

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

35/07/CA

TFE INDUSTRIES INC.

APPELLANT

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN

RESPONDENT

TFE Industries Inc. v. R, 2009 NBCA 39

CORAM:

The Honourable Justice Daigle  
The Honourable Justice Robertson  
The Honourable Justice Bell

Appeal from a decision of the Provincial Court:  
January 16, 2007

History of Case:

Decision under appeal:  
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
January 13, 2009

Judgment rendered:  
June 25, 2009

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Bell

Concurred in by:  
The Honourable Justice Daigle  
The Honourable Justice Robertson

TFE INDUSTRIES INC.

APPELANTE

-et-

SA MAJESTÉ LA REINE

INTIMÉE

TFE Industries Inc. c. R., 2009 NBCA 39

CORAM :

L'honorable juge Daigle  
L'honorable juge Robertson  
L'honorable juge Bell

Appel d'une décision de la Cour provinciale :  
Le 16 janvier 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :  
S.O.

Appel entendu :  
Le 13 janvier 2009

Jugement rendu :  
Le 25 juin 2009

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Bell

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Daigle  
L'honorable juge Robertson

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Richard J. Scott, Q.C.

Pour l'appelante :  
Richard J. Scott, c.r.

For the respondent:  
Gabriel Bourgeois, Q.C.

Pour l'intimée :  
Gabriel Bourgeois, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed, the conviction is set aside and a verdict of acquittal is entered.

L'appel est accueilli, la déclaration de culpabilité est écartée et un verdict d'acquittal est inscrit.

The judgment of the Court was delivered by

BELL J.A.

I. Introduction

[1] David Foss, Judson Foss and TFE Industries Inc. (TFE) were jointly charged with six counts of having defrauded members of the public of less than \$5,000.00, contrary to s. 380(1)(b)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. 46. David Foss and Judson Foss were at all material times, the President and Vice-President, respectively, of TFE and its only directing minds. The Crown alleged the three accused sold computers with less running speed than advertised and as identified on the processor of each unit. The running speed of a computer is determined by its central processing unit or chip. In all six cases, a less expensive chip with a lower running speed than advertised and identified on the processor had been deliberately installed in the complainants' computers. The only means by which a potential purchaser could have known about the improper installation was by dismantling the computer.

[2] The trial judge convicted the corporation but acquitted the co-accused. The Crown did not appeal the acquittals. TFE argues the trial judge imposed an objective standard for the assessment of *mens rea* rather than a subjective one. Furthermore, it argues that in the absence of proof of *mens rea* of at least one of the directing minds of the corporation, the Crown failed to prove corporate *mens rea*. Simply put, TFE argues the corporate identification theory of criminal law does not permit the conviction of a corporation, in the absence of a conviction of at least one of the directing minds, where the directing minds are also charged. Crucial to my conclusion in this case is the fact that the Crown does not assert the existence of any directing mind other than Messrs. Foss, nor does it assert the delegation of the governing executive authority of TFE. I am of the view the Crown failed to prove both the *actus reus* and the *mens rea* of TFE. Furthermore, I am of the view its conviction is inconsistent with the acquittals of the two

co-accused. For the reasons which follow, I would set aside the conviction and order that an acquittal be entered.

[3] I note that the charges in this case pre-date the declaration in force on March 31, 2004 of *An Act to amend the Criminal Code (Criminal Liability of Organizations)*, S.C. 2003, c. 21 regarding corporate criminal liability, which provisions are now found in ss. 22.1 and 22.2 of the *Criminal Code*. Section 22.1 would not, in any event, have had any impact upon the present case since it deals with cases where the Crown is required to prove negligence. Section 22.2 (c), had it been declared in force, may have made it somewhat easier to prosecute TFE given a new reasonableness standard against which to measure the conduct of senior officers. Regardless, those provisions have no application to the facts of the present case.

## II. Analysis

### A. *Mens rea in fraud cases: objective or subjective standard?*

[4] The crimes with which TFE was charged were neither absolute, nor strict liability offences. On a charge of defrauding the public contrary to s. 380(1)(b)(i) it is essential to prove the subjective *mens rea* of the corporate accused. The Supreme Court examined the doctrinal underpinnings of modern fraud law in *R. v. Théroux*, [1993] 2 S.C.R. 5, [1993] S.C.J. No. 42 (QL). McLachlin, J. (as she then was), writing for the majority, opined:

This brings me to the question of whether the test for *mens rea* is subjective or objective. Most scholars and jurists agree that, leaving aside offences where the *actus reus* is negligence or inadvertence and offences of absolute liability, the test for *mens rea* is subjective. The test is not whether a reasonable person would have foreseen the consequences of the prohibited act, but whether the accused subjectively appreciated those consequences at least as a possibility. In applying the subjective test, the court looks to the accused's intention and the facts as the accused

believed them to be: G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2<sup>nd</sup> ed. 1983), at pp. 727-28. [p. 18]

[...]

