

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

8-15-CA

MICHELE MURDOCH

MICHELE MURDOCH

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Murdoch v. R., 2015 NBCA 38

Murdoch c. R., 2015 NBCA 38

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Green

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Green

Appeal from a decision of the Provincial Court:
January 28, 2015 (sentence)

Appel d'une décision de la Cour provinciale :
Le 28 janvier 2015 (prononcé de la sentence)

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Court of Appeal:
[2015] N.B.J. No. 46

Cour d'appel :
[2015] A.N.-B. n° 46

Appeal heard and judgment rendered:
June 23, 2015

Appel entendu et jugement rendu :
le 23 juin 2015

Reasons delivered:
October 1, 2015

Motifs déposés :
le 1^{er} octobre 2015

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

Motifs de jugement :
l'honorable juge en chef Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Deschênes
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:
Thomas J. Burke, Q.C. and
Rebecca J. Butler

For the respondent:
Kathryn Gregory

LA COUR

On June 23, 2015, the Court accepted the parties' joint recommendation for disposition. In the result, the six-month jail term imposed in Provincial Court (for the appellant's abuse-of-trust fraud against her employer) was varied to a 73-day jail term to be served intermittently, with the existing probation order amended accordingly. The Court's reasons for acceptance of the parties' recommendation are set out in the text that follows.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Thomas J. Burke, c.r. et
Rebecca J. Butler

Pour l'intimée:
Kathryn Gregory

LA COUR

Le 23 juin 2015, la Cour a accepté la recommandation conjointe des parties en matière de dispositif. Par conséquent, la peine d'emprisonnement de six mois infligée par la Cour provinciale (au titre de la fraude que l'appelante avait commise contre son employeur alors qu'elle occupait un poste de confiance) a été commuée en une peine d'emprisonnement de 73 jours à purger de façon discontinue, l'ordonnance de probation existante étant modifiée en conséquence. Les motifs pour lesquels la Cour a accepté la recommandation des parties sont énoncés dans le texte qui suit.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] It is widely accepted that the public interest is best served by emphasizing denunciation and deterrence in imposing sentence for thefts or frauds committed by employees who thereby abuse a position of trust in relation to their employers. That view has prompted this Court, and other appellate courts, to hold that, barring “exceptional circumstances”, a fit sentence for most categories of trust thefts or trust frauds by employees is one that features a jail term: *R. v. Steeves and Connors*, 2005 NBCA 85, 288 N.B.R. (2d) 1, at para. 10 (“*Steeves* (2005)”) and *R. v. Chaulk*, 2005 NBCA 86, 287 N.B.R. (2d) 375. For ease of reference, we will refer to that general approach as the abuse-of-trust sentencing guideline.

[2] Over a six-week span in early 2014, and on 12 separate occasions, the appellant embezzled a relatively modest sum of money, the property of her employer. She stopped the defalcations only when confronted with proof of their occurrence. While the funds taken did not exceed \$5,000, the Crown signaled the seriousness with which it viewed the case by electing to prosecute by indictment under s. 380(1)(b)(i) of the *Criminal Code*. As a result, the appellant’s maximum liability for imprisonment purposes rose from six months (maximum jail term on summary conviction) to two years.

[3] After a fulsome debate on point, the sentencing judge found the case did not feature “exceptional circumstances”. He concluded, rightly in our judgment, that binding judicial precedents compelled the imposition of a jail term for the appellant’s systematic frauds against her employer. The judge set that term at six months, which was to be followed by unsupervised probation for a further six months. He did not consider the option of an intermittent sentence.

[4] At the hearing on appeal, we expressed the tentative view that, while the judge could not be faulted for finding “exceptional circumstances” did not percolate from the record, it appeared he had fallen into error by failing to adapt the jail term to the case’s particular factual matrix. With respect to the latter point, we suggested a judicious application of the *Criminal Code*’s sentencing principles pointed to an intermittent sentence. After considering the panel’s observations, the parties made a joint recommendation regarding disposition, the key element of which was a 73-day jail term to be served intermittently. We accepted that recommendation and, at the urging of the parties, undertook to provide detailed reasons for the views articulated hereinabove and our acceptance of their common submission. Here are those reasons.

II. The Context

[5] The appellant stands convicted of the indictable offence of fraud under s. 380(1)(b)(i) of the *Criminal Code*. According to the Information, the fraud was committed between January 2 and February 12, 2014, its focus was money (less than \$5,000), and the victim was Mark’s Work Wearhouse.

[6] The appellant pled guilty on January 22, 2015. At the hearing on sentence that immediately followed, the salient offence-related facts were not in dispute.

[7] As mentioned, on 12 separate occasions during the six-week span specified in the charge, and while in the course of her employment as a cashier, the appellant diverted to her personal use funds belonging to her employer, Mark’s Work Wearhouse. The serial misappropriations came to light after the employer discovered discrepancies in connection with refunds to customers. The follow-up investigation revealed the appellant had, on each of those 12 occasions, credited her debit card with refunds generated by fictitious returns of merchandise. In essence, the appellant used her employer’s computer system to register bogus return-of-merchandise claims and forward the resulting refunds to her own debit card. The 12 fraudulent transactions yielded a total of \$1,555.55.

[8] When confronted with her misdeeds, the appellant initially attempted to shift some of the blame to fellow employees. Eventually, she accepted full responsibility. As would be expected, the appellant was dismissed from her employment, and the matter was referred to the RCMP for investigation and processing.

[9] The appellant was born on July 7, 1985. She was 29 years of age and in the late stages of a first pregnancy when the underlying misappropriations took place. She gave birth to a daughter on February 14, 2014, two days after the last fraudulent transaction covered by the charge. Within a month, and despite her dismissal by Mark's Work Warehouse, the appellant found another job as a cashier. The record is mute on the subject, but one might be forgiven for doubting she disclosed to her new employer the events that brought an end to her employment with Mark's Work Warehouse.

[10] At any rate, from March 15 to May 5, 2014, the appellant worked at a Sobeys grocery store. During working hours, a relative looked after her newborn daughter. This arrangement was less than ideal because the appellant was breastfeeding and, as one would expect, she had developed a very close bond with her child.

[11] The appellant quit her job at Sobeys immediately upon qualifying for Employment Insurance maternity leave benefits.

[12] The appellant stood before the sentencing judge without having made restitution of any portion of the funds she embezzled, and without offering any proposal for reimbursement. At the time, she was in receipt of Employment Insurance maternity benefits, which amounted to \$1,337.50 per month, and her common law spouse was employed with Canada Post, earning gross monthly income of \$3,687. Thus, their joint gross income amounted to \$4,824.50 per month, or close to \$60,000 on a yearly basis. It is recorded in the pre-sentence report that total monthly household expenses were in the order of \$3,810.00. Those outlays included \$400 for recreational activities. In early 2014, the appellant's spouse received a discharge in bankruptcy and was in the process of rebuilding his credit. Clearly, a restitution plan with periodic, albeit modest, payments was within the appellant's means.

[13] At the time of sentencing, the appellant had not been separated from her daughter since ceasing employment at Sobeys in May 2014. In fact, she was still breastfeeding, although it was her intention to discontinue within a short while.

[14] The appellant has suffered since adolescence from eating disorders, specifically anorexia nervosa and bulimia.

[15] The pre-sentence report was generally favourable, at least in pertinent respects.

[16] Counsel for the appellant contended the record revealed “exceptional circumstances” and urged the sentencing judge to impose a conditional sentence of imprisonment of four months’ duration.

[17] Crown counsel submitted there was nothing exceptional about the case and argued a six-month jail term would be appropriate.

[18] When invited to speak, the appellant expressed remorse for her defalcations, pointing out they were prompted by her household’s financial difficulties. She asserted those difficulties had been exacerbated by excessive spending during the previous holiday season. The appellant poignantly made the case for a non-custodial sentence by stating: “I definitely regret all of this and I need my daughter, my daughter needs me as much as I need her”.

[19] After finding the case was not exceptional, the judge sentenced the appellant to jail for six months. He ordered unsupervised probation for six months following the appellant’s release from custody. The judge did not order restitution.

[20] Leave to appeal and bail were granted to the appellant on February 13, 2015. She had spent 17 days in jail before her release.

[21] There is no cross-appeal by the Attorney General. Thus, the issue of the appropriateness of a restitution order is not before us.

III. Analysis

[22] The standard of review applicable to sentence appeals is well-known. It is summarized in *Steeves v. R.*, 2010 NBCA 57, 360 N.B.R. (2d) 88:

In sum, a court of appeal is not at liberty to substitute its view of fitness for that of the sentencing judge unless the sentence imposed is the product of either an error of law or an error in principle, or unless it is clearly unreasonable (see *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, [1995] S.C.J. No. 52 (QL), at paras. 46-48; *R. v. Solowan*, [2008] 3 S.C.R. 309, [2008] S.C.J. No. 55 (QL), 2008 SCC 62, at para. 16; *R. v. L.M.* [2008] 2 S.C.R. 163, [2008] S.C.J. No. 31 (QL), 2008 SCC 31, at paras. 14-15; and *R. v. C.A.C.* (2009), 349 N.B.R. (2d) 265, [2009] N.B.J. No. 342 (QL), 2009 NBCA 68 (Bell, J.A. for the Court, at para. 4)). If the sentence at issue is the result of reversible error, the court of appeal bears the burden of prescribing the punishment that it considers fit in the circumstances. [para. 25]

Appellate intervention is inappropriate unless one of the following questions is answered in the affirmative: (1) Is the sentence the result of an error of law? (2) Did the judge commit an error in principle in the exercise of his or her discretion? (3) Is the sentence clearly unreasonable having regard to the principles of sentencing? In our view, the sentencing judge's failure to consider an intermittent sentence constitutes an error in principle that compels an affirmative answer to the second question.

A. *The abuse-of-trust sentencing guideline*

(1) General observations

[23] The jurisprudence emanating from this Court, and other courts in this jurisdiction and elsewhere, espouses the view that, absent "exceptional circumstances", the public interest requires a jail term be imposed, in most cases, for employees who abuse a position of employment-related trust by stealing from or defrauding their employers: *R. v. McNamara (J.)* (1992), 126 N.B.R. (2d) 298, [1992] N.B.J. No. 451

(C.A.) (QL), at para. 4; *Steeves* (2005), at para. 1; *Chaulk*, at para. 3; *R. v. Pierce*, [1997] O.J. No. 715 (C.A.) (QL); *R. v. Fulcher*, 2007 ABCA 381, [2007] A.J. No. 1323 (QL); and *R. v. Hogan*, 2012 PESC 11, [2012] P.E.I.J. No. 7 (QL), per Mitchell J., as he then was.

[24] In most cases of trust theft or trust fraud by an employee, the need for denunciation and deterrence arising from the abuse of trust overwhelms the typically numerous mitigating circumstances and leads inexorably to the conclusion that a jail term is the only “just” sanction that will achieve the fundamental purpose of sentencing. As is well known, that purpose is to “contribute [...] to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society”: s. 718. Few would quibble with the proposition that the threat of jail is a particularly effective deterrent with “law-abiding persons, with good employment records and family”: *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 129.

[25] In *Steeves* (2005), the Court held the longstanding abuse-of-trust sentencing guideline has not been displaced by the codification of sentencing principles effected through ss. 718-718.2 of the *Criminal Code* and by the instauration of the conditional sentence regime found in s. 742.1:

In our view, the sentencing principles enunciated above stand unaffected by the enactment of ss. 718-718.2. That legislative articulation of the fundamental purpose of sentencing and its objectives, and codification of the principles of sentencing did not render obsolete the traditional view that the need for general deterrence will usually lead to the imposition of a jail term for any employee who, in committing theft from his or her employer, abused a position of trust.

In that regard, we note that the introductory part of s. 718 identifies the fundamental purpose of sentencing as that of contributing, inter alia, “to respect for the law” and that s. 718(b) includes general deterrence as one of the objectives of the “just sanctions” that courts are directed to impose. We note, as well, that s. 718.2(a)(iii) calls for an increase in sentence to account for evidence that the offender, in

committing the offence, abused a position of trust in relation to the victim. That provision was considered in *R. v. Matchett (H.J.)* (1997), 188 N.B.R. (2d) 321 (C.A.), where we indicated, at para. 13, that an offence committed by abusing a position of trust “would ordinarily command a sentence to be served in jail and not elsewhere.” Finally, we underscore that the “less restrictive sanctions” to which reference is made in s. 718.2(d) can be imposed only if “appropriate in the circumstances” and that the “available sanctions other than imprisonment” targeted by s. 718.2(e) come into play only if they are “reasonable in the circumstances”.

Moreover, while no category of offence is excluded from the *Criminal Code*'s conditional sentence regime (see *R. v. Baldwin (M.)* (2000), 232 N.B.R. (2d) 240 (C.A.)), it remains that theft of an employer's property by an employee who thereby abuses a position will usually lead to a custodial sentence. That is so because the offence in question “is one in which the effects of incarceration are likely to have a real deterrent effect”: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, at 117. [paras. 12-14]

[26] On that score, *Steeves* (2005) is harmonious with the conclusion reached in *Pierce*, where Finlayson J.A., writing for the Ontario Court of Appeal, stated:

I would, however, refuse the application to permit the appellant to serve the sentence in the community. The abuse of a position of trust or authority in relation to a victim is an express aggravating circumstance set out in the sentencing guidelines under s. 718.2. This factor has traditionally drawn a severe custodial term even with first offenders. I do not believe that this court should exercise its discretion in favour of having the appellant serve her sentence in the community where, as here, the trial judge has clearly stated his concerns as to how a non-custodial term would be viewed by the community. Despite the passage of s. 742.1, the principles of general deterrence and public denunciation require a custodial term in these circumstances. [para. 48]

See also *R. v. Holmes*, 1999 ABCA 228, [1999] A.J. No. 862 (QL), at para. 8.

