

111. *R. v. Buckle*, (1946) 87 C.C.C. 130 (C.A. Sask.); *Ingram*, [1956] 2 All E.R. 639 (C.A. Ang.); *R. v. Powell*, (1965) 4 C.C.C. 349 (C.A. C.-B.).

112. *R. v. Dyke and Dyke*, (1977) 33 C.C.C. (2d) 556, p. 568 (C. Dist. T.-N.).

113. *Id.*, p. 569. Il est intéressant de rapprocher ces propos de ceux du juge Spence dans *McGarey c. R.*, [1974] R.C.S. 278 (accusation portée sous l'a. 192 C.cr.).

114. MEWETT & MANNING, *supra*, note 37, p. 653.

115. *R. v. Dyke and Dyke*, (1977) 33 C.C.C. (2d) 556 (C. Dist. T.-N.). Cette preuve peut être renforcée par la démonstration d'actes similaires par l'accusé : la remise de plusieurs chèques sans fonds est donc admissible. *R. v. Douglas (n° 3)*, (1972) 19 C.R.N.S. 399 (C.A. N.-B.).

L'intention frauduleuse est jugée inexistante si l'accusé avait donné ordre à sa banque de ne pas honorer le chèque parce que la marchandise reçue en contrepartie était défectueuse ¹¹⁶. *Par contre*, le mens rea ne sera pas nié quoique le prévenu ait eu l'intention de rembourser subséquemment le bien ou l'argent reçu ; l'infraction est déjà consommée lorsque l'obtention de biens ou de crédit a eu lieu grâce à un faux prétexte ¹¹⁷. On constate donc une fois de plus les affinités profondes entre l'escroquerie et la fraude.

3.2.2. L'obtention d'un bien

Les articles 320(1)a, b) et d) C.cr. nécessitent la preuve de l'obtention des objets qui y sont précisés. Cette exigence ne se rencontre pas à l'article 338 C.cr. :

[...] obtenir une chose n'est possible qu'à condition que la victime s'en départisse ; frauder quelqu'un est possible à condition que la victime agisse en quelque sorte à son propre détriment. ¹¹⁸

Cela explique la culpabilité pour fraude lorsque la preuve démontre qu'un bureau d'assurance-chômage a remis un second chèque à un accusé ayant frauduleusement prétendu ne pas avoir reçu un chèque du mois de juin, même si la preuve ne révélait pas que l'accusé avait personnellement encaissé ce second chèque ¹¹⁹ : L'infraction de fraude est parfaite par la privation malhonnête de la victime, qui s'est réalisée par la remise du chèque. À l'opposé, si l'accusation d'escroquerie précise que l'inculpé a obtenu une *somme d'argent* soutirée par faux semblant, la Couronne sera tenue d'apporter la preuve de l'encaissement par l'accusé (à moins que l'acte d'accusation ne soit amendé pour mentionner que l'accusé a obtenu *un chèque* par faux prétexte ¹²⁰). Ces subtilités ne risquent pas de surgir lorsque l'accusation est portée en vertu de l'article 338 C.cr.

L'article 320(1)a) C.cr. relatif à l'obtention de biens par faux prétexte commande une remarque additionnelle. Cette disposition met en relief les complications qui entourent l'escroquerie, alors que la fraude ne s'embarrasse point de tant de subtilités.

L'*actus reus* de l'infraction énoncée à l'article 320(1)a) est réalisé lorsque l'inculpé a obtenu l'objet en question. Un imbroglio jurisprudentiel entoure

116. *Alarie c. Regen*, (1941) 70 B.R. 203.

117. *R. v. Winning*, (1973) 12 C.C.C. (2d) 449 (C.A. Ont.) (*obiter*) ; *R. v. Dyke and Dyke*, (1977) 33 C.C.C. (2d) 556 (C. Dist. T.-N.).

118. Commission de réforme du droit, *supra*, note 13, p. 77.

119. *R. v. Huggett*, (1979) 42 C.C.C. (2d) 198 (C.A. Ont.).

