

ARTICLE

LES CONTOURS CIVILISTES DE LA FRAUDE CRIMINELLE : POUR UNE APPROCHE TRANSVERSALE, PARTIE 1 : ASPECTS ÉPISTÉMOLOGIQUES

par Mario NACCARATO*

L'infraction de fraude à l'article 380 C.cr. est rédigée de manière ouverte. Le défi dans l'application de cette disposition est de couvrir les nombreuses possibilités sans ratisser trop large au point de violer les principes de la légalité et de clarté au niveau des droits fondamentaux. Le présent article propose une approche qui vise à circonscrire l'infraction de fraude à l'aide de normes civiles afin de régir cette tension, au point de couvrir le plus grand éventail de possibilités tout en respectant les principes de la légalité et de clarté.

The crime of fraud, as provided for at section 380 of the Canadian Criminal Code, is drafted in an open-ended manner. The challenge inherent in the application of this provision relates to covering various situations without casting too wide a net which could potentially violate the principles of legality and clarity inherent in the respect of fundamental rights. This article proposes an approach aimed at delimiting the crime of fraud by referring to civil norms in order to set out the greatest range of possible applications while remaining within the parameters of Charter principles.

*. Avocat, docteur en droit et professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteur aimerait remercier la Fondation pour la recherche juridique pour la subvention ayant aidé à financer les recherches relatives au présent article. Cet article rend hommage à Michel Proulx, le juriste et la personne. L'auteur remercie son assistant Simon-Pierre Bernard Arevalo pour sa collaboration.

SOMMAIRE

Introduction		175
1. Objectifs du droit criminel et du droit civil		176
2. Postulats au soutien du principe d'hétéronomie		180
2.1	Postulat d'auxiliarité	181
2.2	Postulat de gravité	182
2.3	Postulat de l'unité	185
3. La malhonnêteté		186
3.1	La malhonnêteté : à la recherche d'une définition	187
3.2	Comment déterminer la malhonnêteté et à qui revient-il de le faire?	189
3.3	La malhonnêteté : question de fait ou question de droit?	190
4. Incidence du droit privé sur le principe de la légalité		192
4.1	La malhonnêteté sur le plan moral n'est sanctionnée ni sur le plan civil et a fortiori ni en droit criminel	193
4.2	L'acte licite au plan du droit civil n'est pas sanctionné pénalement	194
4.3	L'illicéité sur le plan civil ne constitue pas nécessairement une infraction criminelle à défaut de gravité	196
4.4	L'illicéité sur le plan civil combinée à une gravité avérée constituera une fraude criminelle	196
Conclusion		198

Introduction

It seems to me that there is no reason to complicate the law of theft by introducing such things into it as (...) the civil aspect of when property passes¹.

La fraude et l'infraction correspondante échappent à une définition circonscrite. Comme la fraude relève de l'imagination, une définition fermée risque de mieux permettre aux délinquants de la contourner.

En droit criminel canadien, l'article 380 du *Code criminel* prévoit trois modalités de fraude, soit le mensonge, la supercherie ou tout autre moyen dolosif. La jurisprudence a établi que chaque modalité comporte un élément dit de malhonnêteté. Or, la malhonnêteté est comprise dans le mensonge et la supercherie tandis que l'*autre moyen dolosif* est apparenté à la malhonnêteté.

La question à laquelle nous nous employons de répondre est de savoir qu'est-ce que la malhonnêteté susceptible de sanction criminelle?

Nous proposons une étude linéaire fonction d'une grille d'analyse civiliste de droit privé fondée sur le postulat d'auxiliarité du droit criminel par rapport au droit privé et du postulat de gravité voulant qu'un acte ne soit qualifié de criminel que s'il comporte un degré de gravité avéré.