[27] In a nutshell, the abuse-of-trust sentencing guideline fits comfortably within the sentencing scheme elaborated in Part XXIII of the *Criminal Code*. Not surprisingly, the guideline has been routinely applied by sentencing courts in this province for trust thefts or trust frauds by employees, as more fully appears from the following sample of decisions rendered over the last decade or so:

Name	Date	Location	Amount	Notes	Sentence
<i>R. v. Evans</i> (Glennie J.)	2003 NBQB 54	Saint John	\$120,416	Stole from elderly man who he was employed to care for	1 year jail term, 1 year of probation
<i>R. v. Philibert</i> (NBPC, Desjardins J. (unreported))	2007	Grand Falls	\$373,000	\$96,000 in restitution paid, ordered to pay \$277,000 more	18 months' jail
<i>R. v. Ouellette</i> (LeBlanc J.)	2009 NBPC 32	Edmundston	\$53,127.33	Between 2002-2003 44 y/o Found guilty at trial	12 months' jail
<i>R. v. Thornton</i> (NBPC, Mahoney J.) (unreported)	2010	Woodstock	\$200,000	43 y/o Plea of guilty Accountant from 2003-2007	18 months' jail 1 year of probation \$220,246.74 restitution
Burton (NBQB, McLellan J.) (unreported)	2010	Saint John	\$250,000	\$243,735 paid in restitution	1 year jail term
<i>R. v. Hamilton</i> (NBPC, Jackson C.J.) (unreported)	2011	Woodstock	>\$5,000	Found guilty at trial	10 months' jail 18 months' probation
Roy-Bossé (NBPC, LeBlanc J.) (unreported)	2011	Edmundston	\$300		30 days' jail, on weekends
<i>R. v. Cyr</i> (NBPC, Duffie J.) (unreported)	2013	Grand Falls	\$20,000	Over the course of several months in 2011 21 y/o Plea of guilty 1st time offender	6 months' jail 2 years' probation \$20,000 restitution
<i>R. v. Tardif</i> (LaVigne, J.)	2014 NBQB 246	Edmundston	Approximately. \$250,000	Between 2008-2011 47 y/o Plea of guilty	2 years' jail

Lizotte (NBPC, Volpé J.) (unreported)	2014	Edmundston	\$800		90 days' jail, on weekends
Arbeau (NBPC, Oliver J.) (unreported)	2014	Burton	\$100,000	57 y/o	18 months' jail
Nason (NBPC, McLean J.) (unreported)	2015	Fredericton	\$2,500	42 years old, financial troubles, 3 children at home	4 months' jail, 1 year of probation
<i>R. v. Budden</i> (McNally J.)	2015 NBQB 98	Moncton	\$7,445.05	fraud, theft, forgery and uttering a forged document, no exceptional circumstances	6 months' jail, restitution order of \$7,545
Martin-Schedler (NBPC, Richards A.C.J.) (unreported)	2015	Fredericton	\$40,000	Emotional issues, depression, abusive childhood do not rise to "exceptional circumstances"	1 year jail term
<i>R. v. Ing</i> (NBPC, Arseneault, C.J.) (unreported)	2015	Moncton	Approximately \$75,000	Between July 2011-June 2012, 26 y/o 1 st offender Plea of guilty	9 months' jail, \$200 victim fine surcharge

[28] Interestingly, the same approach to sentencing for employment-related defalcations seems to be entrenched in England. The following butterfly-like foray into English jurisprudence confirms that state of affairs.

[29] In *R. v. Sharpe*, [2000] All ER (D) 795, the accused pled guilty to defrauding his employer. The accused performed consultant work outside his normal duties for the benefit of his employer's clients (contrary to his employment contract), and then billed his employer for the work through a sham consultant firm, the sole director of which was discovered to be the accused's wife. The sentencing judge noted the fundamental breach of trust on the part of the accused and sentenced him to nine months' imprisonment on each count, concurrent. The accused appealed on the grounds that the sentence was wrong in principle and manifestly excessive, considering the mitigating

factors of his guilty plea and previous good character. On appeal, the Court effectively echoed the Canadian approach, noting that, absent “exceptional circumstances”, an immediate custodial sentence was appropriate. The Court cited the long and deliberate course of deceit undertaken by the accused, and determined the fact the employer had suffered no loss was immaterial. The Court found the sentence imposed had been neither wrong in principle nor manifestly excessive.

[30] In *R. v. Austin*, [2001] EWCA Crim 1972, the accused was a 31-year-old female who admitted to falsifying 153 company cheques over a period of two years and nine months, for a total of £34,000. Following arrest, she made “full and frank admissions”. She subsequently pled guilty to 13 counts of theft, and asked for 140 further offences to be taken into consideration. It was revealed she suffered from psychological insecurities that led her to make purchases obsessively on credit, and, as a result, had a significant amount of debt. However, the stolen money had been used to make more of these purchases, and not to pay off the debt incurred. She was sentenced to 15 months’ incarceration. On appeal, the accused asked the Court to suspend her sentence on the grounds that she was previously of good character, and was the only able-bodied member of her family and the sole caregiver for her husband and son. The Court referenced the “sheer scale and persistence of the defendant’s offending, and the fact that the monies obtained dishonestly were not generally spent on reducing her debts”. It found that, in these circumstances, there was no possibility of a suspended sentence, and the length of the sentence imposed was not unreasonable. However, the Court considered it was in the public interest that the defendant be released, given her personal circumstances. The sentence was therefore reduced to nine months’ imprisonment in order to bring about her immediate release.

[31] In *R. v. Lamb*, [2004] EWCA Crim 1492, [2002] All ER (D) 292 (Jun), the accused was a 41-year-old female branch manager at a travel agency. She stole £23,000 from her employer, and pled guilty to theft. At sentencing, the judge noted she had been of previously good character, was married, and had three dependent children, one of whom required special care, before imposing a 15 month custodial sentence. On appeal,

the accused submitted the sentence was “manifestly excessive in the circumstances”. The Court observed that, due to the offence, a custodial sentence was inevitable. However, it agreed the length of the sentence was manifestly excessive. After considering *R. v. Mills*, [2002] All ER (D) 24 (Jan), the Court reduced the sentence to six months’ imprisonment.

[32] In *R. v. Nield*, [2005] EWCA Crim 472, the accused was entrusted with cash-handling duties by her employer of nine years. She admitted to stealing £12,000 from her employer over a 15-month period, and pled guilty to theft. The sentencing judge imposed a 12 month custodial sentence. On appeal, the Court took notice of her previous good character, and a psychiatric report indicating she had a significant risk of self-harm and a history of attempted suicide. After considering *R. v. Kefford*, [2002] 2 Cr App Rep (S) 495, [2002] All ER (D) 37 (Mar), the Court reduced the sentence to six months in custody.

[33] In *R. v. Worthington*, [2006] All ER (D) 49 (Aug), the accused resigned from her post as an accounts clerk when her employer confronted her about discrepancies in its business accounts. Upon investigation, it was discovered signatures had been forged on 56 cheques with a total value of just under £40,000. The accused pled guilty to ten counts of theft. The pre-sentence report revealed the accused was pregnant with her third child, and suffered from epilepsy and depression. Despite her personal circumstances, the trial judge found that only an immediate custodial sentence of 12 months was appropriate. Her personal circumstances were considered in that the sentence was reduced from the sentence that would otherwise have been imposed. The accused’s appeal was dismissed. The Court of Appeal agreed that 12 months’ imprisonment was appropriate.

[34] In *R. v. Johnson*, [2007] All ER (D) 283 (Mar), [2006] EWCA Crim 3023, the accused was a 24-year-old male postal worker. His employers noticed a number of postal items had gone missing, and placed his activities under surveillance. He was soon after arrested, and a search of his home uncovered three stolen credit cards and two ‘dummy’ items which had been dispatched by his employer’s investigators the previous day as part of the investigation. Initially, the accused denied any theft, and claimed he

had forgotten to deliver the items and planned to destroy them so he would not be fired for delaying the mail. The accused had no criminal record. He eventually pled guilty, and told the probation officer he was experiencing personal, financial and emotional difficulties when he had committed the offence. He was convicted at trial and sentenced to 15 months' imprisonment. On appeal, he asked the Court to reduce his sentence considering his plea, his good character, the pressure he had been under at the time he had committed the offence, and the absence of any actual financial gain. The Court stated that, in the circumstances, nothing but a custodial sentence was appropriate. However, given the mitigating circumstances, and the fact that the Crown had presented its case on a very narrow basis, the sentence was reduced to nine months' imprisonment.

[35] As is readily apparent, those cases also shed light on the approach taken by English courts to the issue of exceptionality. We will address that question in short order. However, before doing so, we think it important to underscore the limits on the applicability of the abuse-of-trust sentencing guideline.

(2) The ambit of the abuse-of-trust sentencing guideline

[36] It is universally accepted that the abuse-of-trust sentencing guideline applies to large-scale thefts or frauds (see *R. v. Dobis*, [2002] O.J. No. 646 (C.A.) (QL), *R. v. Clarke*, [2004] O.J. No. 3438 (C.A.) (QL), at para. 17, and *R. v. Johnson*, 2010 ABCA 392, [2010] A.J. No. 1445 (QL)). There is also significant support for the application of the guideline to cases where the value of the subject-matter of the offence is relatively modest, but the thefts or frauds are: “repeated” over a significant timeframe (*R. v. Zentner*, 2012 ABCA 332, [2012] A.J. No. 1179 (QL), at para. 25); “numerous ... [extending] over a considerable period” (*Chaulk*, at paras. 4 and 8); “instances of a practice of some duration” (*Steeves* (2005), at para. 9); or “systematic” (*R. v. McKinnon*, 2005 ABCA 8, [2005] A.J. No. 12 (QL), at paras. 59-63). Reasonable people may disagree over what combination of value and frequency, viewed contextually, triggers the application of the abuse-of-trust sentencing guideline. In other words, that determination is largely driven by the facts of the particular case, and stands to be reviewed on appeal by the application of a deferential standard.

[37] Moreover, the abuse-of-trust sentencing guideline is not concerned with cases of employee theft *simpliciter*. For the guideline to be in play, the employee must have abused a position of trust (in relation to the employer) in committing the offence. That elementary, but important point is made by Richard J.A., writing for the Court, in *Veno v. R.*, 2012 NBCA 15, 384 N.B.R. (2d) 126, at paras. 13-16:

There is ample authority for the proposition that theft by one who is entrusted with money in the course of his or her employment constitutes an abuse of a position of trust. In fact, most of the theft cases where s. 718.2(a)(iii) has been applied feature such circumstances. This was the situation in *Steeves and Connors* and its companion case, *R. v. Chaulk*, 2005 NBCA 86, 287 N.B.R. (2d) 375, and is the situation in most of the reported cases (see for example: *R. v. McKinnon*, 2005 ABCA 8, [2005] A.J. No. 12 (QL) (embezzlement by a bookkeeper); *R. v. Holmes*, 1999 ABCA 228, [1999] A.J. No. 862 (QL) (bank manager stealing from accounts); *R. c. Dubreuil*, [1992] J.Q. No. 1081 (C.A.) (QL) (bank employee embezzling funds); *R. v. Reid*, 2004 YKCA 4, [2004] Y.J. No. 3 (QL) (cashier stealing from employer); *R. v. Pierce*, [1997] O.J. No. 715 (C.A.) (comptroller stealing from employer); *R. v. Dobis*, [2002] O.J. No. 646 (C.A.) (fraud by accounting manager); *R. v. Clarke*, [2004] O.J. No. 3438 (C.A.) (bank telephone agent stealing from accounts); and *R. v. Bowes (J.M.)* (1994), 155 N.B.R. (2d) 321, [1994] N.B.J. No. 472 (C.A.) (QL) (lawyer stealing trust funds)). However, the present case is different. Mr. Veno did not steal money that was entrusted to him in the course of his employment. He used information he gained through his employment and, just as importantly, through his friendship with his employer in order to identify the object of his crime and the means by which he could commit it.

I note that, as an aggravating factor pursuant to s. 718.2(a)(iii), “abuse of a position of trust” is not limited to theft-type cases. There are other offences, such as sexual assault, where s. 718.2(a)(iii) has been applied. A credible argument can certainly be made that Mr. Veno breached the trust his employer and friend placed in him when he hired him, giving him an opportunity to learn where the money was kept and how to get access to the house. However, when it comes to theft-type cases, such an argument has been rejected by this Court in *Adler*.

In *Adler*, a homemaker hired by an elderly couple through the services of the Red Cross “inveigled herself into their confidences” and gained access to the couple’s bank debit card and personal identification number, after which she “proceeded to deplete the account of the couple’s life savings of \$27,890.00” and then forged “three cheques for a total of \$1,650” (para. 2). Upon pleading guilty to her crimes, Ms. Adler was sentenced to serve a conditional sentence of eight months. On appeal, this Court varied the sentence to eight months incarceration. In doing so, the Court said as follows:

In this case there was no aggravating factor of trust. The Crown argued that there was a breach of trust but argues it in a non legal sense of abuse of confidence rather than a recognized legal sense of vesting their finances in Ms. Adler’s hands for their benefit. The accused was engaged to look after the physical comfort needs of this elderly couple as a homemaker and not in any fiduciary capacity. She is simply a thief. If she had been in a position of trust or authority and breached such position, an aggravating factor, we would consider a sentence of eight months in the circumstances of this case neither fit nor proportionate to the gravity of the offence and the degree of her responsibility as set forth in s. 718.1. The appeal in relation to sentence is allowed. [para. 11]

I find *Adler* indistinguishable from the present case and, in my view, the Provincial Court judge was bound to apply it. The judge simply said it was distinguishable because Mr. Veno worked for the victim and learned of the existence of the funds through his employment. However, Ms. Adler worked for the elderly couple she defrauded, and it was in the course of this employment that she learned of the existence of their bank account and how to gain access to it. There are simply no significant distinguishing features. *Adler* set the law on the application of s. 718.2(a)(iii) to theft-type cases in this Province, and the failure to apply it constitutes an error of law. [paras. 13-16]

[38] Additionally, it was never contemplated that the abuse-of-trust sentencing guideline would apply to summary conviction offences. The Attorney General *qua* guardian of the public interest in criminal proceedings can be relied upon to take

appropriate action in the discharge of that critical responsibility. Accordingly, courts may rightly act upon Crown counsel's assessment of the context, both general and specific to the case, and his or her judgment as to the course of action that will best further the public interest. Thus, where it is decided to proceed summarily in an employee trust theft or trust fraud case, the abuse-of-trust sentencing guideline is not engaged (see, for illustration purposes, *R. v. MacLean*, 2006 NBPC 3, 298 N.B.R. (2d) 378, Ferguson J.).