[...] The accused must intentionally deceive, lie or commit some other fraudulent act for the offence to be established. Neither a negligent misstatement, nor a sharp business practice, will suffice, because in neither case will the required intent to deprive by fraudulent means be present. [...] [p. 26]

[5] After assessing the facts before him, and the law as set out in *Théroux*, the trial judge, concluded:

In my opinion, the company is the one that is liable and there is criminal liability because the company should have known. [...] It's the company that advertised for the product, it's the company that was responsible to assemble the product, it's the company that failed, in my opinion, to do the appropriate inspection so that, in fact, what they sold is what people paid for. [transcript, pp. 68-9]

I am of the view the trial judge erred by imposing an objective standard when he concluded the company "should have known" of a certain state of affairs. Furthermore, by expecting the company to institute a system of inspections, the trial judge demonstrated his view that the offence is regulatory in nature as opposed to one requiring subjective *mens rea*. See, for example, *R. v. Sault Ste. Marie (City)*, [1978] 2 S.C.R. 1299, [1978] S.C.J. No. 59 (QL), where the Court considered the issue of corporate criminal liability with respect to a strict liability offence. Were I to decide this case only on the basis of those errors, I would allow the appeal and order a new trial. However, the case against TFE is further complicated by the acquittal of the only directing minds of the corporation.

B. *Corporate criminal liability and inconsistent verdicts*

[6] The *actus reus* of fraud features two elements: dishonest act and deprivation. In *Théroux*, McLachlin, J. elaborates upon these two elements:

These doctrinal observations suggest that the *actus reus* of the offence of fraud will be established by proof of:

1. the prohibited act, be it an act of deceit, a falsehood or some other fraudulent means; and
2. deprivation caused by the prohibited act, which may consist in actual loss or the placing of the victim's pecuniary interests at risk. [p. 20]

[7] The determination of whether the Crown has established the *actus reus* beyond a reasonable doubt is based upon an objective assessment of the facts. However, in fraud cases the "*actus reus* has its own mental element; the [dishonest] act must be the voluntary act of the accused" (*Théroux* at p. 17). In order to establish that the *actus reus* is the voluntary act of a corporate accused it (the act) must be the voluntary act of a directing mind or directing minds acting in concert.

[8] In acquitting the directing minds, the trial judge made the following findings:

There were other witnesses of TFE who were called. However, no one – not one of them could testify that they observed Mr. Judson Foss and Mr. David Foss be directly involved in the assembling of the above computers. [...] [transcript p. 56]

There was nothing in the evidence to indicate who the people were that assembled these computers. There was some evidence, as I said, of other employees who brought up to the attention of both Mr. – Mr. Foss and the company of some concerns of previous purchasers and customers of items from TFE. [...] [transcript p. 68]

There is nothing at this stage of anyone connecting the other two defendants, either Mr. Judson Foss or Mr. David Foss, of participating as assemblers of these particular six computers. There's nothing on the record. [...] [transcript p. 69]

[9] Based upon those conclusions, it is apparent the trial judge was not satisfied beyond a reasonable doubt that the dishonest act was the voluntary act of at least one of the directing minds, or, of both of them acting in concert. The Crown failed to prove that a directing mind of TFE had committed the *actus reus* of the offences.

[10] Before this Court, the Crown argued that a corporation can be convicted if the wrongful act is committed by another but the directing mind is reckless as to whether or not the act is committed. That recklessness, according to the Crown, is sufficient to clothe the corporation with the necessary *mens rea*. In *Théroux*, the Court explains the integration of the prohibited act and the mental element in fraud cases:

[...] *Mens rea*, on the other hand refers to the guilty mind, the wrongful intention, of the accused. Its function in criminal law is to prevent the conviction of the morally innocent – those who do not understand or intend the consequences of their acts. Typically, *mens rea* is concerned with the consequences of the prohibited *actus reus*. [...] [p. 17]

[...]