120. *R. v. Hamany*, (1962) 132 C.C.C. 372 (C.A. N.-B.) ; *R. v. Powell*, (1965) 4 C.C.C. 349 (C.A. C.-B.) ; *R. v. Scheel*, (1979) 42 C.C.C. (2d) 31, p. 37 (C.A. Ont.) (*obiter*).

toutefois la question de savoir si la simple possession suffit ou si un intérêt dans le bien doit avoir été transmis¹²¹. Cette incertitude provient de l'emploi du mot « obtient » à l'article 320(1) C.cr. ; quoique la jurisprudence ne soit pas limpide sur les raisons de cette controverse, il est raisonnable de prétendre que la possession obtenue frauduleusement relèverait peut-être du vol par détournement¹²². Cet écueil peut néanmoins être contourné par le biais d'une accusation pour fraude. Dans *R. v. Vallilee*¹²³, l'accusé fut condamné parce qu'il avait loué une auto à l'aide d'une carte de crédit volée ; l'accusé n'avait obtenu par le biais de sa supercherie aucun intérêt dans le bien, mais cela s'avère impertinent au regard de l'article 338 C.cr.

4. Les exceptions au droit d'invoquer l'article 338 C.cr. pour sanctionner une conduite frauduleuse

Nous avons jusqu'à présent étudié les composantes de la fraude, de même que les différences majeures qui distinguent cette infraction de certains crimes voisins. Cependant, la constatation par un praticien que tous les éléments de la fraude sont rencontrés, lors de l'examen d'un dossier, ne doit pas le mener invariablement à la conclusion qu'une condamnation sera prononcée sous l'article 338 C.cr.

À cet égard, les deux sujets suivants ont retenu notre attention.

4.1. Les actes punissables concurremment en vertu d'une autre loi provinciale ou fédérale

Qu'en est-il lorsque le comportement reproché dans l'acte d'accusation déposé en vertu de l'article 338 C.cr. pourrait être poursuivi sous une autre disposition fédérale, ou selon une loi provinciale particulière ? La Couronne conserve-t-elle la discrétion d'opter pour l'infraction criminelle ?

S'il s'agit d'un statut fédéral, l'article 11 C.cr. prévoit une solution définitive : la poursuite a discrétion pour entamer des procédures sous l'une quelconque des deux lois, en autant que l'accusé ne devienne pas puni deux fois pour la même infraction. Un jugement de la Cour d'appel de Colombie-Britannique a d'ailleurs déjà rejeté un plaidoyer voulant qu'un accusé aurait

121. *R. v. Hemingway*, [1955] R.C.S. 712 ; *R. v. McInnes*, (1961) 131 C.C.C. 277 (C. Ct. C.-B.) ; *R. v. Arsenault*, (1962) 38 C.R. 231 (C.A. C.-B.) ; *R. v. Campbell*, (1967) 1 C.R.N.S. 325 (C.A. C.-B.) ; *R. v. Thompson*, [1977] B.C. Crim. Conv. C. (C.A. C.-B.) ; *R. v. Gravelle*, [1982] B.C. Crim. Conv. C. 5479-01 (C. Ct. C.-B.).

122. MEWETT & MANNING, *supra*, note 37, p. 655.

123. *R. v. Vallilee*, (1974) 15 C.C.C. (2d) 409 (C.A. Ont.).

uniquement dû être poursuivi sous le ressort de la *Loi sur les douanes canadiennes*¹²⁴.

La solution est par contre moins évidente s'il s'agit d'une législation provinciale. Dans une décision aux conclusions inusitées, la majorité de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard jugea qu'une accusation pour fraude criminelle est forclosée lorsque le comportement reproché est susceptible d'être puni en vertu d'une loi provinciale édictant déjà des sanctions recouvrant cette situation¹²⁵. Cet arrêt, aux conséquences constitutionnelles discutables, signifie qu'un geste punissable en vertu par exemple de la *Loi sur les impôts*, la *Loi sur les valeurs mobilières* ou la *Loi sur l'aide sociale* (etc.) échappe au giron du droit criminel dès que l'acte répréhensible est couvert par une sanction statutaire même si aucune poursuite provinciale n'est entreprise. Au contraire, nous croyons qu'aucune assise juridique ne permet de ne pas appliquer par analogie l'article 11 C.cr. aux infractions statutaires provinciales.