Cette approche nous permettra de conclure en quelques points :

- 1) que la malhonnêteté sur le plan moral n'est sanctionnée ni sur le plan civil et *a fortiori* ni en droit criminel;
- 2) l'acte licite au plan du droit civil n'est pas sanctionné pénalement;

1. R. c. *Pratt*, (1983) 26 Sask. R. 268 (B.R.), 271, par. 11 (j. McIntyre).

3) l'illicéité sur le plan civil ne constitue pas nécessairement une infraction criminelle à défaut de gravité;

4) l'illicéité sur le plan civil combinée à une gravité avérée constituera une fraude criminelle.

Cette nouvelle approche nous permettra : 1) de construire un droit de la fraude criminelle prévisible pour le justiciable; 2) de construire une norme criminelle respectueuse du principe *nulla poena sine lege*; et 3) de respecter les normes de clarté au plan des droits fondamentaux.

Enfin, cette approche incorporant la norme civiliste nous permettra de faire de la *malhonnêteté* une question de droit uniforme quelle que soit l'infraction reprochée.

1. Objectifs du droit criminel et du droit civil

La fraude criminelle étant sanctionnée par une disposition législative ouverte, nos propos visent à examiner les contours civilistes s'il en est, de l'infraction de fraude criminelle.

Hormis une brève étude faite par le regretté Michel Proulx, anciennement juge de la Cour d'appel du Québec², cette question n'a pas fait l'objet d'une recherche universitaire approfondie en vue d'élaborer une théorie de la fraude criminelle en droit canadien. Au contraire, une étude de la professeure Anne-Marie Boisvert s'est employée à vertement critiquer le traitement fait par la Cour suprême du Canada de l'article 380 du *Code criminel canadien*³. Bref, les présents travaux (en deux phases) visent à combler en partie ce vide juridique en droit criminel canadien⁴.

2. Michel PROULX, « Le concept de la malhonnêteté de la fraude pénale », dans S.F.P.B.Q., *Droit pénal – Orientations nouvelles*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987, p. 209 et ss.

3. Anne-Marie BOISVERT, « La fraude criminelle : sommes-nous allés trop loin? », (1995) 40 *R.D. McGill* 415.

4. Cette étude constitue une hypothèse de travail qui jettera les bases pour une étude de validation. Cf. Mario Naccarato, « Les contours civilistes de

L'internormativité civile et pénale que nous proposons n'est pas procédurale car il est bien acquis que le droit pénal n'a pas pour fonction de faciliter l'exécution des obligations civiles⁸.

L'internormativité civile et pénale que nous proposons est proprement normative c'est-à-dire :

[l]orsqu'une situation de fait est assujettie à l'application des deux branches de droit que sont le droit civil et le droit pénal, que l'application des deux branches soit simultanée, parallèle (et complémentaire) successive (ou préalable) ou convergente, l'application de la sanction pénale tiendra compte du sens de la norme civile, soit de façon déductive lorsque le sens est clair, ou par interprétation conséquentialiste (pragmatique, juste et acceptable) lorsque l'interaction des normes est vague, ambiguë et sujette à interprétation contradictoire, ou encore lorsqu'il y a absence formelle de normes applicables⁹.

L'application de pareille internormativité suppose que le droit criminel économique soit auxiliaire au droit civil et ne s'appliquera qu'en dernier ressort. Voilà le postulat d'auxiliarité fondé sur le principe de l'*ultima ratio* selon lequel l'illicéité civile ne sera sanctionnée en droit pénal que si elle comporte le degré de gravité nécessaire.

Les exemples d'internormativité ne se limitent pas au droit criminel économique. Il suffit de penser à l'infraction d'adultère jadis réprimée par le droit criminel canadien où, les tribunaux faisaient appel à un témoin expert pour établir la validité du

Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1977, p. 1.

8. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 178; R. c. *MacCallum*, [1995] A.N.B. 479 (N.B.P.C.).
9. Mario NACCARATO, *De l'incidence normative du droit privé au regard du droit criminel économique : perspectives de droit transsystémique (Canada, Angleterre, Suisse et France)*, Coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 10.

mariage au plan civil¹⁰. Aussi, l'inculpation pour bigamie¹¹ sanctionnée par l'article 290 du *Code criminel canadien* nécessite que l'on fasse la preuve de la validité du mariage préalable de l'inculpé(e). Troisièmement, l'infraction d'enlèvement en contravention avec une ordonnance de garde nécessite en droit criminel canadien l'interprétation de la nature, de la validité et de l'étendue de l'ordonnance émise par le tribunal civil (article 282 C.cr.)¹². Quatrième cas de figure, le défaut d'exécution d'une obligation d'entretien alimentaire, bien que peu appliquée en droit criminel canadien, donne lieu à de très nombreux litiges en droit européen quant à la validité du jugement ordonnant l'obligation d'entretien¹³. Un autre exemple percutant est celui du célèbre arrêt *Cuerrier*. La Cour suprême du Canada s'inspire de la théorie de la fraude criminelle qui sanctionne le défaut de divulgation en droit commercial de common law dans le cadre d'une accusation d'obtention de faveurs sexuelles alors l'inculpé taisait son état de séropositivité¹⁴.

-
10. *R. c. Foster*, (1934) 62 C.C.C. 263 (C.A. N.B.).
 11. *R. c. Simard*, (1931) 56 C.C.C. 269 (C.S.P.).
 12. *R. c. Ilcyszyn*, (1988) 45 C.C.C. (3d) 91 (C.A. Ont.); *R. c. Petropoulos*, (1990) 59 C.C.C. (3d) 393 (C.A. B.C.); *R. c. Chartrand*, (1994) 91 C.C.C. (3d) 1996. En droit suisse, voir ATF 91 IV 136/JdT 1965 IV 143; ATF 91 IV 228/JdT 1966 IV 36; ATF 98 IV 35; ATF 118 IV 61/JdT 1994 IV 86.
 13. En droit suisse voir ATF 86 IV 180/JdT 1960 IV 156; ATF 87 IV 85/JdT 1961 IV 144; ATF 91 IV 225/JdT 1966 IV 81; ATF 93 IV 1/JdT 1967 IV 41. En droit français voir Ch. crim. 4 septembre 1996, Bull. crim. 1996, n° 312, p. 942; Ch. crim. 9 octobre 1996, Bull. crim. 1996, n° 351, p. 1042; Ch. crim. 9 juin, Bull. crim. 1997, n° 206, p. 515; Ch. crim. 11 mars 1997, Bull. crim. 1997, n° 95, p. 315.
 14. *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371. Il importe de préciser que l'obligation de divulgation varie selon les risques de transmission du VIH. « Lorsque la charge virale de la personne séropositive est faible en raison d'un traitement et qu'il y a utilisation du condom, la condition de la possibilité réaliste de transmission n'est pas remplie » et l'obligation de déclaration s'anéantit : *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 494, par. 4, 98. Favorable à une proposition qui fasse évoluer la common law en matière de fraude, la Cour conclut que « le risque important de lésions corporelles graves' exige une possibilité réaliste de transmission du VIH » (par. 88) (nos soulignements). Ainsi, en la matière, l'obligation de divulgation n'est plus cantonnée aux catégories préétablies par la common law traditionnelle. Cette obligation se crée en fonction de la nature des relations entre les personnes sur le point d'entretenir des relations