[...] The *mens rea* would then consist in the subjective awareness that one was undertaking a prohibited act (the deceit, falsehood or other dishonest act) which could cause deprivation in the sense of depriving another of property or putting that property at risk. If this is shown, the crime is complete. [...] [p. 19]

[11] In the present case, the trial judge concluded the directing minds did not, from an objective view of the facts, have personal knowledge of the dishonest act and potential deprivation. It follows that those same directing minds could not be clothed

with subjective knowledge of potential deprivation, an essential element of the *mens rea* of the offences. Their acquittals were therefore based upon a failure by the Crown to prove both the *actus reus* and the *mens rea*. This conclusion leads to the inevitable question of whether the conviction of TFE is inconsistent with the acquittals of the directing minds. The answer to that question requires this Court consider the jurisprudence regarding corporate criminal responsibility and inconsistent verdicts.

C. *Corporate Criminal Responsibility*

[12] Corporate criminal responsibility has evolved from notions of the directing mind and will of the corporate entity in tort law: *Lennard's Carrying Company, Limited v. Asiatic Petroleum Company, Limited*, [1915] A.C. 705 at 713 (H.L.). This identification theory, whereby the corporation is identified with its directing minds, was first incorporated at the appellate level into Canadian criminal law in *Rex v. Fane Robinson Ltd.*, [1941] 3 D.L.R. 409 (Alta. S.C. App. Div.), [1941] A.J. No. 42 (QL). In that case, Ford, J.A., for the majority, concluded that corporate criminal responsibility is based upon the culpable intention (*mens rea*) and the illegal act (*actus reus*) of the acting and directing will of the company. He stated:

In my opinion George Robinson and Emile Fielhaber were the acting and directing will of Fane Robinson Ltd. generally and in particular in respect of the subject-matter of the offences with which it is charged, that their culpable intention (*mens rea*) and their illegal act (*actus reus*) were the intention and the act of the company and that conspiracy to defraud and obtaining money by false pretences are offences which a corporation is capable of committing. [p. 415]

[13] Subsequent cases, including the landmark cases of *Regina v. St. Lawrence Corp. Ltd.*, [1969] 2 O.R. 305 (C.A.), [1969] O.J. No. 1326 (QL), *R. v. McNamara* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A.), [1981] O.J. No. 3254 (QL), *R. v. Ontario Chrysler (1977) Ltd. et al.* (1994), 69 O.A.C. 185, [1994] O.J. No. 428 (QL), and *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662, [1985] S.C.J. No. 28 (QL) at 691



conclude that the “actor” must be a directing mind of the corporation in order to convict it (the corporation) based upon the identification theory of corporate criminal responsibility. In the tort case of *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497, [1993] S.C.J. No. 19 (QL), the Court had occasion to revisit this notion of corporate identification theory as set out in *Canadian Dredge & Dock Co.* While recognizing that the person who commits the criminal act must be the “alter ego”, the “centre” or the “directing mind” of the corporation, Iacobucci, J., for the majority, observes that the focus of the enquiry must be whether the impugned individual has been delegated the “governing executive authority” of the company within his or her scope of authority (p. 520). As noted earlier in these reasons, in the present case, the only directing minds were Messrs. Foss.

D. *Inconsistent Verdicts*

[14] An inconsistent verdict is an “unreasonable verdict” as that term is used in s. 686(1)(a) of the *Criminal Code* and may be replaced by an acquittal (s. 686(2)(a)). In *R. v. Pittiman*, [2006] 1 S.C.R. 381, [2006] S.C.J. No. 9 (QL), 2006 SCC, the appellant and two others were jointly charged with having sexually assaulted the victim. The two co-accused were acquitted. The appellant appealed on the basis of inconsistent verdicts. The Court held that verdicts are irreconcilable if no reasonable jury, properly instructed, could possibly have rendered them on the evidence (para. 10). It follows that if there is a rational basis for reconciling the different verdicts, they are consistent. In *Pittiman*, the Court, in dismissing the appeal, concluded the case was stronger against the appellant than it was against the two co-accused. The Court cautioned appellate courts against focussing on the acquittals in the determination of whether verdicts are inconsistent; the decisive question being not whether the acquittals are reasonable, but whether the conviction is unreasonable: *R. v. Bergeron* (1998), 132 C.C.C. (3d) 45 (Que. C.A.), [1998] J.Q. no. 4008 (QL).

[15] It is trite law that the task of a judge sitting alone is to apply the law and determine whether the Crown has proven each and every element of the offence beyond a

reasonable doubt. In the case of multiple accused charged with the same offence it is possible that the strength of the case against each accused is different, thereby justifying different verdicts. Verdicts can be different without being inconsistent. In *Pittiman* the Court acknowledged that “whether the evidence is the same will be the primary focus when considering inconsistent verdicts as between multiple accused charged with the same offence” [para. 9]. Given that the only directing minds of TFE were Messrs. Foss, the response to that primary focus, whether the evidence is the same, becomes self-evident. It can be said with certainty that the evidence against the directing minds constitutes the evidence against the corporation. In this case, if the evidence is insufficient to prove beyond a reasonable doubt the *actus reus* and *mens rea* of the only directing minds, it cannot be sufficient to prove the guilt of the corporation.