[39] As well, in proceedings by indictment, Crown counsel may take actions that effectively withdraw the guideline's jail requirement from the sentencing process. The obvious case is where Crown counsel recommends a sentence without jail, such as a conditional sentence of imprisonment, which is what occurred in this Court in *Steeves* (2005) and *Chaulk*, in *R. v. Carmichael*, 2008 NBQB 369, [2008] N.B.J. No. 434 (QL) and in *R. v. Nguyen*, 2011 ABCA 300, [2011] A.J. No. 1071 (QL). That is also the case where Crown counsel admits to the existence of "exceptional circumstances" (see *R. v. Langille*, 2006 NBQB 375, 307 N.B.R. (2d) 7).

[40] One last, perhaps unnecessary, observation: the inapplicability of the abuse-of-trust sentencing guideline does not necessarily mean the offender will avoid jail. In *Veno*, a jail sentence was imposed even though the employee had not abused a position of trust in stealing from his employer.

[41] In the case at hand, the Crown elected to proceed by indictment under s. 380(1)(b)(i). Furthermore, at the sentencing hearing, Crown counsel submitted there were no "exceptional circumstances" and she pressed the judge to sentence the appellant to jail for six months. Clearly, Crown counsel was insisting on the application of the abuse-of-trust sentencing guideline, and she cannot be faulted for doing so.

[42] After all, although the appellant's defalcations yielded a relatively modest financial benefit, they were repeated numerous times over a significant timespan. After each trust fraud, the appellant had an opportunity to reflect, reconsider, desist and make things right. Yet, she chose to continue along a criminal path to support a lifestyle that

could not be sustained by lawful means. And, when confronted with her crimes, the appellant did not offer prompt restitution or commit to same by way of installments.

[43] In her written submission on appeal, the appellant rightly acknowledges that, in committing the 12 defalcations covered by the charge, she abused a position of trust in relation to her employer. She also acknowledges implicitly, if not explicitly – once again, rightly in our view – that the abuse-of-trust sentencing guideline is engaged. The kernel of her case on appeal is the contention that the sentencing judge committed reversible error in failing to discern “exceptional circumstances” and in imposing a “manifestly excessive sentence”. In the appellant’s submission, a non-custodial sentence should have been imposed. Her fallback position is that, at worse, a brief jail term would have been justified. In that regard, the appellant refers to *Hogan* where Justice Mitchell imposed a 90-day jail term for an employee trust fraud and agreed to hear the parties on the issue of whether it should be served intermittently.

B. *“Exceptional circumstances”*

(1) General observations

[44] The parties pressed the Court to define with precision what circumstances make a case exceptional for the purposes of the abuse-of-trust sentencing guideline. In our respectful view, it would be unwise to delineate in rigid fashion the contours of the expression “exceptional circumstances”. The concept of exceptionality is somewhat elastic by design. Some circumstances may operate to make a case exceptional, but fail to do so in another. Restitution may be an example. Where restitution entails particularly onerous sacrifices by an offender of modest means, it may, in conjunction with other compelling circumstances, justify a finding of exceptionality. However, a mere handing over of the misappropriated funds could not, by itself, tip the scales.

[45] As mentioned, the sentencing judge found the case at hand was not exceptional. He came to that conclusion after considering the appellant's submission that the following circumstances, viewed cumulatively, met the test of exceptionality:

- a) She is a first offender;
- b) She has an industrious work record;
- c) She admitted her guilt to her employer when confronted;
- d) She entered a plea of guilty at her first opportunity;
- e) She expressed remorse for her actions;
- f) At the time of the offence, she was under significant financial stress;
- g) At the time of the offence, she was eight (8) months pregnant, was not certain if she would be eligible for maternity leave benefits and committed the crime out of need, not greed;
- h) She has suffered from anorexia nervosa and bulimia since she was twelve (12) or thirteen (13) years old;
- i) She is the primary caregiver for her child, who, at the time of sentence, was eleven (11) months old.

[46] The appellant contends the sentencing judge committed reversible error in failing to appreciate the cumulative effect of those circumstances rendered her case exceptional. We respectfully disagree for the following reasons.

[47] Any finding on the issue of exceptionality must be respected on appeal unless it is unreasonable or the product of an error of law, principle or fact. For example, and fair warning to sentencing judges, it is a reversible error of principle to "categorize the ordinary as exceptional": *R. v. Zenari*, 2012 ABCA 279, [2012] A.J. No. 968 (QL), at para. 8, and *R. v. Douglas*, 2014 ABCA 113, [2014] A.J. No. 312 (QL), at paras. 14 and 16. In our view, the sentencing judge would have committed such an error if he had found the case was exceptional. In a nutshell, this is a run-of-the-mill case involving a relatively mature first-offender who: (1) lived beyond her means and chose to bridge the gap by defrauding her employer and, in doing so, abused a position of trust; and (2) expressed remorse, yet offered no restitution, whether immediate or by instalments.

[48] In *Steeves* (2005), at paragraph 1, the Court noted a finding of exceptionality would likely withstand appellate scrutiny if it were anchored to mitigating circumstances that significantly lessened the offender's blameworthiness. The following spring to mind as potential triggers for such a finding: (1) an offence-related mental illness that, while significant, does not meet the test for a mental disorder defence; (2) coercion of a serious nature, commonly applied by a spouse or partner, that nonetheless falls short of the requirements for the defence of duress; and (3) at least in theory, a criminal course of conduct prompted by the need to access or provide necessities of life in circumstances that do not satisfy the threshold requirement for the defence of necessity (see *R. v. Burnley-Jones*, 2006 ONCJ 160, [2006] O.J. No. 1861 (QL), per R.E.W. Carr J.). Needless to say, the list does not purport to be exhaustive. Be that as it may, the jurisprudence on topic makes plain that the circumstances upon which the appellant relies to make the case for exceptionality fall short of the mark.

[49] In that respect, the Court's observations in *Chaulk* bear repeating, if only for purposes of analogical reasoning:

On the date specified in the Information, July 16, 2004, Mr. Chaulk was employed as a seasonal employee in the garden department of the Atlantic Superstore in Riverview, New Brunswick. He had been so employed since April of 2004. Mr. Chaulk became the target of surveillance when management personnel noticed that money had gone missing during his shifts. On July 16, 2004, he was observed stealing \$200. When confronted, Mr. Chaulk not only admitted to that crime, but also confessed to numerous instances of theft of funds entrusted to him, totalling \$4,210, over the course of the previous three months. Those additional funds were recovered from his home.

Mr. Chaulk was charged with the indictable offence of theft (s. 334(b)(i) of the *Criminal Code*). He was 20 years of age at the time and had no criminal record. On his third appearance before a judge of the Provincial Court he pled guilty. Acknowledging that greed was the sole motive for his thefts, Mr. Chaulk recognized the seriousness of his crime and offered an apology in open court. The Provincial Court judge granted him a conditional discharge subject to

probation for 12 months with conditions, including one that he perform 70 hours of community service work. The judge alluded to the governing sentencing principles mentioned above but found "exceptional circumstances" in Mr. Chaulk's youth, the need to avoid saddling him with a criminal record, and his demonstrated "honesty" in confessing to the theft of much more than the sum stolen (\$200) on July 16, 2004.

With respect, the consequences of a criminal conviction on a youthful offender do not, by themselves, constitute "exceptional circumstances" justifying a departure from the general rule mentioned in paragraph 3 of these reasons. There is no evidence that a criminal record will entail particularly onerous consequences for Mr. Chaulk. If the effect of a criminal record, without more, constituted an "exceptional circumstance", the exception would become the norm for all first offenders and the quest for general deterrence would be in vain. *R. v. Little* (1981), 34 N.B.R. (2d) 503 (C.A.), *R. v. Roy-Richard (M.)* (1992), 129 N.B.R. (2d) 296 (C.A.) and *R. v. Dickinson (D.T.)* (1996), 173 N.B.R. (2d) 296 (C.A.) are all cases involving first offenders who were sentenced to terms of imprisonment for offences involving the abuse of a position of trust. In *R. v. McNamara (J.)* (1992), 126 N.B.R. (2d) 298 (C.A.), the general principle was reiterated and our Court specifically held that even for a young first offender, who had made full restitution and who had a very favourable pre-sentence report, a conditional discharge, together with community service work, was not a fit sentence for the theft of \$4,126.01 from the offender's employer.

As well, we are of the view that "honesty" is hardly an appropriate characterization of the conduct of a person who, while holding a position of trust, has systematically stolen from his employer over a 3-month period solely to satisfy his greed. A full confession, helpful cooperation with the authorities and the return of the stolen property argue in favour of some leniency but they should not, without more, lead to a sentence that does not feature imprisonment in jail.

Not surprisingly, courts have not attempted to catalogue what features constitute "exceptional circumstances" justifying a non-custodial sentence. However, it is safe to say that they usually relate to mitigating factors that tend to

lessen guilt or the seeming seriousness of the offence charged and that, more often than not, they have to do with the offender's motive for committing the offence. A finding of "exceptional circumstances" has rarely, if ever, been made where, as here, the offender is driven solely by greed and his or her dishonesty and abuse of trust extend over a considerable period of time. See, generally, *R. v. John (R.C.)* (1995) 162 A.R. 238 (C.A.) and *R. v. McIvor (C.M.)* (1996), 181 A.R. 397 (C.A.). The record does not reveal circumstances that, having regard to the jurisprudence on point, might arguably justify a non-custodial sentence. [paras. 4-8]

[50] Our Court's historically narrow approach to the issue of exceptionality mirrors that of the Alberta Court of Appeal, notably in *R. v. Miles*, 2011 ABCA 133, [2011] A.J. No. 455 (QL), at para. 32; *Zenari*, at para. 8; *R. v. Magas*, 2012 ABCA 61, 2012 A.J. No. 182 (QL), at para. 11; and *Nguyen*.

(2) Misappropriations to support a lifestyle and relatives

[51] It should go without saying but, apparently, a reminder may be in order: the suggestion that a case might be exceptional because the crimes were actuated by lifestyle "needs" borders on the preposterous. Not surprisingly, it has no traction in the jurisprudence.

[52] In *R. v. Ross* (1985), 61 N.B.R. (2d) 65, [1985] N.B.J. No. 145 (C.A.) (QL), a 53-year-old cashier, with no record, misappropriated a large sum of money over the course of several years. She did so, at least in part, to provide "needed" financial relief to her adult children. The Court intervened, and replaced a suspended sentence with a 12-month jail term.

[53] In *Zenari*, the Court rejected the notion that a case could be considered exceptional because the misappropriations served to support the lifestyle of members of the offender's family. The Court expressed the following views, which we unreservedly endorse:

The consequences of a fraud conviction for a person of previous apparently good character are often the same: loss of reputation; loss of job; shame; financial ruin; loss of house; negative repercussions for the family; letters of surprise but continuing support from friends and family; concerns about who will support the family while the accused is in jail, etc. These are common features of many of the other reported decisions, and cannot be considered to be exceptional. [para. 8]

The Court acknowledged some mitigating factors, including the offender's confession, his early guilty plea and his expression of remorse, but concluded the case was not exceptional. In the result, the conditional sentence of imprisonment imposed in first instance was replaced by a jail term.

[54] In *Magas*, the offender alleged she had stolen from her employer to provide financial assistance to her daughter. The Court found the sentencing judge had correctly concluded no exceptional circumstances were present. The accepted mitigating factors included:

[T]he appellant was remorseful; she pled guilty; she gave a statement to police in which she accepted responsibility and acknowledged her crime; she was cooperative; there was a generally positive presentence report; she had no prior record; and, she was willing to pay some restitution. [para. 11]

With respect to "exceptional circumstances", the Court noted, with approval, the sentencing judge's rejection of the submission "that the absence of a prior record and the appellant's family circumstances and motive for taking the money were exceptional" (para 12).

[55] In *Miles*, the offender was, at all times material to the charge, "providing financial aid to her mother and siblings". She acknowledged "a history of unwise spending involving taking care of family member debts and using money from this crime to supplement her income" (para. 10). The Court rejected the submission that the case was "exceptional" because the offender pled guilty, had no criminal record and was

making partial restitution. The Court noted it is common for abuse-of-trust offenders to plead guilty once discovered, and to offer some kind of restitution. Moreover, most offenders of this ilk do not have a criminal record, since a criminal record would, in most circumstances, preclude the individual from acquiring a position of trust (para. 32).

[56] In *Nguyen*, the offender was a 26-year-old pharmacy technician who, over an 8-month period, stole a total of \$8,938.15 from the drugstore where he was employed. When confronted with evidence of his misdeeds, he made a full confession and produced a diary in which were recorded the dates of the thefts and the amounts stolen. He pled guilty, offered full restitution and informed the sentencing judge he had taken the money to help support his mother and two younger brothers. He had no criminal record. The sentencing judge ordered a conditional discharge. At trial, and again on appeal, the Crown sought a 12 month conditional sentence. The Court of Appeal found the case did not rise to the level of “exceptional”. It remarked that many offenders need money for their family, and say they intend to pay it back. The Court found no precedent that would support a discharge in these circumstances, and a conditional sentence was ordered, as urged by the Crown.

[57] The appellant’s allegation that she “committed the crime out of need, not greed” is without evidential foundation. In any event, the “need” in question cannot lift her case to the level of “exceptional”.

(3) Health issues

[58] A case may be considered “exceptional” where the bundle of mitigating circumstances includes evidence the offender suffers from mental illness. In that regard, we share the views expressed by Green J.A., as he then was, in *R. v. Peters*, 2000 NFCA 55, [2000] N.J. No. 287 (QL):

Deterrence and punishment assume less importance in cases of mentally ill offenders. See *R. v. Hynes* (1991), 89 Nfld & P.E.I.R. 316 (NF CA). In *R. v. Robinson* (1974), 19 C.C.C. (2d) 193 (Ont CA) the Court emphasized that in cases where offenders commit crimes while they are out of

touch with reality due to mental illness, specific deterrence is meaningless to them. Further, general deterrence is unlikely to be achieved either since people with mental illnesses that contribute to the commission of a crime will not usually be deterred by the punishment of others. As well, severe punishment is less appropriate in cases of persons with such mental illnesses since it would be disproportionate to the degree of responsibility of the offender. This decreased emphasis on punishment and deterrence in these circumstances is consistent with the proportionality principle in s. 718.1 of the *Criminal Code*. [para. 18]

See, as well, *R. v. Edmunds*, 2012 NLCA 26, [2012] N.J. No. 177 (QL), at paras. 21-23, per C.W. White J.A., for the Court.