2. Postulats au soutien du principe d'hétéronomie

Hétéronomie signifie « Qui reçoit de l'extérieur les lois qui le gouvernent »¹⁵. En transposant ce sens philosophique où c'est le sujet de droit qui est soumis aux normes externes, nous pouvons l'adopter pour désigner l'assujettissement du droit pénal aux normes externes. Tel que désigné plus haut, le principe d'hétéronomie nécessite une interprétation préalable ou complémentaire du droit privé au sein de l'application du droit pénal. Quel est l'intérêt de faire intervenir l'application du principe d'hétéronomie en droit criminel économique? La réponse à cette question se conçoit aisément en matière de vol où, le droit privé intervient afin de déterminer la titularité ou la nature du bien faisant l'objet du vol. En revanche, l'infraction de fraude comporte une singularité définitionnelle et partant, normative. Il n'est pas facile de définir ce que l'on entend par le terme fraude. Par exemple si nous nous référons à la définition de la fraude telle qu'illustrée par le Petit Robert, celle-ci constitue « une action faite de mauvaise foi dans le but de tromper »¹⁶. Cette définition *a priori* large comporte des déficiences sur le plan juridique. Est-ce que cette définition comprend le fait de taire une information? Est-ce que la « mauvaise foi » exclurait le cas où l'individu se croit agir honnêtement? Est-ce que l'individu qui n'agit pas dans le but de tromper sa victime mais plutôt dans le but de s'avantager commet une fraude? Sur le plan législatif, le législateur s'abstient de définir les confins de la fraude. En droit français la fraude est qualifiée d'escroquerie et comprend l'usage de faux nom ou de fausse qualité ou encore l'emploi de « manœuvres frauduleuses »¹⁷. En droit suisse, le législateur emploie l'adverbe « astucieusement »¹⁸ alors que le législateur anglais emploie l'adverbe « dishonestly »¹⁹. Enfin, le législateur

sexuelles. Les affaires *Cuerrier* et *Mabior* ont été suivies récemment dans *R. c. Hutchinson*, 2014 SCC 19.

15. Paul ROBERT, *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaire Le Robert, 1993, p. 697.
16. *Id.*, p. 990.
17. C.pén. 1810, art. 405; C.pén. 1992, art. 313-1.
18. CPS, art. 146.
19. *Theft Act* 1968, art. 15 et 16; de même que les articles 2, 3, 4 et 11 de la *Fraud Act* 2006.

canadien prévoit l'infraction générale de fraude à l'article 380 C.cr. qui dispose que la fraude peut être commise par 1) la supercherie, 2) le mensonge ou 3) toute autre moyen dolosif.

Ainsi, il en va du principe de la légalité en droit pénal (*nulla poena sine lege*) garantissant la liberté individuelle dans une société libre et démocratique qu'un acte que l'on veuille reprocher sur le plan criminel soit au préalable puni par une disposition du *Code criminel*. Deuxièmement, il importe que ce texte punitif présente un caractère de certitude suffisante, de précision et de spécificité de sorte qu'un texte de loi qui manque de précision au point de ne pas être « un guide suffisant pour susciter un débat judiciaire » sera déclaré inconstitutionnel²⁰.

Le risque d'une déclaration d'inconstitutionnalité ou de ne pas constituer une infraction au sens de l'article 380 C.cr. est d'autant plus aigu en matière de droit criminel économique car les dispositions à cet égard comportent souvent des formulations qui débouchent implicitement ou expressément sur le droit extrapénal. Cela s'explique par la possibilité infinie de commettre des actes de fraude. Nous y reviendrons dans la section 3. Voyons d'abord les fondements du principe d'hétéronomie que sont le postulat d'auxiliarité, le postulat de gravité et le postulat de l'unité.

2.1. Postulat d'auxiliarité

Conséquent avec les objectifs visés par les deux branches de droit civil et criminel, le postulat de l'auxiliarité est intimement lié au principe de l'*ultima ratio* selon lequel le droit criminel économique constitue un outil de dernier recours applicable lorsque les autres moyens de droit (civil) sont épuisés ou insuffisants²¹. Ainsi, dans la qualification de l'acte frauduleux reproché, l'illicéité au plan du droit civil est avérée. Mais celle-ci ne constitue pas à

20. Gisele CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 83.

21. H. DORION, « La protection de l'information », (1992) 23 *R.G.D.* 197, p. 227-230.

coup sûr une fraude au plan criminel si elle ne comporte pas le degré de gravité nécessaire.

2.2. Postulat de gravité

Si, au terme du postulat d'auxiliarité, le droit criminel est un outil de dernier recours, c'est qu'il « suppose la violation grave de valeurs importantes dans notre société »²². Ainsi, un acte peut comporter un degré de gravité qui soit dès le départ intégré dans la disposition criminelle incriminante. Encore, le degré de gravité peut devoir faire l'objet d'une évaluation par le tribunal. Ainsi, la fraude sanctionne tout acte qui est aussi nécessairement sanctionné civilement mais, ce ne sont pas tous les actes illicites au plan civil qui sont sanctionnables criminellement. C'est ainsi qu'intervient le postulat de gravité.