[16] In the more recent case of *R. v. J.F.* [2008] S.C.J. No. 62 (QL), 2008 SCC 60, the accused was charged with two counts of manslaughter arising from the same fact situation. One count alleged manslaughter by criminal negligence and the other alleged manslaughter by failing to provide the necessities of life. A jury convicted him on the first and more serious count (criminal negligence) and acquitted him on the second and less serious count (failing to provide necessities of life). The same prohibited conduct, or *actus reus*, was common to both counts; namely, that J.F. had not protected his foster child from foreseeable harm by his spouse. Although much of the legal analysis in *J.F.* is devoted to the distinction between manslaughter by criminal negligence and manslaughter by failing to provide the necessities of life, the *ratio* of the decision, as summarized by Fish, J. is relevant to the analysis in the present case:

Here, the respondent was found not to have committed manslaughter by failing to provide the necessary of life. His conviction of manslaughter by criminal negligence could only be supported on a new trial upon a finding, contrary to the jury’s conclusion in this case, that the respondent did in fact fail in his duty to protect his child, the “necessaries of life” that was the factual foundation and the gravamen of both counts. [para. 40]

The factual foundation and gravamen of the case against TFE were identical to the case against its directing minds. TFE's conviction on a new trial could only be supported by a finding, contrary to that of the trial judge, that at least one of the directing minds committed the prohibited act and was clothed with the requisite mental element.

[17] In summary, it is my view that if a new trial were ordered, no reasonable jury properly instructed could convict TFE of the offences. I hold this view based upon two observations. First, the trial judge concluded the Crown had not proven beyond a reasonable doubt that the two co-accused, the only directing minds of TFE, had committed the requisite *actus reus* and were clothed with the necessary *mens rea*. Those conclusions have not been appealed. Second, based upon the theory of the Crown and the evidence presented in this case, the evidence against the corporation cannot be considered stronger than the evidence against the co-accused. The evidence against the individuals is the factual foundation and gravamen of the case against the corporation. I would set aside the conviction and substitute a verdict of acquittal.

LE JUGE BELL

I. Introduction

[1] David Foss, Judson Foss et la TFE Industries Inc. (la TFE) ont été conjointement inculpés de six chefs d'accusation d'avoir frustré des membres du public d'une somme ne dépassant pas 5000 \$, infraction prévue au sous-alinéa 380(1)b)(i) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. 46. À tous les moments pertinents, David Foss et Judson Foss occupaient respectivement les postes de président et de vice-président de la TFE, dont ils étaient par ailleurs les seules et uniques âmes dirigeantes. Le ministère public a allégué que les trois prévenus vendaient des ordinateurs dont la vitesse était inférieure à celle qui était annoncée dans la publicité et indiquée sur le processeur de chaque unité. La vitesse d'un ordinateur est déterminée par l'unité centrale ou la puce dont il est équipé. Dans les six cas, sans exception, une puce moins chère dont la vitesse était inférieure à celle qui était annoncée et indiquée sur le processeur avait été délibérément installée dans les ordinateurs des plaignants. Pour l'acheteur potentiel, le démontage de l'ordinateur était la seule façon de constater que la puce en question n'était pas la bonne.

[2] Le juge du procès a déclaré la société coupable et acquitté les coaccusés. Le ministère public n'a pas porté les acquittements en appel. La TFE fait valoir que le juge du procès a appliqué une norme objective plutôt que subjective pour évaluer la *mens rea*. De plus, elle affirme qu'en l'absence de preuve de la *mens rea* d'au moins l'une des âmes dirigeantes de la société, le ministère public n'a pas prouvé la *mens rea* de la société. Pour dire les choses simplement, la TFE soutient que la doctrine de l'identification avec la personne morale en droit pénal ne permet pas la déclaration de culpabilité d'une société, en l'absence d'une déclaration de culpabilité d'au moins une de ses âmes dirigeantes, lorsque les âmes dirigeantes sont également inculpées. Le fait que le ministère public ne prétend ni qu'il existe une âme dirigeante quelconque en dehors de MM. Foss, ni que l'autorité directrice de la TFE a été déléguée, joue en l'espèce un rôle crucial dans ma conclusion. Je suis d'avis que le ministère public n'a prouvé ni l'*actus*

*reus* ni la *mens rea* de la TFE. De plus, je pense que la déclaration de culpabilité de cette dernière est en contradiction avec l'acquiescement des deux coaccusés. Pour les motifs qui suivent, j'écarterais la déclaration de culpabilité et j'ordonnerais l'inscription d'un verdict d'acquiescement.