[59] In *R. v. Fraser*, 2007 ABCA 386, [2007] A.J. No. 1528 (QL), Watson J.A., who delivered judgment on behalf of the Court, agreed the offender's longstanding mental illness formed part of the "unusual facts" giving rise to the requisite "exceptional circumstances". The trust theft in question was directly related to the illness, the offender had made full restitution and the Crown had put off charging her for four years. The delay was highly prejudicial to the offender's personal situation in that it contributed to the termination of her marriage. A conditional sentence was ordered.

[60] The record shows the appellant was not suffering from any mental illness during the timeframe covered by the charge. Suffice it to reproduce the following observations on point in the pre-sentence report:

[Michele Murdoch] reports that she has experienced an eating disorder, "anorexia nervosa and bulimia, back and forth between the two," for many years, since grade seven (approximately twelve or thirteen years of age). [Ms. Murdoch] advises that she has seen many counsellors over the years, and that she was hospitalized for an eating disorder twice in her lifetime: once, at age sixteen (Dr. Chalmers Hospital, Fredericton), for three months; and again, at age eighteen (Guelph, ON), for three weeks.

[Ms. Murdoch] reports that she is "doing much better" with regards to her eating disorder, maintaining her desired

weight, which she describes as “fairly healthy” and notes positive changes with eating disorder symptoms and behaviours since her daughter was born.

[Ms. Murdoch] advises that she is not currently seeing a counsellor, that she has been “on and off medication” throughout the years, and that she is not taking any prescribed medication.

(4) Conclusion regarding the issue of exceptionality

[61] In the case at bar, the crimes yielded a relatively modest financial benefit, but were repeated numerous times over a significant timespan. As underscored, after each defalcation, the appellant had an opportunity to reflect, reconsider, desist and make things right, but she persisted in defrauding her employer to maintain a lifestyle she could not afford by lawful means. The sentencing judge’s finding that the case does not feature “exceptional circumstances” is neither unreasonable nor the product of any error of law, principle or fact. That being so, it must stand. It follows that the judge did not err in concluding a jail term was required.

[62] However, and as indicated, the judge committed reversible error in failing to tailor the jail term to the appellant’s particular circumstances.

C. *An intermittent sentence*

[63] Once the judge determined a jail term was required, he was duty bound to consider all available jail options under the *Criminal Code*. One of those was an intermittent sentence. Section 732(1) reads as follows:

732. (1) Where the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less on an offender convicted of an offence, whether in default of payment of a fine or otherwise, the court may, having regard to the age and character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and the availability of appropriate accommodation to ensure compliance with the sentence,	732. (1) Le tribunal qui déclare le délinquant coupable d’une infraction et le condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours pour défaut de paiement d’une amende ou pour un autre motif, peut, compte tenu de l’âge et de la réputation du délinquant, de la nature de l’infraction, des circonstances dans lesquelles elle a été commise et de la disponibilité d’un établissement adéquat
---	---

order	pour purger la peine, ordonner :
(a) that the sentence be served intermittently at such times as are specified in the order; and	a) que la peine soit purgée de façon discontinue aux moments prévus par l’ordonnance;
(b) that the offender comply with the conditions prescribed in a probation order when not in confinement during the period that the sentence is being served and, if the court so orders, on release from prison after completing the intermittent sentence.	b) au délinquant de se conformer aux conditions prévues par l’ordonnance pendant toute période où il purge sa peine hors de la prison et de s’y conformer dès sa sortie de prison.

[64] Although courts commonly resort to this option to allow an offender to maintain or secure employment, it may also be used “to enable a spouse to care for children”: Clayton C. Ruby, *Sentencing*, 8 ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2012). On occasion, an intermittent sentence will meet the need for an exemplary disposition.

[65] The appellant spent 17 days in jail prior to being released on bail pending appeal. The maximum term for s. 732(1) purposes is 90 days. Taking into account all of the pertinent circumstances, a sentence of 73 days in jail to be served on weekends is appropriate. It conforms to the abuse-of-trust sentencing guideline and the jail component is tailored to the appellant’s personal and familial situation. Indeed, the appellant will be able to look after her infant daughter during her husband’s working week and he will be able do so on weekends.

IV. Conclusion

[66] The public interest is best served by emphasizing denunciation and deterrence in imposing sentence for thefts or frauds committed by employees who thereby abuse a position of trust in relation to their employers. Barring “exceptional circumstances”, a fit sentence for most of those crimes is one that features a jail term. That approach stands to be applied even where, as here, the total value of the property taken is relatively modest but the underlying instances of embezzlement occur numerous times over several weeks. On occasion, and the case at hand fits the bill, an intermittent sentence will best reflect the *Criminal Code*’s sentencing objectives.

[67] It is for those reasons, which are detailed in the preceding text, that we accepted the parties' joint recommendation regarding disposition. In the result, the sentence imposed for the appellant's repeated abuse-of-trust frauds was varied from a six-month jail term (followed by unsupervised probation for six months) to a 73-day jail term to be served intermittently, with the probation order amended accordingly.

LE JUGE DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] Il est largement accepté que l'intérêt public est mieux servi en reconnaissant l'importance de la dénonciation et de la dissuasion lorsque l'on inflige une peine pour sanctionner des vols ou des fraudes commis par des employés qui abusent ainsi de leur situation de confiance vis-à-vis de leur employeur. Ce point de vue a amené notre Cour, comme d'autres tribunaux d'appel, à déterminer que, sauf « circonstances exceptionnelles », une peine convenable pour la plupart des catégories de vols ou de fraudes commis par des employés qui occupent un poste de confiance est l'infliction d'une peine d'incarcération : *R. c. Steeves and Connors*, 2005 NBCA 85, 288 R.N.-B. (2^e) 1, au par. 10 (« *Steeves* (2005) ») et *R. c. Chaulk*, 2005 NBCA 86, 287 R.N.-B. (2^e) 375. Pour plus de commodité, nous nous référerons à cette approche générale en la qualifiant de ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance.

[2] Au cours d'une période de six semaines qui remonte au début de l'année 2014, et à douze occasions distinctes, l'appelante a détourné une somme d'argent relativement modeste qui appartenait à son employeur. Elle a mis fin aux détournements uniquement lorsqu'on lui a montré la preuve qu'ils s'étaient produits. Les fonds détournés ne dépassaient pas 5 000 \$, mais le ministère public a montré l'importance qu'il attachait à l'affaire en choisissant de poursuivre par acte d'accusation au titre du sous-alinéa 380(1)b)(i) du *Code criminel*. De ce fait, la peine d'emprisonnement maximale dont l'appelante était passible est passée de six mois (l'emprisonnement maximal en cas de déclaration de culpabilité par procédure sommaire) à deux ans.

[3] À l'issue d'un débat approfondi sur la question, le juge qui a prononcé la peine est arrivé à la conclusion que l'affaire ne comportait pas de « circonstances

exceptionnelles ». Il a conclu, à bon droit selon nous, que des précédents faisant autorité exigeaient l'infliction d'une peine d'incarcération pour sanctionner les fraudes systématiques de l'appelante à l'endroit de son employeur. Le juge a fixé cette peine à six mois, peine qui devait être suivie d'une période de probation non surveillée de six mois. Il n'a pas envisagé l'option d'une peine discontinuée.

[4] Lors de l'audition de l'appel, nous avons formulé l'hypothèse que même si on ne pouvait reprocher au juge de s'être trompé en concluant que des « circonstances exceptionnelles » ne ressortaient pas du dossier, il semblait bien qu'il eût commis une erreur en omettant d'adapter la peine d'incarcération aux faits de l'affaire. Sur ce point, nous avons suggéré qu'une application judicieuse des principes de détermination des peines énoncés dans le *Code criminel* laissait entrevoir une peine discontinuée. Après avoir examiné les observations de la formation, les parties ont présenté une recommandation conjointe en matière de dispositif dont l'élément clé était une peine d'emprisonnement de 73 jours à purger de façon discontinuée. Nous avons accepté cette recommandation et, à l'invitation des parties, nous avons entrepris d'expliquer de façon détaillée les motifs sur lesquels se fondent les opinions exprimées plus haut et notre acceptation de leurs observations conjointes. Voici ces motifs.

II. Contexte

[5] L'appelante a été déclarée coupable de l'acte criminel de fraude prévu au sous-alinéa 380(1)b(i) du *Code criminel*. Selon la dénonciation, la fraude a été commise entre le 2 janvier et le 12 février 2014; elle portait sur une somme d'argent (moins de 5 000 \$) et la victime était Mark's Work Warehouse.

[6] L'appelante a plaidé coupable le 22 janvier 2015. Lors de l'audience de détermination de la peine qui a immédiatement suivi, les principaux faits relatifs à l'infraction n'ont pas été contestés.

[7] Comme nous l'avons indiqué précédemment, à douze reprises distinctes pendant la période de six semaines dont fait état l'acte d'accusation, alors qu'elle occupait un emploi de caissière, l'appelante a détourné pour son usage personnel des fonds qui appartenaient à son employeur, Mark's Work Wearhouse. Ces détournements en série ont été découverts après que l'employeur eut constaté des écarts dans les remboursements à la clientèle. L'enquête complémentaire a révélé qu'à chacune de ces douze occasions, l'appelante avait porté au crédit de sa carte de débit des remboursements générés par des retours de marchandises fictifs. Essentiellement, l'appelante utilisait le système informatique de son employeur pour enregistrer de fausses demandes de retour de marchandises et porter les remboursements qui en résultaient au crédit de sa propre carte de débit. Les douze transactions frauduleuses lui avaient permis de détourner la somme de 1 555,55 \$.

[8] Lorsqu'on lui a reproché ses méfaits, l'appelante a commencé par essayer de rejeter une partie du blâme sur des collègues. Elle a fini par en accepter la pleine responsabilité. Comme on pouvait s'y attendre, l'appelante a été congédiée de son emploi et l'affaire a été renvoyée à la GRC pour enquête et traitement.

[9] L'appelante est née le 7 juillet 1985. Elle avait 29 ans et était à un stade avancé de sa première grossesse lorsque les détournements sous-jacents se sont produits. Elle a donné naissance à une fille le 14 février 2014, deux jours après la dernière transaction frauduleuse faisant l'objet de l'acte d'accusation. En moins d'un mois, et malgré son congédiement par Mark's Work Wearhouse, l'appelante a trouvé un autre emploi de caissière. Bien que le dossier soit muet sur la question, il n'est pas interdit de douter qu'elle ait révélé à son nouvel employeur les événements qui lui ont fait perdre l'emploi qu'elle occupait à Mark's Work Wearhouse.

[10] Quoi qu'il en soit, du 15 mars au 5 mai 2014, l'appelante a travaillé dans un magasin d'alimentation Sobeys. Pendant ses heures de travail, un membre de la famille s'occupait de sa fille qui venait de naître. Cet arrangement était loin d'être idéal étant donné que l'appelante allaitait et, comme on pouvait s'y attendre, avait développé des liens affectifs très étroits avec son enfant.

[11] L'appelante a quitté son travail chez Sobeys dès qu'elle est devenue admissible aux prestations de maternité au titre du régime d'assurance-emploi.

[12] L'appelante s'est présentée devant le juge chargé de prononcer la peine sans avoir restitué une partie quelconque des fonds qu'elle avait détournés et sans présenter aucune proposition de remboursement. À l'époque, elle touchait des prestations de maternité au titre du régime d'assurance-emploi dont le montant s'élevait à 1 337,50 \$ par mois, et son conjoint de fait qui travaillait pour Postes Canada avait un revenu mensuel brut de 3 687 \$. Leur revenu brut conjoint s'élevait donc à 4 824,50 \$ par mois, soit près de 60 000 \$ par année. Il est indiqué dans le rapport présentiel que les dépenses mensuelles totales du ménage étaient de l'ordre de 3 810 \$. Ces dépenses comprenaient 400 \$ pour les activités récréatives. Au début de l'année 2014, le conjoint de l'appelante a bénéficié d'une libération comme failli et était en train de rétablir son crédit. Manifestement, un plan de restitution assorti de versements périodiques, même modestes, était dans la limite des moyens de l'appelante.

[13] Au moment du prononcé de la peine, l'appelante n'avait pas été séparée de sa fille depuis qu'elle avait mis un terme à son emploi chez Sobeys en mai 2014. De fait, elle l'allaitait toujours, même si elle avait l'intention de cesser de le faire à brève échéance.

[14] L'appelante souffre depuis l'adolescence de troubles de l'alimentation, plus particulièrement d'anorexie mentale et de boulimie.

[15] Le rapport présentiel était généralement favorable, du moins aux égards pertinents.

[16] Les avocats de l'appelante ont soutenu que le dossier révélait l'existence de « circonstances exceptionnelles » et ont invité le juge chargé de déterminer la peine à lui imposer une peine d'emprisonnement de quatre mois avec sursis.

[17] L'avocate du ministère public a fait valoir que l'affaire n'avait rien d'exceptionnel et a plaidé qu'une peine d'incarcération de six mois conviendrait.

[18] Lorsqu'elle a été invitée à prendre la parole, l'appelante a exprimé des remords pour ses détournements de fonds, soulignant qu'ils avaient été provoqués par les difficultés financières auxquelles faisait face son ménage. Elle a affirmé que ces difficultés avaient été exacerbées par des dépenses excessives pendant les dernières fêtes de fin d'année. C'est avec beaucoup d'émotion que l'appelante a sollicité l'infliction d'une peine non privative de liberté en déclarant : [TRADUCTION] « Je regrette vraiment tout cela et j'ai besoin de ma fille; ma fille a autant besoin de moi que j'ai besoin d'elle ».

[19] Après avoir conclu que l'affaire n'avait rien d'exceptionnel, le juge a condamné l'appelante à six mois de prison. Il a également condamné l'appelante à une période de probation non surveillée de six mois après sa mise en liberté. Le juge n'a pas ordonné de restitution.

[20] L'autorisation d'interjeter appel et une libération sous caution ont été accordées à l'appelante le 13 février 2015. Elle avait passé 17 jours en prison avant sa remise en liberté.