Or, nous savons que la simple lésion en droit civil québécois n'est pas sanctionnée civilement. *A fortiori*, celle-ci ne saurait faire l'objet d'une sanction criminelle²³. Il en est de même de la simple négligence²⁴ et de la simple faute²⁵. En matière de corruption, la Cour suprême a établi que pour qu'une « simple erreur » ou une « erreur de jugement » dépasse la ligne de démarcation pour devenir un acte criminel, il faut que la « conduite s'écarte substantiellement des normes reconnues » ou encore, à l'instar de la négligence, la conduite du fonctionnaire doit s'écarter de « façon « marquée » des normes auxquelles une personne placée dans un poste de confiance comme le sien doit se conformer »²⁶.

22. *Id.*, p. 227; au sujet du lien intime entre les postulats d'auxiliarité et de gravité voir : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Le vol et la fraude*, Rapport n° 12, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1979, p. 5; M. NACCARATO, préc., note 9, p. 30-33; J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 144.

23. Pour un exemple issu du Manitoba, voir *R. c. Wendel and Vallan*, (1992) 78 C.C.C. (3d) 279 (C.A. Man.).

24. *Re Leroux and The Queen*, (1978) 43 C.C.C. (2d) 398 (C.S.); *R. c. Negus*, (1982) 36 A.R. 37 (C.A. Alta).

25. *R. c. Stewart*, (1981) 60 C.C.C. (2d) 407 (C.A. Ont.).

26. *R. c. Boulanger*, 2006 CSC 32 (CanLII), [2006] 2 R.C.S. 49, par. 70-72.

En effet, cette question en va de la constitutionnalité de l'infraction édictée au niveau du partage des compétences. Par exemple, la simple négligence relève de la responsabilité civile tandis que la conduite dangereuse dont la faute est beaucoup plus grave, relève de l'infraction criminelle. C'est ainsi que le critère de l'« écart marqué », souligne la gravité de l'infraction criminelle de conduite dangereuse²⁷.

Quant à l'inexécution contractuelle, celle-ci emporte nécessairement une sanction d'ordre civil. Or, l'inexécution ou l'illicéité au plan civil ne constitue pas *ipso facto* une infraction en droit criminel économique faute de gravité avérée.

Even though an interest is recognized at civil law, it does not follow that all breaches at civil law are deserving of criminalization: the civil remedies may be adequate. The courts must constantly concern themselves with the issue of whether the conduct in question has crossed the line and become a matter for criminal prosecution. In order to make that determination, a good knowledge of civil law and the remedies which it provides must always be borne in mind. The fear of catching conduct which does not warrant criminalization is constantly before the courts and influences the interpretation of amorphous terms such as "fraudulently" which may be pressed into service in order to identify the borderline between civil and criminal liability [...]²⁸.

Or pourquoi le droit criminel n'intervient-il pas pour réprimer les simples illégalités en droit civil? Parce qu'à la lumière du principe de l'*ultima ratio*, on sait que ce ne sont que les actes les plus répréhensibles et les plus graves qui sont sanctionnés par le droit criminel²⁹. Ainsi, nous pouvons conclure :

27. R. c. *Roy*, 2012 CSC 26, [2012] 2 R.C.S. 60, par. 31 et 32.

28. Winifred H. HOLLAND, *The Law of Theft and Related Offences*, Scarborough, Carswell, 1998, p. 46.

29. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 382-383; Commission de réforme du droit du Canada, *Le vol et la fraude*, Rapport n° 12, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1979, p. 5.