4.2. L'interdiction de recouvrer une créance purement civile par le biais de l'article 338 C.cr.

Une exception s'est peu à peu taillée en jurisprudence. Elle a trait à la prohibition de recouvrer une créance civile par l'entremise du processus criminel. L'article 10 C.cr. pourrait implicitement supporter cette interdiction selon nous. Sur preuve que l'appareil criminel est utilisé pour hâter la perception d'une créance, la poursuite sera avortée pour abus de procès. Tel est le cas si une compagnie promet à son employé de ne pas rapporter à la police le détournement de fonds qu'il a effectué, et qu'elle passe outre son engagement pour accélérer son dédommagement¹²⁶.

124. *R. v. Beckwith*, [1981] B.C.D. Crim. Conv. 5505-02 (C.A. C.-B.). Dans *NG and NG v. R.*, (1982) 24 C.R. (3d) 178 (C.S. Ont.) (confirmé en appel par la Cour d'appel d'Ontario), l'accusé était confronté à la fois à une accusation sous l'a. 338 C.cr. et à une réclamation en paiement des droits et amendes fondée sur la *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, c. C-40. La Cour considéra cette fois que la nature du recours exercé en vertu de la *Loi sur les douanes* n'exposait pas l'accusé à une « condamnation » et elle jugea les deux recours compatibles. Pour parvenir à cette solution, le Tribunal aurait eu avantage à citer l'a. 10 C.cr. selon lequel les recours civils ne sont pas suspendus suite à une accusation criminelle.

125. *R. v. Laybolt and Laybolt*, (1985) 20 C.C.C. (3d) 263 (C.A. Î.-P.-É.). La lecture du jugement indique toutefois que ce sujet fut soulevé d'office par la Cour sans que les plaidoiries des procureurs en aient traité. Le jugement *Laybolt* vient d'ailleurs d'être désavoué à deux reprises: *R. v. Piper*, [1986] Ont. D. Crim. Conv. C. 5505-04 (C. Ct. Dist. Ont.) et *R. v. Gladu*, [1986] Ont. D. Crim. Conv. C. 5505-06 (C.A. Ont.).

126. *R. v. Van Holland*, (1984) 13 C.C.C. (3d) 225 (C. Ct. Ont.). À l'opposé, le consentement écrit de la victime, qui exonère l'accusé de sa responsabilité civile en retour d'une somme d'argent, ne représente pas un obstacle à une condamnation pour fraude: *R. v. Humes*, (1978) 38 C.C.C. (2d) 241 (C.A. Ont.).

La preuve doit cependant révéler des menaces de procédures criminelles ou que l'institution de celles-ci résulte d'un moyen de pression¹²⁷. La simple demande de paiement adressée par la victime, sans aucune allusion au recours à la police, ne justifie pas l'avortement du procès, même si la victime déclara par la suite, en Cour, qu'elle n'aurait pas contacté la police eut-elle été remboursée¹²⁸.

Cette politique judiciaire demeure critiquable à plus d'un point de vue. On peut s'interroger sur les motivations de soustraire à l'application du Code des comportements pleinement criminels, simplement parce que la victime cherche simultanément à recouvrer ce dont elle a été vilement dépossédée.

La Cour d'appel de Nouvelle-Écosse a d'ailleurs récemment exprimé sa réticence à casser des procédures pour cette unique raison :

In order to stay criminal proceedings on the ground that they were commenced to effect collection of a civil debt or to enforce some other civil remedy it must be clearly be shown that such was the sole and only purpose for their commencement. In *R. v. Sparks, supra*, Judge Graburn said at p. 479 : « If there is *prima facie* evidence of a crime being committed then the complainant may pursue concurrent criminal and civil proceedings ». In the present case Judge Clements said that he thought there was *prima facie* evidence of a crime being committed. It would follow from *Sparks* that it was open to Mr. Lord to take either civil or criminal proceedings or both against Mr. Waugh¹²⁹.