[21] Le Procureur général n'a pas interjeté d'appel incident. Par conséquent, nous n'avons pas à statuer sur la question de savoir si une ordonnance de restitution serait appropriée en l'espèce.

III. Analyse

[22] La norme de contrôle applicable à un appel d'une peine est bien connue. Elle est résumée comme suit dans l'arrêt *Steeves c. R.*, 2010 NBCA 57, 360 R.N.-B. (2^e) 88 :

En somme, une cour d'appel n'est pas libre de substituer ses vues sur la justesse de la peine aux vues du juge qui était chargé de la déterminer, à moins que la peine ne résulte d'une erreur de droit ou d'une erreur de principe, ou qu'elle ne soit nettement déraisonnable (*R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, [1995] A.C.S. n^o 52 (QL), par. 46 à

48; *R. c. Solowan*, [2008] 3 R.C.S. 309, [2008] A.C.S. n° 55 (QL), 2008 CSC 62, par. 16; *R. c. L.M.*, [2008] 2 R.C.S. 163, [2008] A.C.S. n° 31 (QL), 2008 CSC 31, par. 14 et 15; *R. c. C.A.C.* (2009), 349 R.N.-B. (2^e) 265, [2009] A.N.-B. n° 342 (QL), 2009 NBCA 68 (le juge d'appel Bell, au nom de la Cour, par. 4)). Si la sentence est le fruit d'une erreur qui justifie de l'infirmier, il incombe à la cour d'appel de prescrire le châtement qu'elle estime juste dans les circonstances. [par. 25]

L'intervention en appel ne convient que si l'on répond par l'affirmative à l'une des trois questions suivantes : (1) La sentence est-elle le fruit d'une erreur de droit? (2) Le juge qui a déterminé la peine a-t-il commis une erreur de principe dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? (3) La peine est-elle clairement déraisonnable compte tenu des principes de détermination de la peine? À notre avis, l'omission du juge qui a prononcé la peine d'envisager une peine discontinuée constitue une erreur de principe qui nous oblige à répondre par l'affirmative à la deuxième question.

A. *Ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance*

(1) Observations générales

[23] La jurisprudence de notre Cour ainsi que d'autres tribunaux de notre province et d'ailleurs souscrit à l'opinion voulant qu'en l'absence de « circonstances exceptionnelles », l'intérêt public commande, dans la plupart des cas, l'infliction d'une peine d'incarcération aux employés qui, alors qu'ils occupent un poste de confiance, volent ou fraudent leur employeur : *R. c. McNamara (J.)* (1992), 126 R.N.-B. (2^e) 298, [1992] A.N.-B. n° 451 (C.A.) (QL), au par. 4; *Steeves* (2005), au par. 1; *Chaulk*, au par. 3; *R. c. Pierce*, [1997] O.J. No. 715 (C.A.) (QL); *R. c. Fulcher*, 2007 ABCA 381, [2007] A.J. No. 1323 (QL); et *R. c. Hogan*, 2012 PESC 11, [2012] P.E.I.J. No. 7 (QL), motifs du juge Mitchell (tel était alors son titre).

[24] Dans la majorité des cas de vol ou de fraude par un employé occupant un poste de confiance, le besoin de dénonciation et de dissuasion qu'entraîne l'abus de

confiance l'emporte sur les circonstances atténuantes habituellement nombreuses et mène inexorablement à la conclusion qu'une peine d'incarcération est la seule sanction [TRADUCTION] « juste » qui permettra de réaliser l'objectif essentiel du prononcé des peines. Il est bien connu que cet objectif est de « contribuer [...] au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre » : art. 718. Rares sont les personnes qui contesteraient la proposition selon laquelle la menace d'une peine de prison est particulièrement dissuasive auprès de « citoyens qui respectent par ailleurs la loi, qui sont de bons travailleurs et qui ont un conjoint et des enfants » : *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, au par. 129.

[25] Dans l'arrêt *Steeves* (2005), la Cour a déterminé que la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance, qui est en vigueur depuis longtemps, n'a pas été écartée par la codification des principes de détermination de la peine du fait de l'entrée en vigueur des art. 718 à 718.2 du *Code criminel* et de l'adoption du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement qui est énoncé à l'art. 742.1 :

À notre avis, les principes de détermination de la peine mentionnés ci-dessus restent entiers malgré l'adoption des articles 718 à 718.2. Cet énoncé, dans la loi, de l'objectif essentiel de la détermination de la peine et de ses autres objectifs ainsi que la codification des principes de détermination de la peine n'ont pas rendu caduque l'opinion traditionnelle voulant que l'impératif de dissuasion générale donne généralement lieu à l'infliction d'une peine d'incarcération dans le cas d'un employé qui, en commettant un vol auprès de son employeur, a abusé de la confiance de ce dernier.

À cet égard, nous soulignons que la partie introductive de l'article 718 précise que le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, entre autres, « au respect de la loi » et qu'à l'alinéa 718*b*) il est précisé que la dissuasion générale est un des objectifs des « sanctions justes » que les tribunaux ont l'obligation d'infliger. Nous soulignons également que le sous-alinéa 718.2*a*)(iii) prescrit l'adaptation de la peine aux circonstances aggravantes étayées par des éléments de preuve établissant que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime. Cette disposition a été examinée

dans l'arrêt *R. c. Matchett (H.J.)* (1997), 188 R.N.-B. (2^e) 321 (C.A.), où nous avons indiqué, au paragraphe 13, qu'une infraction commise au moyen d'un abus de confiance « entraînerait normalement une peine à purger en milieu carcéral et non ailleurs ». Finalement, soulignons que les « sanctions moins contraignantes » dont il est question à l'alinéa 718.2*d*) ne peuvent être infligées que si « les circonstances le justifient » et que les « sanctions substitutives applicables » visées à l'alinéa 718.2*e*) ne sont envisageables que si elles sont « justifiées dans les circonstances ».

En outre, bien qu'aucune catégorie d'infractions ne soit exclue du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement prévu au *Code criminel* (voir l'arrêt *R. c. Baldwin (M.)* (2000), 232 R.N.-B. (2^e) 240 (C.A.)), il n'en demeure pas moins que le vol des biens d'un employeur par un employé qui, pour ce faire, profite du poste qu'il occupe, donnera habituellement lieu à une peine d'incarcération. Il en est ainsi parce que l'infraction en question est « une infraction pour laquelle les conséquences de l'incarcération sont susceptibles d'avoir un effet dissuasif réel » : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, à la page 117. [par. 12 à 14]

[26] À ce propos, l'arrêt *Steeves* (2005) concorde avec la conclusion qui a été tirée dans l'arrêt *Pierce* dans lequel le juge d'appel Finlayson, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a déclaré ce qui suit :

Je refuserais toutefois de faire droit à la requête visant à permettre à l'appelante de purger sa peine au sein de la collectivité. L'usage abusif d'un poste de confiance ou d'autorité en rapport à une victime constitue une circonstance aggravante expresse énoncée dans les lignes directrices en matière de détermination de la peine que prévoit l'article 718.2. Ce facteur a traditionnellement entraîné une lourde peine d'incarcération, même quand il s'agissait de délinquants primaires. Je ne crois pas que notre Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à permettre à l'appelante de purger sa peine au sein de la collectivité lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le juge du procès a clairement exprimé ses craintes au sujet de la façon dont la collectivité pourrait percevoir une peine autre que l'emprisonnement. Malgré l'adoption de l'art. 742.1, les principes de dissuasion générale et de

dénonciation publique exigent l'imposition d'une peine d'emprisonnement dans de telles circonstances. [par. 48]

Voir également *R. c. Holmes*, 1999 ABCA 228, [1999] A.J. No. 862 (QL), au par. 8.

[27] En un mot, la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance s'inscrit bien dans le cadre du régime de détermination de la peine énoncé à la partie XXIII du *Code criminel*. Il n'est guère surprenant que la ligne directrice ait été appliquée dans notre province par les tribunaux chargés de déterminer la peine pour sanctionner les vols ou les fraudes commis par des employés occupant un poste de confiance, comme il ressort de l'échantillon suivant de décisions rendues au cours des dix dernières années environ :

Nom/Intitulé	Date	Lieu	Montant	Notes	Peine
<i>R. c. Evans</i> (Juge Glennie)	2003 NBBR 54	Saint John	120 416 \$	Vol auprès d'un homme âgé dont il devait s'occuper	un an de prison, un an de probation
<i>R. c. Philibert</i> (NBCP, juge Desjardins) (inédite)	2007	Grand-Sault	373 000 \$	96 000 \$ versés à titre de restitution, condamné à payer 277 000 \$ de plus	18 mois de prison
<i>R. c. Ouellette</i> (Juge LeBlanc)	2009 NBCP 32	Edmundston	53 127,33 \$	Entre 2002 et 2003 Âgée de 44 ans Déclarée coupable à l'issue du procès	12 mois de prison
<i>R. c. Thornton</i> (NBCP, juge Mahoney) (inédite)	2010	Woodstock	200 000 \$	Âgé de 43 ans Plaidoyer de culpabilité Comptable de 2003 à 2007	18 mois de prison un an de probation 220 246,74 \$ versés à titre de restitution
Burton (NBBR, juge McLellan) (inédite)	2010	Saint John	250 000 \$	243 735 \$ versés à titre de restitution	un an de prison
<i>R. c. Hamilton</i> (NBCP, juge en chef Jackson) (inédite)	2011	Woodstock	>5 000 \$	Déclarée coupable à l'issue du procès	10 mois de prison 18 mois de probation
Roy-Bossé (NBCP, juge LeBlanc) (inédite)	2011	Edmundston	300 \$		30 jours de prison purgés les fins de semaine
<i>R. c. Cyr</i> (NBCP, juge Duffie) (inédite)	2013	Grand-Sault	20 000 \$	Sur plusieurs mois en 2011 Âgée de 21 ans Plaidoyer de culpabilité	6 mois de prison 2 ans de probation 20 000 \$ versés à titre de restitution

				Délinquante primaire	
<i>R. c. Tardif</i> (juge LaVigne)	2014 NBBR 246	Edmundston	Environ 250 000 \$	Entre 2008 et 2011 Âgé de 47 ans Plaidoyer de culpabilité	2 ans de prison
Lizotte (NBCP, juge Volpé) (inédite)	2014	Edmundston	800 \$		90 jours de prison purgés les fins de semaine
Arbeau (NBCP, juge Oliver) (inédite)	2014	Burton	100 000 \$	Âgée de 57 ans	18 mois de prison
Nason (NBCP, juge McLean) (inédite)	2015	Fredericton	2 500 \$	Âgée de 42 ans, problèmes financiers, 3 enfants au foyer	4 mois de prison, un an de probation
<i>R. c. Budden</i> (Juge McNally)	2015 NBBR 98	Moncton	7 445,05 \$	fraude, vol, faux et emploi d'un document contrefait, aucune circonstance exceptionnelle	6 mois de prison, ordonnance de restitution de 7 545 \$
Martin-Schedler (NBCP, juge en chef adjoint Richards) (inédite)	2015	Fredericton	40 000 \$	Les problèmes affectifs, la dépression, une enfance maltraitée ne constituent pas des « circonstances exceptionnelles »	un an de prison
<i>R. c. Ing</i> (NBCP, le juge en chef Arseneault) (inédite)	2015	Moncton	Environ 75 000 \$	Entre juillet 2011 et juin 2012 Âgé de 26 ans Délinquant primaire Plaidoyer de culpabilité	9 mois de prison, suramende compensatoire de 200 \$

[28] Il est intéressant de constater que la même démarche en matière de détermination de la peine pour sanctionner des détournements dans le contexte d'un emploi semble enracinée en Angleterre. L'incursion « papillonnante » suivante dans la jurisprudence anglaise confirme cette situation.

[29] Dans *R. c. Sharpe*, [2000] All ER (D) 795, l'accusé avait plaidé coupable à une accusation de fraude à l'endroit de son employeur. L'accusé effectuait du travail de consultant pour des clients de son employeur en dehors de ses fonctions normales (en violation de son contrat de travail), et facturait ensuite le travail en question à son employeur par l'entremise d'une société d'experts-conseils fictive dont on a découvert que l'unique administratrice était l'épouse de l'accusé. Le juge chargé de la détermination de la peine a constaté l'abus de confiance commis par l'accusé et l'a

condamné à neuf mois de prison pour chacun des chefs d'accusation, les peines devant être purgées concurremment. L'accusé a interjeté appel en invoquant le fait que la peine était fondamentalement erronée et manifestement excessive compte tenu des circonstances atténuantes que constituaient son plaidoyer de culpabilité et la bonne moralité dont il avait fait preuve auparavant. En appel, la Cour a effectivement repris la démarche canadienne, notant qu'à moins de « circonstances exceptionnelles », une peine d'emprisonnement immédiate s'imposait. La Cour a invoqué la tromperie longue et délibérée à laquelle avait recouru l'accusé et conclu que le fait que son employeur n'avait essuyé aucune perte n'était pas pertinent. La Cour a conclu que la peine infligée n'était ni fondamentalement erronée, ni manifestement excessive.

[30] Dans *R. c. Austin*, [2001] EWCA Crim 1972, l'accusée était une femme âgée de 31 ans qui avait reconnu avoir falsifié 153 chèques d'entreprise sur une période de deux ans et neuf mois, pour un total de 34 000 £. Une fois arrêtée, elle avait fait des [TRADUCTION] « aveux complets et francs ». Elle avait par la suite plaidé coupable à 13 chefs de vol et demandé que 140 autres infractions soient prises en considération. Il avait été révélé qu'elle souffrait d'une insécurité psychologique qui l'amenait à effectuer des achats à crédit de manière obsessionnelle et que, de ce fait, elle avait des dettes élevées. Toutefois, l'argent volé avait été utilisé pour effectuer d'autres achats de ce type, et non pour rembourser ses dettes. Elle avait été condamnée à une peine d'incarcération de 15 mois. En appel, l'accusée a demandé à la Cour de surseoir au prononcé de la peine d'emprisonnement au motif qu'elle avait fait preuve jusque-là d'une bonne moralité et était le seul membre non handicapé de sa famille et la seule fournisseuse de soins pour son époux et son fils. La Cour a invoqué [TRADUCTION] « l'ampleur et la durée des infractions commises par la défenderesse et le fait que, de façon générale, les sommes obtenues malhonnêtement n'avaient pas été affectées à la réduction de ses dettes ». Elle a conclu que, dans les circonstances, l'emprisonnement avec sursis n'était pas possible et que la durée de la peine infligée n'était pas déraisonnable. Cependant, la Cour a estimé que, compte tenu de sa situation particulière, il était dans l'intérêt public de remettre la défenderesse en liberté. La peine a donc été ramenée à neuf mois de prison pour qu'elle soit immédiatement remise en liberté.