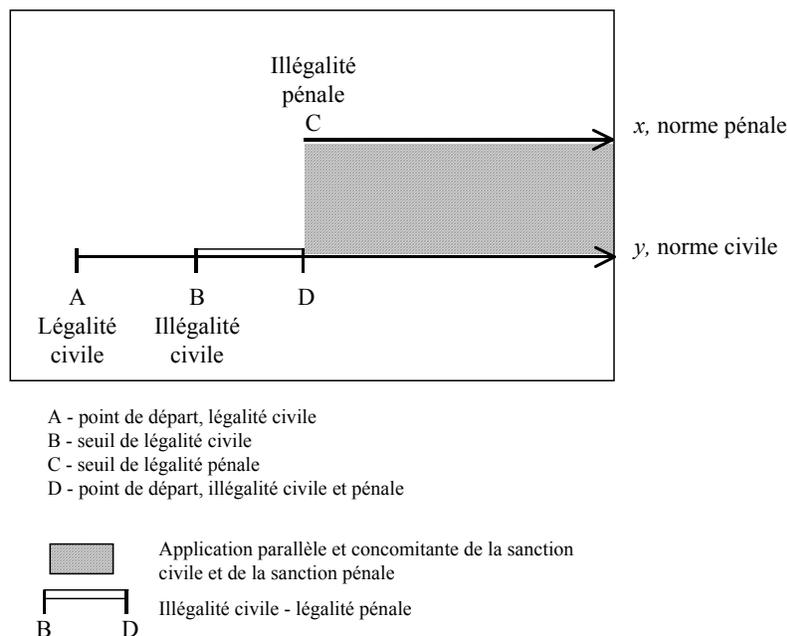
- 1) qu'un acte peut être immoral sans pour autant être illégal sur les plans civil et criminel; et
- 2) un acte illégal sur le plan civil n'est pas nécessairement illégal sur le plan criminel, mais il pourrait l'être.

Qu'en est-il de l'acte légal sur le plan civil? Sur le plan épistémologique, un acte civilement licite ne peut être à la fois criminellement illicite³⁰. Donc, en opposant les normes civiles et pénales, nous pouvons identifier trois types d'actes (voir tableau 1), soit premièrement, l'acte civilement licite exclu de toute répression pénale (à compter du point A). Deuxièmement, il y a l'acte civilement illicite, mais l'illicéité civile n'est pas en elle-même concluante car l'acte peut être civilement illicite mais criminellement licite (à compter du point B jusqu'à, mais excluant, le point D). Enfin, nous avons l'acte qui est à la fois civilement illicite et criminellement répréhensible (à compter du point D)³¹.

30. Voir *infra*, section 1.2.3, Postulat de l'unité. *Contra: R. c. Hinks*, [2000] H.L.J. 54. Dans cet arrêt, la Chambre des Lords confirme le caractère criminellement illicite selon le critère de la « dishonesty », d'une donation entre vifs licite en droit civil. Cependant, la Chambre des lords reconnaît le caractère exceptionnel de cet arrêt et semble en limiter la portée au seul cas des donations entre vifs.

31. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 32.

Tableau 1³²



2.3. Postulat de l'unité

Le postulat de l'unité commande le principe d'hétéronomie du droit pénal. Ce postulat s'exprime par l'unité terminologique, l'unité normative, l'unité téléologique et l'unité axiologique. Ainsi, le postulat de l'unité exige, selon Ursula Cassani, que le droit :

[s]oit formulé de manière claire et univoque, qu'il ne referme pas en son sein des oppositions de normes et que les évaluations qu'il pose et les buts qu'il vise soient consistants³³.

32. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 33.

33. Ursula CASSANI, *La protection pénale du patrimoine. Autonomie et détermination par le droit civil*, Coll. « Juridique romande », Lausanne, Éditions Payot, 1988, p. 23.

Ainsi, le droit peut être perçu comme système, dans lequel toutes ses branches de droit (sous-systèmes) opèrent en tandem et en harmonie les unes par rapport aux autres. Bref, il s'agit d'un système cohérent.

Ainsi, ce postulat, fondé sur des considérations d'ordre rationnel assure qu'aucune de ses branches n'auront entre elles d'effets antinomiques. Le droit ne peut pas par l'une de ses branches être à la fois permissif et par une autre branche répressif à l'endroit d'un même acte. C'est ainsi par exemple que le droit criminel ne sévira pas à l'endroit d'un geste civilement licite³⁴.