- [3] Je constate que les accusations portées en l'espèce sont antérieures à l'entrée en vigueur, le 31 mars 2004, de la *Loi modifiant le Code criminel (responsabilité pénale des organisations)*, L.C. 2003, ch. 21, concernant la responsabilité pénale des personnes morales, dispositions qui se trouvent maintenant aux articles 22.1 et 22.2 du *Code criminel*. De toute façon, l'article 22.1 n'aurait eu aucun effet sur la présente instance étant donné qu'il vise les cas dans lesquels le ministère public est tenu de prouver la négligence. L'alinéa 22.2 c), s'il avait été en vigueur, aurait peut-être facilité la poursuite engagée contre la TFE compte tenu de la nouvelle norme de la conduite raisonnable servant à évaluer la conduite des hauts dirigeants. Quoiqu'il en soit, ces dispositions ne sont aucunement applicables aux faits de la présente instance.

## II. Analyse

### A. *Mens rea* dans les affaires de fraude : norme objective ou subjective?

- [4] Les crimes dont la TFE a été inculpée n'étaient pas des infractions de responsabilité absolue ou stricte. En cas d'accusation d'avoir frustré le public d'un bien, d'un service, d'une somme d'argent ou d'une valeur, infraction visée au sous-alinéa 380(1)b)(i), il est essentiel de prouver la *mens rea* subjective de la personne morale en cause. La Cour suprême s'est penchée sur les fondements doctrinaux du droit moderne en matière de fraude dans l'arrêt *R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5, [1993] A.C.S. n° 42 (QL). La juge McLachlin (tel était alors son titre), au nom de la majorité, a affirmé ce qui suit :

Ceci m'amène à la question de savoir si le critère applicable à la *mens rea* est subjectif ou objectif. La plupart des auteurs de doctrine et des juristes conviennent qu'à l'exception des

infractions dont l'*actus reus* est la négligence ou l'inattention et des infractions de responsabilité absolue, le critère applicable à la *mens rea* est subjectif. Il s'agit non pas de savoir si une personne raisonnable aurait prévu les conséquences de l'acte prohibé, mais si l'accusé était subjectivement conscient que ces conséquences étaient à tout le moins possibles. Dans l'application du critère subjectif, le tribunal examine l'intention de l'accusé et les faits tels que ce dernier croyait qu'ils étaient : G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (2<sup>e</sup> éd. 1983), aux pp. 727 et 728. [p. 18]

[...]

[...] L'accusé doit intentionnellement tromper, mentir ou accomplir quelque autre acte frauduleux pour que l'infraction soit établie. Une déclaration inexacte faite par négligence ou une pratique commerciale déloyale sont insuffisantes puisque, dans ni l'un ni l'autre cas, on ne trouve l'intention requise de priver par un moyen dolosif. [...] [p. 26]

[5] Après avoir évalué les faits dont il disposait et le droit énoncé dans l'arrêt *Théroux*, le juge du procès a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Selon moi, c'est la société qui est responsable et il y a responsabilité pénale étant donné que la société aurait dû être au courant. [...] C'est en effet la société qui a annoncé le produit, c'est la société qui était responsable de son assemblage, c'est la société qui, selon moi, a omis de procéder à une inspection appropriée de sorte que, en réalité, les gens ont payé ce qu'elle leur vendait. [pages 68 et 69 de la transcription]

Je suis d'avis que le juge du procès a commis une erreur en appliquant une norme objective lorsqu'il est arrivé à la conclusion que la société [TRADUCTION] « aurait dû être au courant » d'un certain état de fait. Qui plus est, en s'attendant à ce que la société instaure un système d'inspections, le juge du procès a fait savoir qu'à ses yeux, il s'agissait d'une infraction à caractère réglementaire par opposition à une infraction exigeant une *mens rea* subjective. Voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Sault Ste. Marie*, [1978]

2 R.C.S. 1299, [1978] A.C.S. n° 59 (QL), dans lequel la Cour s'est penchée sur la question de la responsabilité pénale des personnes morales dans le cas d'une infraction de responsabilité stricte. Si je devais statuer sur le présent appel en me fondant uniquement sur ces erreurs, j'accueillerais l'appel et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès. Toutefois, l'acquiescement des seules âmes dirigeantes de la société vient affaiblir la preuve qui pèse contre la TFE.