[31] Dans *R. c. Lamb*, [2004] EWCA Crim 1492, [2002] All ER (D) 292 (Jun), l'accusée, qui était âgée de 41 ans, occupait un poste de directrice de succursale dans une agence de voyages. Elle avait volé 23 000 £ à son employeur et plaidé coupable à une accusation de vol. Au moment du prononcé de la peine, le juge avait noté qu'elle était jusque-là de bonne moralité, était mariée et avait trois enfants à charge, dont un avait besoin de soins spéciaux, avant de la condamner à 15 mois de prison. En appel, l'accusée avait fait valoir que la peine était [TRADUCTION] « manifestement excessive dans les circonstances ». La Cour a fait observer qu'en raison du type d'infraction, une peine d'emprisonnement était inévitable. Elle a toutefois convenu que la durée de l'incarcération était manifestement excessive. Après avoir pris en considération l'arrêt *R. c. Mills*, [2002] All ER (D) 24 (Jan), la Cour a ramené la peine à six mois de prison.

[32] Dans *R. c. Nield*, [2005] EWCA Crim 472, l'accusée était chargée de manipuler des espèces par son employeur pour lequel elle travaillait depuis neuf ans. Elle avait reconnu avoir volé 12 000 £ à son employeur sur une période de 15 mois et avait plaidé coupable à une accusation de vol. Le juge chargé de la détermination de la peine l'avait condamnée à 12 mois d'incarcération. En appel, la Cour a tenu compte du fait qu'elle était jusque-là de bonne moralité et qu'un rapport psychiatrique indiquait qu'elle présentait un risque élevé d'automutilation et qu'elle avait fait plusieurs tentatives de suicide. Après avoir pris en considération l'arrêt *R. c. Kefford*, [2002] 2 Cr App Rep (S) 495, [2002] All ER (D) 37 (Mar), la Cour a ramené la peine à six mois d'emprisonnement.

[33] Dans *R. c. Worthington*, [2006] All ER (D) 49 (Aug), l'accusée avait démissionné de son poste de commis aux comptes lorsque son employeur lui avait demandé d'expliquer la présence d'anomalies dans ses comptes d'affaires. Une enquête avait permis de découvrir que des signatures avaient été contrefaites sur 56 chèques dont la valeur totale était légèrement inférieure à 40 000 £. L'accusée a plaidé coupable à dix chefs d'accusation de vol. Le rapport présentiel avait révélé que l'accusée était enceinte de son troisième enfant et souffrait d'épilepsie et de dépression. Malgré sa situation personnelle, le juge du procès avait conclu que seule une peine

d'emprisonnement immédiate de 12 mois était appropriée. Sa situation personnelle avait été prise en considération en ce sens qu'elle avait été condamnée à une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure à celle qui lui aurait normalement été infligée. L'appel interjeté par l'accusée a été rejeté. La Cour d'appel a convenu qu'une peine d'emprisonnement de 12 mois était appropriée.

[34] Dans *R. c. Johnson*, [2007] All ER (D) 283 (Mar), [2006] EWCA Crim 3023, l'accusé était un employé des postes âgé de 24 ans. Ses employeurs avaient remarqué qu'un certain nombre d'envois postaux avaient disparu et ils avaient exercé la surveillance de ses activités. Par la suite, il avait été rapidement arrêté et une perquisition à son domicile avait permis de trouver trois cartes de crédit volées et deux envois [TRADUCTION] « bidon » que les enquêteurs de son employeur avaient expédiés la veille dans le contexte de l'enquête. Initialement, l'accusé avait nié tout vol et prétendu qu'il avait oublié de livrer les envois et projetait de les détruire afin de ne pas être congédié pour avoir retardé la livraison du courrier. L'accusé n'avait pas de casier judiciaire. Il avait fini par plaider coupable et avait déclaré à l'agent de probation qu'il éprouvait des difficultés personnelles, financières et affectives lorsqu'il avait commis l'infraction. À l'issue du procès, il avait été déclaré coupable et condamné à une peine d'emprisonnement de 15 mois. En appel, il avait demandé à la Cour de réduire la peine compte tenu de son plaidoyer, de sa bonne moralité, des pressions dont il était l'objet à l'époque où il avait commis l'infraction et de l'absence de tout gain financier effectif. La Cour a déclaré que, dans les circonstances, seule une peine d'emprisonnement était appropriée. Toutefois, compte tenu des circonstances atténuantes et du fait que le ministère public avait présenté sa preuve en se fondant sur des faits très restreints, la peine a été ramenée à neuf mois d'emprisonnement.

[35] Comme on peut facilement le constater, ces affaires mettent également en lumière la démarche que les tribunaux anglais ont adoptée sur la question du caractère exceptionnel. Nous allons aborder cette question un peu plus loin. Toutefois, avant de le faire, nous jugeons important de souligner les limites de l'applicabilité de la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance.

(2) Portée de la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance

[36] Il est universellement accepté que la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance s'applique aux vols ou aux fraudes à grande échelle (voir *R. c. Dobis*, [2002] O.J. No. 646 (C.A.) (QL), *R. c. Clarke*, [2004] O.J. No. 3438 (C.A.) (QL), au par. 17, et *R. c. Johnson*, 2010 ABCA 392, [2010] A.J. No. 1445 (QL)). Il existe par ailleurs un appui important à l'application de la ligne directrice dans les cas où la valeur de ce qui fait l'objet de l'infraction est relativement modeste, mais où les vols ou les fraudes sont [TRADUCTION] « répétés » au cours d'une importante période (*R. c. Zentner*, 2012 ABCA 332, [2012] A.J. No. 1179 (QL), au par. 25); ont eu lieu « à plusieurs reprises [...] sur une période considérable » (*Chaulk*, aux par. 4 et 8); ont été « systématiquement perpétrés sur une certaine période » (*Steeves* (2005), au par. 9); ou sont [TRADUCTION] « systématiques » (*R. c. McKinnon*, 2005 ABCA 8, [2005] A.J. No. 12 (QL), aux par. 59 à 63). Des personnes raisonnables pourraient diverger d'opinion en ce qui concerne la combinaison du montant et de la fréquence qui, lorsqu'on l'examine dans son contexte, déclenche l'application de la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance. Autrement dit, cette détermination dépend largement des faits de l'affaire en cause, et sa révision en appel doit se faire au moyen de l'application d'une norme appelant la déférence.

[37] De plus, la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance ne s'applique pas simplement aux cas de vols par des employés. Pour que la ligne directrice entre en jeu, il faut que l'employé ait commis un abus de confiance (à l'endroit de son employeur) en commettant l'infraction. Cet aspect élémentaire mais important a été souligné par le juge d'appel Richard, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Veno c. R.*, 2012 NBCA 15, 384 R.N.-B. (2^e) 126, aux par. 13 à 16 :

Il existe de nombreux précédents à l'appui de la proposition qui veut que le vol perpétré par une personne à qui l'on a confié de l'argent dans le cadre de son emploi constitue un abus de la confiance de la victime. En fait, des circonstances de ce genre sont présentes dans la plupart des

cas de vol où le ss-al. 718.2a)(iii) a été appliqué. C'était la situation qui existait dans l'affaire *Steeves et Connors* et l'affaire connexe, *R. c. Chaulk*, 2005 NBCA 86, 287 R.N.-B. (2^e) 375, et c'est la situation qui existait dans la plupart des décisions publiées (voir par exemple les arrêts *R. c. McKinnon*, 2005 ABCA 8, [2005] A.J. No. 12 (QL) (détournement de fonds par une aide-comptable); *R. c. Holmes*, 1999 ABCA 228, [1999] A.J. No. 862 (QL) (une directrice de banque qui avait volé de l'argent dans des comptes); *R. c. Dubreuil*, [1992] J.Q. n° 1081 (C.A.) (QL) (une employée de banque qui avait détourné des fonds); *R. c. Reid*, 2004 YKCA 4, [2004] Y.J. No. 3 (QL) (une caissière qui avait volé son employeur); *R. c. Pierce*, [1997] O.J. No. 715 (C.A.) (une contrôleuse de gestion qui avait volé son employeur); *R. c. Dobis*, [2002] O.J. No. 646 (C.A.) (fraude commise par un directeur de la comptabilité); *R. c. Clarke*, [2004] O.J. No. 3438 (C.A.) (préposé au service de soutien téléphonique d'une banque qui avait volé de l'argent dans des comptes); et *R. v. Bowes (J.M.)* (1994), 155 R.N.-B. (2^e) 321, [1994] A.N.-B. n° 472 (C.A.) (QL) (un avocat qui avait volé des fonds en fiducie)). Toutefois, la présente instance est différente. M. Veno n'a pas volé de l'argent qui lui avait été confié dans le cadre de son emploi. Il s'est servi de renseignements obtenus du fait de son emploi et, ce qui est tout aussi important, du fait de son amitié avec son employeur, pour repérer l'objet de son crime et trouver les moyens qui lui permettraient de commettre ce crime.

Je souligne qu'à titre de circonstance aggravante conformément au ss-al. 718.2a)(iii), l'«abus de la confiance de la victime» n'est pas limité aux affaires ressortissant au vol. Il y a d'autres infractions, notamment des agressions sexuelles, auxquelles le ss-al. 718.2a)(iii) a été appliqué. On pourrait certainement avancer de façon crédible que M. Veno a abusé de la confiance que son employeur et ami lui avait accordée lorsqu'il l'avait engagé et lui avait donné la possibilité d'apprendre où il gardait l'argent et comment accéder à la maison. Pour ce qui concerne les cas de vol, toutefois, notre Cour a rejeté un argument du même ordre dans l'arrêt *Adler*.

Dans l'affaire *Adler*, une auxiliaire familiale qu'un couple âgé avait engagée, par l'intermédiaire de la Croix-Rouge, avait « habilement gagné [la] confiance » du couple et avait réussi à avoir accès à sa carte de débit bancaire et à son numéro d'identification personnel, après quoi elle avait

« entrepris de dégarnir le compte dans lequel le couple avait déposé toutes ses économies, soit 27 890 \$ » et avait ensuite contrefait « trois chèques pour un total de 1 650 \$ » (par. 2). Après s'être reconnue coupable de ses crimes, M^{me} Adler avait été condamnée à purger une peine d'emprisonnement de huit mois avec sursis. En appel, notre Cour a modifié la peine et en a fait une incarcération de huit mois. Ce faisant, la Cour a dit ceci :

En l'espèce, l'abus de confiance ne constitue pas une circonstance aggravante. La Couronne a prétendu qu'il y avait eu abus de confiance, non pas au sens juridique du terme, mais plutôt au sens reconnu en droit par lequel les victimes ont confié leurs finances à M^{me} Adler pour leur avantage. L'accusée avait été embauchée pour s'occuper des besoins physiques du couple âgé à titre d'auxiliaire familiale et non pas à titre fiduciaire. Elle est simplement une voleuse. Si elle avait été dans une situation de confiance ou d'autorité et qu'elle eût abusé de cette situation, une circonstance aggravante, nous considérerions alors qu'une peine de huit mois ne serait pas dans les circonstances proportionnelle à la gravité de l'infraction ni au degré de responsabilité de M^{me} Adler, comme le prévoit l'article 718.1. L'appel à l'égard de la peine est accueilli. [Par. 11]

Je conclus que l'arrêt *Adler* ne saurait être écarté en l'espèce et j'estime que le juge de la Cour provinciale était tenu de l'appliquer. Le juge a simplement dit qu'il pouvait être écarté parce que M. Veno travaillait pour la victime et avait appris l'existence des sommes en question dans le cadre de son emploi. Toutefois, M^{me} Adler travaillait pour le couple âgé qu'elle avait escroqué et c'est dans le cadre de cet emploi qu'elle avait appris l'existence du compte en banque du couple et comment y avoir accès. Les deux affaires n'ont tout simplement pas de caractéristiques différentes importantes. L'arrêt *Adler* a établi les règles de droit qui régissent l'application du ss-al. 718.2a(iii) aux instances ressortissant au vol dans notre province et l'omission de l'appliquer constitue une erreur de droit. [par. 13 à 16]

[38] En outre, il n'a jamais été envisagé que la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance s'appliquerait aux infractions punissables sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. On peut compter sur

le Procureur général, en sa qualité de gardien de l'intérêt public dans les instances criminelles, pour prendre des mesures appropriées lorsqu'il s'acquitte de cette responsabilité critique. Par conséquent, c'est à bon droit que les tribunaux peuvent s'en remettre à l'évaluation que l'avocat du ministère public a faite du contexte, tant général que particulier à l'affaire en cause, et à son bon jugement en ce qui concerne la ligne de conduite qui servira le mieux l'intérêt public. Ainsi, lorsqu'il est décidé de procéder par voie de déclaration de culpabilité par procédure sommaire dans une affaire de vol ou de fraude par un employé occupant un poste de confiance, la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance ne s'applique pas (voir, à titre d'exemple, l'affaire *R. c. MacLean*, 2006 NBCP 3, 298 R.N.-B. (2^e) 378, motifs du juge Ferguson).

[39] De plus, dans les procédures par voie de mise en accusation, l'avocat du ministère public peut prendre des mesures qui ont effectivement pour conséquence de retirer du processus de détermination de la peine l'obligation d'imposer une peine d'emprisonnement que prévoit la ligne directrice. C'est manifestement le cas lorsque l'avocat du ministère public recommande l'infliction d'une peine non assortie d'une peine d'emprisonnement, comme une peine d'emprisonnement avec sursis, ce qui s'est produit devant notre Cour dans les arrêts *Steeves* (2005) et *Chaulk*, dans *R. c. Carmichael*, 2008 NBBR 369, [2008] A.N.-B. n° 434 (QL) et dans *R. c. Nguyen*, 2011 ABCA 300, [2011] A.J. No. 1071 (QL). C'est également le cas lorsque l'avocat du ministère public admet qu'il existe des « circonstances exceptionnelles » (voir *R. c. Langille*, 2006 NBBR 375, 307 R.N.-B. (2^e) 7).