3. La malhonnêteté

Le principe d'hétéronomie fondé sur les postulats d'auxiliarité, de gravité et d'unité du droit, est à la base de notre approche transversale, civil-pénal, en vue de circonscrire la malhonnêteté en droit criminel canadien.

En droit criminel canadien, la fraude est réprimée par l'article 380 C.cr. Cette disposition prévoit que la fraude peut être commise par la supercherie, le mensonge ou « tout autre moyen dolosif ». Outre la victime et le lien de causalité, la jurisprudence élabore deux éléments essentiels de la fraude qui sont : la *privation* et la *malhonnêteté*³⁵. La *malhonnêteté* est comprise dans les trois modalités de la fraude³⁶. Dans la fraude par supercherie ou mensonge il n'est pas nécessaire d'entreprendre une analyse pour déterminer s'il y a malhonnêteté. Celle-ci étant incluse dans les deux modalités. Or, il suffit de déterminer si l'accusé a déclaré qu'une situation était d'une certaine nature alors qu'en réalité elle ne l'était pas³⁷. Il n'est point nécessaire de prouver la malhonnêteté en sus de la supercherie ou du mensonge³⁸.

34. Sur le postulat de l'unité, voir M. NACCARATO, préc., note 9, p. 33-46.
35. R. c. *Olan*, [1978] R.C.S. 1175, 1182.
36. R. c. *Gatley*, (1992) 74 C.C.C. (3d) 468 (C.A. B.C.).
37. R. c. *Théroux*, (1993) 2 R.C.S. 5, 7.
38. *Id.*, 10, 17.

C'est le troisième moyen qui nous intéresse davantage, soit la fraude par *tout autre moyen dolosif* qui, couvre les moyens qui ne sont ni des mensonges, ni des supercheries³⁹. Vu la formulation précise des deux premiers moyens, il est raisonnable de conclure que la conduite reprochée fait l'objet d'une question mixte, de fait et de droit⁴⁰. Or il s'agira d'évaluer le comportement de l'accusé eu égard à l'infraction spécifique soit, la supercherie ou le mensonge. Quant au troisième moyen, *tout autre moyen dolosif*, aussi qualifié de *malhonnêteté*, cette qualification, comme question de fait ou de droit est moins facile à trancher⁴¹. Mais avant de qualifier, faut-il encore définir la malhonnêteté.

3.1. La malhonnêteté : à la recherche d'une définition

La malhonnêteté est cet élément de l'article 380 C.cr. compris dans les deux premières modalités et intimement lié au troisième moyen, *tout autre moyen dolosif*. C'est ainsi qu'il faut faire la preuve expresse de la malhonnêteté. Mais qu'est-ce que la malhonnêteté? Le *Code criminel* est muet⁴². Jusqu'à tout récemment le sens de la malhonnêteté a incombé aux tribunaux. Ceux-ci se rabattaient sur l'indice émis par les propos circulaires de Lord Diplock. Dans l'affaire *Olan*, la Cour suprême énonce « [l]a malhonnêteté, quel qu'elle soit, suffit »⁴³. Vient ensuite l'arrêt *Doren* où le tribunal de première instance emprunte la définition jurisprudentielle anglaise dans l'arrêt *Feely* : « [d]iscreditable as being variance with straight-forward dealings »⁴⁴. Cette définition somme toute assez large est rejetée par la Cour d'appel de l'Ontario⁴⁵. Les tribunaux se rabattent sur des principes, comme celui émis dans l'affaire *Olan* : « [l]'utilisation des biens d'une compagnie à des fins personnelles plutôt qu'à l'avantage de celle-ci

39. *Id.*, 16, 17.

40. *R. c. Doren*, (1982) 66 C.C.C. (2d) 448, 456; *R. c. Thérioux*, préc., note 37, 10.

41. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 61-62.

42. M. PROULX, préc., note 2, p. 209-222.

43. *R. c. Olan*, préc., note 35.

44. *R. c. Feely*, (1972) 57 Crim. App. R. 312 citée dans *R. c. Doren*, préc., note 40, 455.