C. *Responsabilité pénale des personnes morales et verdicts contradictoires*

[6] L'*actus reus* de fraude comporte deux éléments : un acte malhonnête et une privation. Dans l'arrêt *Théroux*, la juge McLachlin développe ces deux éléments :

Ces observations doctrinales donnent à entendre que l'*actus reus* de l'infraction de fraude sera établi par la preuve:

1. d'un acte prohibé, qu'il s'agisse d'une supercherie, d'un mensonge ou d'un autre moyen dolosif, et
2. de la privation causée par l'acte prohibé, qui peut consister en une perte véritable ou dans le fait de mettre en péril les intérêts pécuniaires de la victime. [p. 20]

[7] Pour déterminer si le ministère public a établi l'*actus reus* hors de tout doute raisonnable, il faut procéder à une évaluation objective des faits. Cependant, dans les affaires de fraude, « [l']*actus reus* comporte son propre élément moral; pour qu'il y ait *actus reus*, l'acte [malhonnête] de l'accusé doit être volontaire » (*Théroux* à la p. 17). Pour établir que l'*actus reus* est l'acte volontaire de la personne morale accusée, il doit être l'acte volontaire de l'âme dirigeante ou des âmes dirigeantes agissant de concert.

[8] En acquittant les âmes dirigeantes, le juge du procès a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

D'autres témoins de la TFE ont été appelés à la barre. Toutefois, aucun – aucun d'eux n'a pu témoigner qu'il

avait pu observer que MM. Judson et David Foss étaient directement engagés dans l'assemblage des ordinateurs susmentionnés. [...] [p. 56 de la transcription]

Aucun élément de preuve ne permettait de déterminer quelles étaient les personnes qui assemblaient ces ordinateurs. Comme je l'ai dit plus haut, il y avait des éléments de preuve indiquant que d'autres employés avaient attiré l'attention tant de M. – de M. Foss que de la société sur les préoccupations exprimées par des clients et des personnes qui avaient déjà acheté des produits à la TFE. [...] [p. 68 de la transcription]

À ce stade, rien ni personne ne permet d'établir que les deux autres défendeurs, soit M. Judson Foss ou M. David Foss, ont pris part à l'assemblage des six ordinateurs en cause. Il n'y a rien au dossier. [...] [p. 69 de la transcription]

[9] Sur la base de ces conclusions, il est clair que le juge du procès n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que l'acte malhonnête était l'acte volontaire d'au moins l'une des âmes dirigeantes, ou des deux agissant de concert. Le ministère public a omis de prouver qu'une âme dirigeante de la TFE avait commis l'*actus reus* des infractions.

[10] Devant notre Cour, le ministère public a plaidé qu'une personne morale peut être déclarée coupable si la transgression est commise par quelqu'un d'autre mais qu'il est indifférent à l'âme dirigeante que l'acte soit commis ou non. Selon le ministère public, cette indifférence est suffisante pour investir la personne morale de la *mens rea* nécessaire. Dans l'arrêt *Théroux*, la Cour explique en ces termes l'intégration de l'acte prohibé et de l'élément mental dans les affaires de fraude :

[...] Par ailleurs, la *mens rea* renvoie à l'intention coupable, illégale, de l'accusé. En droit criminel, son rôle consiste à éviter que la personne moralement innocente – qui ne comprend ni ne souhaite les conséquences de ses actes – soit déclarée coupable. Habituellement, la *mens rea* porte sur les conséquences de l'*actus reus* prohibé. [...] [p. 17]



[...]

[...] La *mens rea* serait alors la conscience subjective que l'on commettait un acte prohibé (la supercherie, le mensonge ou un autre acte malhonnête) qui pouvait causer une privation au sens de priver autrui d'un bien ou de mettre ce bien en péril. Une fois cela démontré, le crime est complet. [...] [p. 19]

[11] Dans la présente instance, le juge du procès a conclu que sur le fondement d'un examen objectif des faits, les âmes dirigeantes n'étaient pas personnellement au courant de l'acte malhonnête et de la privation éventuelle. Il s'ensuit qu'il était impossible d'investir ces mêmes âmes dirigeantes de la connaissance subjective de la privation éventuelle, un élément essentiel de la *mens rea* des infractions. Leur acquittement était donc fondé sur l'incapacité du ministère public de prouver à la fois l'*actus reus* et la *mens rea*. Cette conclusion amène inévitablement à se demander si la déclaration de culpabilité de la TFE est incompatible avec les acquittements des âmes dirigeantes. Pour répondre à cette question, la Cour se doit d'examiner la jurisprudence sur la responsabilité pénale des personnes morales et les verdicts contradictoires.