Conclusion

L'infraction de fraude se ressent actuellement de l'absence d'une réforme législative.

Dans un premier temps, il semble nécessaire de circonscrire la signification du terme « privation » pour lui donner un sens qui se concilie mieux avec l'*actus reus* de la fraude. On conçoit aisément les motifs qui ont incité la Cour suprême à se départir d'une notion trop restrictive. En ce sens, la suffisance d'un « risque » de péril apparaît justifiée. Nous soumettons cependant que des distinctions auraient dû être apportées.

127. *R. v. Sim*, (1982) 63 C.C.C. (2d) 376 (C. Dist. Ont.).

128. *Re Regina and Laird*, (1983) 4 C.C.C. (3d) 92 (H.C. Ont.).

129. *R. v. Waugh*, (1985) 21 C.C.C. (3d) 80, p. 95 (C.A. N.-É.). En cette affaire, la victime se plaignait d'avoir reçu de l'accusé une série de chèques sans fonds en paiement de diverses commandes. La police mena suite à cette plainte une enquête indépendante et jugea convenable d'instituer des procédures criminelles. Subséquemment à l'annonce des procédures, le plaignant avisa l'accusé qu'il ne s'opposerait pas à l'arrêt de la poursuite s'il était dédommagé; mais il lui précisa qu'il n'avait aucun contrôle direct sur le sort de l'action. La Cour ne jugea pas que le but exclusif des procédures était de recouvrer une créance civile.

Ainsi, une preuve claire au procès, à l'effet que la fraude opérée a malgré tout profité à la victime, ne devrait pas entraîner une condamnation pour fraude. En effet, le risque de péril est ultimement disparu lorsque la victime a soutiré un avantage ou n'a encouru *aucune* perte et n'est plus susceptible d'être exposée de nouveau à un risque de préjudice. En de tels cas, la preuve révèle l'élément de malhonnêteté requis ainsi que la *mens rea* nécessaire, mais la preuve de la privation est selon nous déficiente : la victime n'a pas véritablement été « frustrée » au sens de l'article 338 C.cr. si elle a obtenu en échange du bien départi un titre équivalent ou supérieur.

Une condamnation pour tentative de fraude serait par conséquent plus appropriée pour sanctionner de telles situations. L'accusé n'esquiverait pas les conséquences pénales de son comportement mais la nature de la condamnation serait en conformité avec la preuve fournie. La lacune de l'approche jurisprudentielle actuelle est de figer l'examen de l'*actus reus* lors de la dépossession de la victime.

Par contre, le remboursement ultérieur de la victime par l'accusé justifie selon nous une condamnation pour fraude, car la victime a alors souffert un préjudice réel jusqu'au remboursement. En un tel cas, le sort de la poursuite dépend plutôt d'une appréciation objective ou subjective de la *mens rea* s'il appert que le prévenu avait l'intention sincère de rembourser sa victime lors même qu'il la privait.

Dans un autre ordre d'idées, il faut déplorer la profusion de règles artificielles lorsque vient le temps de distinguer la fraude du vol et de l'escroquerie. Les difficultés rencontrées à définir avec netteté leurs champs d'application respectifs indiquent avec singularité le besoin de simplification législative. Ce résultat pourrait être atteint en éliminant presque entièrement l'infraction d'escroquerie dont la création pour des raisons historiques trouve peu de justification depuis 1948. À vrai dire, seule la présomption de l'article 320(4) C.cr. relative à la présentation de chèques sans fonds présente un attrait particulier.

Enfin, est-il nécessaire d'ajouter que cette étude n'a pas la prétention d'exposer de façon exhaustive chaque problème que soulève la fraude. Seule une analyse historique et législative permettrait d'atteindre cet objectif. On ne saurait d'ailleurs trop insister sur le fait que, parmi les multiples problèmes qui parsèment le droit criminel des infractions contre la propriété, nombreux sont ceux qui tirent à la fois leur origine et leur réponse dans l'histoire de la législation et de la jurisprudence anciennes.