[40] Une dernière observation sans doute superflue : l'inapplicabilité de la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance ne signifie pas nécessairement que le délinquant évitera la prison. Dans l'affaire *Veno*, une peine d'emprisonnement a été infligée alors même que l'employé n'avait pas commis un abus de confiance en volant son employeur.

[41] En l'espèce, le ministère public a choisi de procéder par voie de mise en accusation au titre du sous-alinéa 380(1)b)(i). Qui plus est, lors de l'audience de

détermination de la peine, l'avocate du ministère public a fait valoir qu'il n'existait pas de « circonstances exceptionnelles » et elle a demandé instamment au juge de condamner l'appelante à six mois de prison. Manifestement, l'avocate du ministère public préconisait l'application de la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance, et on ne peut le lui reprocher.

[42] Après tout, même si l'avantage financier que l'appelante a retiré des détournements en cause était relativement modeste, ils se sont répétés sur une longue période. Après chaque fraude commise, l'appelante avait la possibilité de réfléchir à ses actes, de les reconsidérer, d'y mettre fin et de rectifier la situation. Pourtant, elle a choisi de poursuivre ses activités criminelles afin de mener un train de vie auquel elle ne pouvait prétendre par des moyens légaux. De plus, lorsqu'on lui a demandé de s'expliquer au sujet des crimes qu'elle avait commis, l'appelante n'a pas offert de rembourser rapidement son employeur ni de s'engager à le faire au moyen de versements échelonnés.

[43] Dans son mémoire en appel, l'appelante reconnaît à bon droit qu'en commettant les 12 détournements visés dans l'acte d'accusation, elle a abusé de la confiance de son employeur. Elle admet également de façon implicite, sinon explicite – encore une fois à bon droit selon nous – que la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance s'applique. L'essence de sa cause en appel est l'affirmation que le juge chargé de la détermination de la peine a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en omettant de constater l'existence de « circonstances exceptionnelles » et en imposant une [TRADUCTION] « peine manifestement excessive ». Selon la thèse de l'appelante, une peine non privative de liberté aurait dû être infligée. Subsidiairement, elle fait valoir qu'au pire, une courte peine d'emprisonnement aurait été justifiée. À cet égard, l'appelante invoque l'affaire *Hogan* dans laquelle le juge Mitchell a imposé une peine d'emprisonnement de 90 jours pour sanctionner une fraude commise par un employé qui occupait un poste de confiance et a accepté d'entendre les parties sur la question de savoir si cette peine devrait être purgée de façon discontinue.

B. « *Circonstances exceptionnelles* »

(1) Observations générales

[44] Les parties ont demandé instamment à la Cour de définir de façon précise quelles sont les circonstances qui rendent une affaire exceptionnelle pour les besoins de la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance. Nous sommes respectueusement d'avis qu'il ne serait pas sage de préciser de manière rigide les contours de l'expression « circonstances exceptionnelles ». La notion de caractère exceptionnel est quelque peu élastique par nature. La conjugaison de certaines circonstances peut rendre une affaire donnée exceptionnelle sans que ce soit le cas dans une autre. Prenons l'exemple de la restitution. Lorsque la restitution oblige un délinquant aux moyens modestes à consentir des sacrifices particulièrement lourds, elle peut, s'il existe d'autres circonstances contraignantes, justifier que le tribunal conclue à la présence de circonstances exceptionnelles. Toutefois, le simple remboursement des fonds détournés ne saurait, à lui seul, faire pencher la balance.

[45] Comme nous l'avons dit précédemment, le juge chargé de déterminer la peine a conclu que l'affaire dont nous sommes saisis n'avait rien d'exceptionnel. Il est parvenu à cette conclusion après avoir examiné la prétention de l'appelante selon laquelle les circonstances suivantes, prises ensemble, satisfaisaient au critère du caractère exceptionnel :

- a) elle est une délinquante primaire;
- b) son dossier montre qu'il s'agit d'une personne travailleuse;
- c) elle a avoué sa culpabilité à son employeur lorsqu'on l'a sommée de s'expliquer;
- d) elle a inscrit un plaidoyer de culpabilité à la première occasion;
- e) elle a exprimé des remords pour ses actes;
- f) à l'époque de l'infraction, elle faisait face à d'importantes difficultés financières;
- g) à l'époque de l'infraction, elle était enceinte de huit mois et n'était pas sûre d'être admissible à des

prestations de maternité, et c'était le besoin plutôt que la cupidité qui expliquait son acte criminel;

- h) elle souffrait d'anorexie mentale et de boulimie depuis l'âge de douze ou treize ans;
- i) elle est la pourvoyeuse principale de soins pour son enfant qui était âgée de onze mois au moment du prononcé de la sentence.

[46] L'appelante affirme que le juge qui a prononcé la sentence a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en ne se rendant pas compte que l'effet cumulatif de ces circonstances rendait son cas exceptionnel. En toute déférence, nous ne sommes pas de cet avis pour les raisons suivantes.

[47] Toute conclusion sur la question de l'existence de circonstances exceptionnelles doit être respectée en appel à moins qu'elle ne soit déraisonnable ou le produit d'une erreur de droit, de principe ou de fait. Par exemple, et cela constitue une mise en garde formelle aux juges chargés de la détermination de la peine, c'est commettre une erreur de principe justifiant l'infirmité de leur décision que de [TRADUCTION] « qualifier ce qui est ordinaire d'exceptionnel » : *R. c. Zenari*, 2012 ABCA 279, [2012] A.J. No. 968 (QL), au par. 8, et *R. c. Douglas*, 2014 ABCA 113, [2014] A.J. No. 312 (QL), aux par. 14 et 16. Selon nous, le juge qui a déterminé la peine en l'espèce aurait commis une telle erreur s'il était arrivé à la conclusion que l'affaire était exceptionnelle. Pour résumer, il s'agit d'une affaire ordinaire mettant en cause une délinquante primaire relativement mûre qui : (1) vivait au-dessus de ses moyens et a choisi de combler l'écart en fraudant son employeur et, ce faisant, a commis un abus de confiance; et (2) a exprimé du remords sans pourtant offrir de rembourser, que ce soit immédiatement ou par versements échelonnés.

[48] Au paragraphe 1 de l'affaire *Steeves* (2005), la Cour a observé qu'une conclusion quant à l'existence de circonstances exceptionnelles résisterait à un examen rigoureux en appel si elle était fondée sur des circonstances atténuant considérablement la gravité de la conduite répréhensible du délinquant. Les éléments suivants susceptibles de déclencher une telle conclusion viennent à l'esprit : 1) une maladie mentale ayant un lien avec l'infraction qui, bien que grave, ne satisfait pas au critère permettant d'opposer une

défense d'aliénation mentale; 2) une coercition de nature grave, habituellement exercée par un époux ou un conjoint de fait, qui ne réunit cependant pas l'ensemble des conditions nécessaires pour invoquer la défense de contrainte; et 3) du moins en théorie, un comportement criminel provoqué par le besoin de se procurer ou de fournir les nécessités de la vie dans des circonstances qui ne satisfont pas au critère préliminaire exigé pour invoquer la défense de nécessité (voir *R. c. Burnley-Jones*, 2006 ONCJ 160, [2006] O.J. No. 1861 (QL), motifs du juge R.E.W. Carr). Il va sans dire que la liste ne se veut pas exhaustive. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence en la matière montre clairement que les circonstances sur lesquelles se fonde l'appelante pour plaider l'existence de circonstances exceptionnelles sont insuffisantes.

[49] À cet égard, les observations que la Cour a faites dans l'arrêt *Chaulk* valent la peine d'être répétées, ne serait-ce qu'aux fins d'effectuer un raisonnement par analogie :

Le jour mentionné dans la dénonciation, soit le 16 juillet 2004, M. Chaulk travaillait comme employé saisonnier au rayon du jardinage du supermarché Atlantic Superstore, à Riverview, au Nouveau-Brunswick. Il occupait ce poste depuis avril 2004. M. Chaulk a fait l'objet d'une surveillance lorsque des cadres ont remarqué que de l'argent avait disparu pendant ses quarts de travail. Le 16 juillet 2004, il a été vu en train de voler 200 \$. Une fois mis en présence des faits, M. Chaulk a non seulement avoué ce crime mais a aussi confessé avoir volé à plusieurs reprises des sommes qui lui avaient été confiées, soit 4 210 \$ au total, au cours des trois mois précédents. Ces autres sommes ont été retrouvées à son domicile.

M. Chaulk a été accusé d'avoir commis l'acte criminel de vol (sous-alinéa 334*b*(i) du *Code criminel*). Il était âgé de vingt ans à l'époque et il n'avait pas de casier judiciaire. Lors de sa troisième comparution devant un juge de la Cour provinciale, il a inscrit un plaidoyer de culpabilité. M. Chaulk a admis que la cupidité était l'unique motif des vols, a reconnu la gravité de son crime et a présenté ses excuses devant la Cour, en audience publique. Le juge de la Cour provinciale lui a accordé l'absolution sous condition sous réserve d'une période de probation de douze mois

accompagnée de certaines conditions, notamment celle voulant qu'il accomplisse soixante-dix heures de travail communautaire. Le juge a fait allusion aux principes directeurs de la détermination de la peine que nous avons mentionnés ci-dessus, mais a conclu que la jeunesse de M. Chaulk, le fait qu'il fallait éviter de lui imposer un casier judiciaire et [TRADUCTION] l'« honnêteté » dont celui-ci avait fait preuve en confessant avoir volé beaucoup plus que la somme dérobée (200 \$) le 16 juillet 2004 constituaient des [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles ».

En toute déférence, les conséquences d'une condamnation au criminel sur un jeune contrevenant ne constituent pas, en soi, des [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles » justifiant une dérogation à la règle générale mentionnée au paragraphe 3 des présents motifs. Rien ne prouve qu'un casier judiciaire entraînera des conséquences particulièrement pénibles pour M. Chaulk. Si l'incidence d'un casier judiciaire constituait, sans plus, une [TRADUCTION] « circonstance exceptionnelle », l'exception deviendrait la règle dans le cas de tous les délinquants primaires et c'est en vain que l'on chercherait à faire œuvre de dissuasion générale. Les affaires *R. c. Little* (1981), 34 R.N.-B. (2^e) 503 (C.A.), *R. c. Roy-Richard (M.)* (1992), 129 R.N.-B. (2^e) 296 (C.A.) et *R. c. Dickinson (D.T.)* (1996), 173 R.N.-B. (2^e) 296 (C.A.) sont toutes des instances dans le cadre desquelles des délinquants primaires ont été condamnés à des peines d'emprisonnement pour des infractions consistant à avoir abusé de la confiance de leur employeur. Le principe général a été réitéré dans l'arrêt *R. c. McNamara (J.)* (1992), 126 R.N.-B. (2^e) 298 (C.A.), et notre Cour a expressément conclu que, même dans le cas d'une jeune contrevenante qui avait remboursé complètement les sommes volées et dont le rapport présentiel était très favorable, l'absolution sous condition ainsi que les services bénévoles n'étaient pas une peine convenable pour avoir volé 4 126,01 \$ à son employeur.

De plus, nous estimons que le mot [TRADUCTION] « honnêteté » n'est pas, tant s'en faut, celui qui convient pour qualifier la conduite d'une personne qui, pendant qu'elle occupe un poste de confiance, a systématiquement volé son employeur, pendant une période de trois mois, à la seule fin de satisfaire sa cupidité. Des aveux complets, une

collaboration utile avec les autorités et la remise des biens volés militent en faveur d'une certaine clémence mais ils ne devraient pas, sans plus, donner lieu à une peine qui ne comporte aucun emprisonnement en milieu carcéral.

Les tribunaux n'ont pas essayé, et cela n'a rien d'étonnant, de définir quels éléments ou caractéristiques constituent des [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles » justifiant une sanction autre que l'incarcération. On peut toutefois affirmer sans crainte de se tromper que ces éléments se rapportent habituellement aux facteurs qui tendent à atténuer la culpabilité ou la gravité apparente de l'infraction imputée et que, plus souvent qu'autrement, ils ont à voir avec le motif qui a amené le contrevenant à commettre l'infraction. Une conclusion de [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles » a rarement été tirée, si tant est qu'elle l'ait été, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le contrevenant est uniquement motivé par la cupidité et lorsque la malhonnêteté et l'abus de confiance s'étendent sur une période considérable. Voir en général les arrêts *R. c. John (R.C.)* (1995), 162 A.R. 238 (C.A.), et *R. c. McIvor (C.M.)* (1996), 181 A.R. 397 (C.A.). Le dossier ne révèle aucune circonstance qui, compte tenu de la jurisprudence pertinente, serait susceptible de justifier une sanction autre que l'incarcération. [par. 4 à 8]

[50] La façon historiquement étroite dont notre Cour a abordé la question du caractère exceptionnel est semblable à celle de la Cour d'appel de l'Alberta, notamment dans les arrêts *R. c. Miles*, 2011 ABCA 133, [2011] A.J. No. 455 (QL), au par. 32; *Zenari*, au par. 8; *R. c. Magas*, 2012 ABCA 61, 2012 A.J. No. 182 (QL), au par. 11; et *Nguyen*.

(2) Détournements dans le but de soutenir un train de vie et de subvenir aux besoins de membres de sa famille

[51] Cela devrait aller de soi mais, apparemment, un rappel s'impose : la suggestion selon laquelle une cause pourrait être exceptionnelle au motif que les actes criminels en cause ont été provoqués par des [TRADUCTION] « besoins » liés au mode

de vie frise le ridicule. Le fait qu'elle ne trouve aucun écho dans la jurisprudence n'a rien de surprenant.

[52] Dans l'arrêt *R. c. Ross* (1985), 61 R.N.-B. (2^e) 65, [1985] A.N.-B. n^o 145 (C.A.) (QL), une caissière âgée de 53 ans dont le casier judiciaire était vierge a détourné une importante somme d'argent sur une période de plusieurs années. Elle l'a fait, du moins en partie, pour procurer à ses enfants adultes les ressources financières dont ils avaient [TRADUCTION] « besoin ». La Cour est intervenue et a remplacé une peine avec sursis par une peine d'emprisonnement de 12 mois.