C. *Responsabilité pénale des personnes morales*

[12] La responsabilité pénale des personnes morales tire son origine des notions d'intention et d'âme dirigeante d'une personne morale en droit de la responsabilité délictuelle : *Lennard's Carrying Company, Limited c. Asiatic Petroleum Company, Limited*, [1915] A.C. 705 à la p. 713 (Ch. des lords). Cette doctrine de l'identification, selon laquelle la personne morale et ses âmes dirigeantes sont considérées comme ne faisant qu'un, a été incorporée pour la première fois en appel dans le droit pénal canadien dans l'arrêt *Rex c. Fane Robinson Ltd*, [1941] 3 D.L.R. 409 (C.S. Alb., Div. d'appel), [1941] A.J. No. 42 (QL). Dans cette affaire, le juge Ford, au nom de la majorité de la Division d'appel, a conclu que la responsabilité pénale des personnes morales est fondée sur l'intention coupable (*mens rea*) et l'acte illégal (*actus reus*) de l'âme dirigeante effective de la société. Il a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

À mon avis, George Robinson et Emile Fielhaber étaient les âmes dirigeantes effectives de la Fane Robinson Ltd., tant de façon générale qu'en ce qui concerne plus particulièrement l'objet des infractions dont cette dernière est accusée, leur intention coupable (*mens rea*) et leur acte illicite (*actus reus*) étaient l'intention et l'acte de la société et le complot de fraude et l'obtention d'argent par faux semblant sont des infractions qu'une personne morale est en mesure de commettre. [p. 415]

- [13] Dans des affaires postérieures, dont les arrêts de principe *Regina c. St. Lawrence Corp. Ltd.*, [1969] 2 O.R. 305 (C.A.), [1969] O.J. No. 1326 (QL), *R. c. McNamara* (1981), 56 C.C.C. (2d) 193 (C.A.), [1981] O.J. No. 3254 (QL), *R. c. Ontario Chrysler (1977) Ltd. et al.* (1994), 69 O.A.C. 185, [1994] O.J. No. 428 (QL), et *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662, [1985] A.C.S. n° 28 (QL) à la p. 691, il a été conclu que l'« acteur » doit être une âme dirigeante de la personne morale pour que cette dernière puisse être déclarée coupable sur le fondement de la doctrine de l'identification en matière de responsabilité pénale des personnes morales. Dans l'affaire en délit *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497, [1993] A.C.S. n° 19 (QL), la Cour avait la possibilité de revenir sur cette notion de l'identification avec la personne morale énoncée dans l'arrêt *Canadian Dredge & Dock Co.* Tout en reconnaissant que la personne qui commet l'acte criminel doit être l'« alter ego », l'« incarnation » ou l'« âme dirigeante » de la personne morale, le juge Iacobucci, au nom de la majorité, fait remarquer qu'il faut se demander surtout si l'individu en cause s'est vu déléguer, dans le cadre de ses propres pouvoirs, l'« autorité directrice » de la compagnie (p. 520). Comme je l'ai indiqué plus haut dans mes motifs, dans la présente instance, MM. Foss étaient les seules âmes dirigeantes.

D. *Verdicts contradictoires*

- [14] Un verdict contradictoire est un « verdict déraisonnable » au sens de l'alinéa 686(1)a) du *Code criminel*, et il peut être remplacé par un acquittement (al. 686(2)a)). Dans l'arrêt *R. c. Pittiman*, [2006] 1 R.C.S. 381, [2006] A.C.S. n° 9 (QL),

2006 CSC, l'appelant et les deux autres coaccusés étaient conjointement inculpés d'agression sexuelle de la victime. Les deux coaccusés ont été acquittés. L'appelant a interjeté appel en faisant valoir que les verdicts étaient incompatibles. La Cour a statué que des verdicts sont inconciliables si un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, n'aurait pu les prononcer au vu de la preuve (par. 10). Il en découle que s'il existe un motif rationnel de concilier les différents verdicts, ils sont compatibles. Dans l'arrêt *Pittiman*, la Cour, en rejetant l'appel, est arrivée à la conclusion que la preuve qui pesait contre l'appelant avait une valeur probante plus grande que celle qui pesait contre les deux coaccusés. La Cour a invité les cours d'appel à ne pas mettre l'accent sur les acquittements pour déterminer si des verdicts sont incompatibles ou contradictoires; la question déterminante est de savoir non pas si les acquittements sont raisonnables, mais si la déclaration de culpabilité est déraisonnable : *R. c. Bergeron* (1998), 132 C.C.C. (3d) 45 (C.A. Que.), [1998] J.Q. n° 4008 (QL).

[15] Il est établi en droit que la tâche d'un juge siégeant seul consiste à appliquer le droit et à déterminer si le ministère public a prouvé chacun des éléments de l'infraction, sans exception, hors de tout doute raisonnable. Dans une affaire mettant en cause plusieurs accusés inculpés de la même infraction, il peut arriver que la force probante de la preuve qui pèse sur chacun d'eux soit différente, ce qui peut justifier des verdicts différents. Or, des verdicts peuvent être différents sans être contradictoires. Dans l'arrêt *Pittiman*, la Cour a reconnu que « la question de savoir si la preuve est la même s'avère cruciale dans le cas où des verdicts incompatibles ont été prononcés à l'égard de plusieurs accusés inculpés de la même infraction » [par. 9]. Étant donné que les seules âmes dirigeantes de la TFE étaient MM. Foss, la réponse à cette question cruciale, celle de savoir si la preuve est la même, s'impose comme une évidence. En effet, on peut dire en toute certitude que la preuve qui pèse contre les âmes dirigeantes est la même que celle qui pèse contre la personne morale. Dans la présente instance, si cette preuve ne permet pas de prouver hors de tout doute raisonnable l'*actus reus* et la *mens rea* des seules âmes dirigeantes, elle ne peut permettre de prouver la culpabilité de la personne morale.

[16] Dans une affaire plus récente, *R. c. J.F.* [2008] A.C.S. n° 62 (QL), 2008 CSC 60, l'inculpé était accusé de deux chefs d'homicide involontaire coupable découlant de la même situation de fait. Un chef alléguait un homicide involontaire coupable par négligence criminelle et l'autre un homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Un jury l'a déclaré coupable du premier chef qui était aussi le plus grave (négligence criminelle) et l'a acquitté du second, moins grave (omission de fournir les choses nécessaires à l'existence). La même conduite prohibée, ou *actus reus*, des deux chefs était identique, à savoir que J.F. n'avait pas protégé l'enfant dont il était le père d'accueil d'un préjudice prévisible aux mains de sa conjointe. Bien que l'analyse juridique à laquelle la Cour s'est livrée dans *J.F.* soit consacrée à la distinction entre un homicide involontaire coupable par négligence criminelle et un homicide involontaire coupable résultant de l'omission de fournir les choses nécessaires à l'existence, le fondement de la décision, qui a été résumé par le juge Fish, est digne d'être pris en considération dans l'analyse à laquelle il faut procéder en l'espèce :

Ici, le jury a conclu que l'intimé n'avait pas commis d'homicide involontaire coupable résultant d'une omission de fournir les choses nécessaires à l'existence. Il ne pourrait être reconnu coupable d'homicide involontaire coupable par négligence criminelle, lors d'un nouveau procès, que sur le fondement d'une conclusion contraire à celle que le jury a tirée en l'espèce, à savoir qu'il a effectivement omis de s'acquitter de l'obligation qui lui incombait envers l'enfant de prendre des mesures pour le protéger, la « chose nécessaire à l'existence » qui constituaient le fondement factuel et l'élément essentiel des deux chefs d'accusation.  
[par. 40]

Le fondement factuel et l'élément essentiel de l'accusation portée contre la TFE étaient identiques à ceux de l'accusation portée contre ses âmes dirigeantes. La déclaration de culpabilité de la TFE à l'issue d'un nouveau procès ne pourrait se faire que sur le fondement d'une conclusion contraire à celle que le juge du procès a tirée, à savoir qu'au moins l'une des âmes dirigeantes avait commis l'acte prohibé et était donc investie de l'élément mental requis.

[17] En résumé, je suis d'avis que si un nouveau procès était ordonné, aucun jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, ne pourrait déclarer la TFE coupable des infractions. Mon opinion est fondée sur deux observations. Premièrement, le juge du procès a conclu que le ministère public n'avait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que les deux coaccusés, les seules âmes dirigeantes de la TFE, avaient commis l'*actus reus* requis et étaient investis de la *mens rea* nécessaire. Ces conclusions n'ont pas été portées en appel. Deuxièmement, si l'on se base sur la thèse du ministère public et sur la preuve produite en l'espèce, on ne peut pas considérer que la preuve qui pesait contre la personne morale a une valeur probante plus grande que celle qui pesait contre les coaccusés. La preuve qui pèse contre ces deux personnes constitue le fondement factuel et l'élément essentiel de la preuve qui pèse contre la personne morale. J'annulerais donc la déclaration de culpabilité et je la remplacerais par un verdict d'acquittement.