[53] Dans l'arrêt *Zenari*, la Cour a rejeté la notion qu'une cause pourrait être considérée comme exceptionnelle au motif que les détournements avaient servi à financer le mode de vie de membres de la famille du délinquant. La Cour a exprimé les opinions suivantes, auxquelles nous souscrivons sans réserve :

[TRADUCTION]

Les conséquences d'une déclaration de culpabilité pour fraude d'une personne qui, jusque-là, était apparemment de bonne moralité sont souvent les mêmes : perte de réputation; perte de son emploi; honte; ruine; perte de sa maison; répercussions négatives pour sa famille; lettres d'amis et de membres de sa famille exprimant leur surprise mais l'assurant de leur soutien; préoccupations au sujet de la question de savoir qui subviendra aux besoins de la famille pendant que l'accusé sera incarcéré, etc. Ce sont là des caractéristiques communes à un grand nombre des autres décisions inédites, et on ne peut pas les considérer comme exceptionnelles. [par. 8]

La Cour a admis qu'il existait des circonstances atténuantes, notamment les aveux du délinquant et le fait qu'il avait plaidé coupable sans tarder et exprimé des remords, mais elle a conclu que l'affaire n'avait rien d'exceptionnel. En fin de compte, la peine d'emprisonnement avec sursis infligée en première instance a été remplacée par une peine d'incarcération.

[54] Dans l'arrêt *Magas*, la délinquante avait allégué qu'elle avait volé son employeur pour apporter un soutien financier à sa fille. La Cour est arrivée à la

conclusion que le juge qui avait déterminé la peine avait conclu à bon droit à l'absence de circonstances exceptionnelles. Les circonstances atténuantes qui avaient été acceptées étaient notamment les suivantes :

[TRADUCTION]

[L]'appelante éprouvait des remords; elle avait plaidé coupable; elle avait fait à la police une déclaration dans laquelle elle avait accepté sa responsabilité et reconnu son acte criminel; elle avait fait preuve de collaboration; le rapport présentenciel était généralement positif; elle n'avait pas de casier judiciaire et elle était disposée à rembourser une partie de la somme détournée. [par. 11]

Pour ce qui est des « circonstances exceptionnelles », la Cour a constaté avec approbation le rejet, par le juge qui a prononcé la sentence, de la thèse selon laquelle [TRADUCTION] « le fait que son casier judiciaire était vierge, la situation familiale de l'appelante et le mobile du détournement des fonds étaient exceptionnels » (par. 12).

[55] Dans l'arrêt *Miles*, à toutes les époques pertinentes en ce qui concerne l'accusation, la délinquante [TRADUCTION] « apportait un soutien financier à sa mère et à ses frères et sœurs ». Elle a reconnu [TRADUCTION] « un passé de dépenses inconsidérées qui l'avait notamment amenée à prendre à sa charge des dettes contractées par des membres de sa famille et à utiliser l'argent détourné pour compléter son revenu » (par. 10). La Cour a rejeté l'argument selon lequel l'affaire était [TRADUCTION] « exceptionnelle » du fait que la délinquante avait plaidé coupable, que son casier judiciaire était vierge et qu'elle remboursait une partie de l'argent. La Cour a observé qu'il est fréquent que les délinquants qui commettent un abus de confiance plaident coupables une fois que les faits sont découverts et offrent un remboursement partiel de la somme détournée. Qui plus est, la plupart des délinquants de cette espèce ont un casier judiciaire vierge étant donné que, dans la plupart des circonstances, des éléments à leur casier judiciaire les empêcheraient d'être nommés à un poste de confiance (par. 32).

[56] Dans l'arrêt *Nguyen*, le délinquant était un technicien en pharmacie de 26 ans qui, sur une période de huit mois, avait volé la somme totale de 8 938,15 \$ à la

pharmacie dans laquelle il travaillait. Lorsqu'on l'avait mis en présence de la preuve de ses méfaits, il avait fait des aveux complets et produit un agenda dans lequel étaient notés les dates et les montants des détournements. Il avait plaidé coupable, offert une restitution complète et informé le juge chargé de la détermination de la peine qu'il avait détourné l'argent pour contribuer au soutien de sa mère et de ses deux jeunes frères. Son casier judiciaire était vierge. Le juge qui a prononcé la sentence a ordonné une absolution conditionnelle. Lors du procès, et de nouveau en appel, le ministère public a demandé une peine d'emprisonnement de 12 mois avec sursis. La Cour d'appel a conclu que l'affaire en cause n'avait rien d'« exceptionnel ». Elle a remarqué que de nombreux délinquants ont besoin d'argent pour leur famille et déclarent qu'ils ont l'intention de rembourser l'argent volé. La Cour n'a trouvé aucun précédent permettant de fonder une absolution dans ces circonstances et elle a imposé une peine d'emprisonnement avec sursis, comme le demandait le ministère public.

[57] L'allégation de l'appelante selon laquelle elle [TRADUCTION] « a commis le crime par besoin plutôt que par cupidité » n'est pas étayée par la preuve. Quoiqu'il en soit, le « besoin » en question ne peut élever sa cause au niveau d'une affaire [TRADUCTION] « exceptionnelle ».

(3) Problèmes de santé

[58] Une affaire peut être considérée comme [TRADUCTION] « exceptionnelle » lorsqu'il existe, parmi les circonstances atténuantes, une preuve que le délinquant souffre d'une maladie mentale. À cet égard, nous partageons l'opinion que le juge d'appel Green (tel était alors son titre) a exprimée dans l'arrêt *R. c. Peters*, 2000 NFCA 55, [2000] N.J. No. 287 (QL) :

[TRADUCTION]

La dissuasion et la sanction ont moins d'importance dans les cas de délinquants atteints d'une maladie mentale. Voir *R. c. Hynes* (1991), 89 Nfld & P.E.I.R. 316 (C.A.T.-N.). Dans l'arrêt *R. c. Robinson* (1974), 19 C.C.C. (2d) 193 (C.A. Ont.) la Cour a souligné que, dans les cas où des délinquants commettent des crimes alors qu'ils sont coupés

des réalités en raison d'une maladie mentale, la dissuasion spécifique ne signifie rien pour eux. Par ailleurs, il y a peu de chances d'accomplir la dissuasion générale étant donné que les gens souffrant de maladie mentale qui contribuent à la perpétration d'un crime sont rarement dissuadés par les sanctions qui sont imposées à d'autres personnes. De plus, une sanction sévère est moins appropriée dans les cas de personnes atteintes de telle maladie étant donné qu'elle serait hors de proportion avec le degré de responsabilité du délinquant. La moindre importance accordée à la sanction et à la dissuasion dans de telles circonstances cadre bien avec le principe de la proportionnalité énoncé à l'art. 718.1 du *Code criminel*. [par. 18]

Voir également l'arrêt *R. c. Edmunds*, 2012 NLCA 26, [2012] N.J. No. 177 (QL), aux par. 21 à 23, motifs du juge d'appel C.W. White, au nom de la Cour.

[59] Dans l'arrêt *R. c. Fraser*, 2007 ABCA 386, [2007] A.J. No. 1528 (QL), le juge d'appel Watson, qui a rendu la décision au nom de la Cour, a convenu que la maladie mentale dont la délinquante était atteinte depuis des années était au nombre des [TRADUCTION] « faits inhabituels » permettant de conclure à l'existence des [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles » nécessaires. Le vol commis par la délinquante, qui occupait un poste de confiance, était directement lié à la maladie, elle avait intégralement remboursé l'argent détourné et le ministère public avait attendu quatre ans avant de l'inculper. Ce retard avait été très préjudiciable à la situation personnelle de la délinquante en ce sens qu'il avait contribué à l'échec de son mariage. Une peine d'emprisonnement avec sursis avait été ordonnée.

[60] Le dossier indique que l'appelante n'était pas atteinte de quelque maladie mentale que ce soit pendant la période visée dans l'acte d'accusation. Il suffit à cet effet de reproduire les observations suivantes tirées du rapport présentiel :

[TRADUCTION]

[Michele Murdoch] déclare qu'elle a souffert d'un trouble de l'alimentation, [TRADUCTION] « d'anorexie mentale et de boulimie, en passant continuellement de l'une à l'autre » pendant de nombreuses années depuis qu'elle était

en septième année (soit à l'âge d'environ douze ou treize ans). [M^{me} Murdoch] indique qu'elle a vu de nombreux conseillers au fil des ans et qu'elle a été hospitalisée à deux reprises en raison d'un trouble de l'alimentation au cours de sa vie : une fois à l'âge de seize ans (à l'Hôpital D^r Everett Chalmers de Fredericton), pendant trois mois, et de nouveau à l'âge de dix-huit ans (à Guelph, en Ontario), pendant trois semaines.

[M^{me} Murdoch] déclare qu'elle [TRADUCTION] « va beaucoup mieux » pour ce qui est de son trouble de l'alimentation, qu'elle maintient le poids qu'elle s'est fixé, qu'elle qualifie de [TRADUCTION] « plutôt santé » et qu'elle constate des changements positifs en ce qui concerne les symptômes et comportements liés à son trouble de l'alimentation depuis la naissance de sa fille.

[M^{me} Murdoch] indique qu'à l'heure actuelle, elle n'est pas suivie par un conseiller, qu'elle a pris [TRADUCTION] « des médicaments de temps à autre » au fil des ans et qu'elle ne prend actuellement aucun médicament sur ordonnance.

(4) Conclusion sur la question des circonstances exceptionnelles

[61] En l'espèce, les crimes n'ont rapporté qu'une somme d'argent relativement modeste, mais ils se sont répétés à de nombreuses reprises au cours d'une longue période. Comme nous l'avons déjà fait observer, après chaque détournement, l'appelante a eu la possibilité de réfléchir à ses actes, de les reconsidérer, d'y mettre fin et de rectifier la situation, mais elle a plutôt choisi de continuer à frauder son employeur afin de conserver un mode de vie qu'elle ne pouvait se permettre par des moyens légaux. La conclusion du juge qui a prononcé la sentence selon laquelle l'affaire ne présente pas de « circonstances exceptionnelles » n'est ni déraisonnable, ni la conséquence d'une erreur de droit, de principe ou de fait. Cela étant, il n'y a pas lieu de la modifier. Il s'ensuit que le juge n'a commis aucune erreur en arrivant à la conclusion qu'une peine d'emprisonnement s'imposait.

[62] Toutefois, et comme nous l'avons indiqué, le juge a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en omettant d'adapter la période d'incarcération à la situation particulière de l'appelante.

C. *Peine discontinuée*

[63] Une fois que le juge avait déterminé qu'une peine de prison s'imposait, il avait l'obligation de prendre en considération toutes les options en matière d'incarcération que prévoit le *Code criminel*. Une peine discontinuée était au nombre de ces options. Le paragraphe 732(1) est rédigé ainsi :

732. (1) Where the court imposes a sentence of imprisonment of ninety days or less on an offender convicted of an offence, whether in default of payment of a fine or otherwise, the court may, having regard to the age and character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and the availability of appropriate accommodation to ensure compliance with the sentence, order

(a) that the sentence be served intermittently at such times as are specified in the order; and

(b) that the offender comply with the conditions prescribed in a probation order when not in confinement during the period that the sentence is being served and, if the court so orders, on release from prison after completing the intermittent sentence.

732. (1) Le tribunal qui déclare le délinquant coupable d'une infraction et le condamne à un emprisonnement maximal de quatre-vingt-dix jours pour défaut de paiement d'une amende ou pour un autre motif, peut, compte tenu de l'âge et de la réputation du délinquant, de la nature de l'infraction, des circonstances dans lesquelles elle a été commise et de la disponibilité d'un établissement adéquat pour purger la peine, ordonner :

a) que la peine soit purgée de façon discontinuée aux moments prévus par l'ordonnance;

b) au délinquant de se conformer aux conditions prévues par l'ordonnance pendant toute période où il purge sa peine hors de la prison et de s'y conformer dès sa sortie de prison.

[64] Bien que les tribunaux aient fréquemment recours à cette option pour permettre aux délinquants de conserver leur emploi ou d'en obtenir un, elle peut également être utilisée [TRADUCTION] « pour permettre à un conjoint de prendre soin des enfants » : Clayton C. Ruby, *Sentencing*, 8^e éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2012). À l'occasion, une peine discontinuée répondra au besoin d'un dispositif exemplaire.

[65] L'appelante a passé 17 jours en prison avant d'être libérée sous caution en attendant l'audition de son appel. Pour l'application du paragraphe 732(1), la période d'emprisonnement maximale est de 90 jours. Compte tenu de l'ensemble des circonstances pertinentes, une peine d'emprisonnement de 73 jours purgée pendant les fins de semaine est appropriée. Elle est conforme à la ligne directrice sur la détermination de la peine sanctionnant l'abus de confiance et le volet incarcération est adapté à la situation personnelle et familiale de l'appelante. De fait, l'appelante sera en mesure de prendre soin de sa petite fille pendant la semaine de travail de son époux et ce dernier pourra s'en occuper pendant les fins de semaine.

IV. Conclusion

[66] L'intérêt public est mieux servi en insistant sur la dénonciation et la dissuasion lorsqu'il s'agit de déterminer la peine à infliger pour des vols ou des fraudes commis par des employés qui abusent ainsi de la confiance de leur employeur. À moins de « circonstances exceptionnelles », une peine appropriée pour la plupart des crimes de ce genre doit comporter une peine d'emprisonnement. Cette approche doit être appliquée même dans les cas où, comme en l'espèce, la valeur totale de ce qui a été volé est relativement modeste, mais où les détournements sous-jacents se sont produits à de nombreuses occasions sur une période de plusieurs semaines. Parfois, et la présente affaire est un de ces cas, c'est une peine discontinue qui sera plus conforme aux objectifs du prononcé des peines énoncés dans le *Code criminel*.

[67] C'est pour ces motifs, qui sont détaillés dans le texte qui précède, que nous avons accepté la recommandation conjointe des parties en matière de dispositif. Par conséquent, la peine d'emprisonnement de six mois infligée au titre des fraudes répétées que l'appelante a commises alors qu'elle occupait un poste de confiance (suivie par une période de probation non surveillée de six mois) a été commuée en une peine d'emprisonnement de 73 jours à purger de façon discontinue, l'ordonnance de probation étant modifiée en conséquence.