45. *R. c. Doren*, préc., note 40, 453.

peut constituer un acte malhonnête [...] »⁴⁶. Autrement dit, les tribunaux s'emploient à déterminer ce que pourrait constituer objectivement, à la lumière d'une *personne raisonnable*, un acte malhonnête susceptible de sanction criminelle⁴⁷. C'est exactement ce que la Cour suprême fit dans l'affaire *Théroux* au terme de laquelle la Cour a recensé une série d'actes qualifiés de fraude par les tribunaux. Ainsi, tombent sous la catégorie de « l'autre moyen dolosif » :

1. l'utilisation des ressources financières d'une compagnie à des fins personnelles;
2. la dissimulation de faits importants;
3. l'exploitation de la faiblesse d'autrui;
4. le détournement non autorisé de fonds;
5. l'usurpation non autorisée de fonds ou de biens⁴⁸.

En revanche, ne tombent pas sous cette catégorie :

1. le comportement commercial imprudent;
2. le comportement qui est déloyal au sens de profiter d'une occasion d'affaires au détriment d'une personne moins astucieuse;
3. une déclaration inexacte faite par négligence;
4. la plaisanterie innocente; et
5. la déclaration faite au cours d'un débat, à laquelle on ne veut pas qu'il soit donné suite⁴⁹.

Avant le prononcé de l'arrêt *Théroux* qui constitue désormais la référence en la matière, la doctrine évoquait des inquiétudes eut égard à l'établissement de la malhonnêteté lequel comporterait deux inconvénients soit, celui pour le juge d'avoir à fixer lui-même les

46. *R. c. Olan*, préc., note 35, 1182.

47. La norme de la personne raisonnable a été qualifiée comme une conduite « which ordinary, decent people would feel was discreditable as being clearly at variance with straight-forward or honorable dealings »: John Douglas EWART, *Criminal Fraud*, Toronto, Carswell, 1986, p. 99, cité dans Rachelle GRONDIN, *Les infractions contre la personne et contre les biens*, 7e éd., « La Collection Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, p. 153.

48. *R. c. Théroux*, préc., note 37, 16.

49. *Id.*, 26 (j. McLachlin).

barèmes et ne pas clairement indiquer à l'accusé quelle est la norme de conduite⁵⁰. La question qui nous intéresse est de savoir comment pallier ces deux inconvénients afin d'établir des normes justes de sorte qu'aucun accusé ne soit condamné arbitrairement ou contrairement à la charte et que le principe de la légalité de l'article 9 C.cr. soit respecté?

3.2. Comment déterminer la malhonnêteté et à qui revient-il de le faire?

La détermination de la malhonnêteté s'avère une tâche d'autant plus délicate lorsque le procès se tient devant jury. À qui appartient-il alors du juge ou du jury de déterminer s'il y a malhonnêteté? Il a déjà été affirmé par la Cour suprême dans l'affaire *Olan* qu'il appartient au jury seul d'évaluer les comportements⁵¹. En revanche, le tribunal aurait même l'obligation de soumettre la question au jury⁵². Or, si cette question est laissée à l'appréciation du jury, quelle est l'étendue de sa discrétion? La solution varie d'après nous selon les trois hypothèses suivantes⁵³.

*Première hypothèse*⁵⁴ : le tribunal soumettra ainsi la question au jury : « I[f] it can be boiled down, it comes down to, was he deliberately dishonest? »⁵⁵. S'il s'en tient à cette seule directive, la définition de la malhonnêteté et l'évaluation du comportement de l'accusé relèvent de l'entière discrétion du jury, chacun des membres procédant en fonction de sa propre grille de valeur. Cette approche est cependant sanctionnée par la jurisprudence⁵⁶.

*Deuxième hypothèse*⁵⁷ : le tribunal donne au jury un standard de la malhonnêteté en fonction d'une personne

50. M. PROULX, préc., note 2, p. 226.

51. R. c. *Olan*, préc., note 35, 1195 et 1196.

52. *Id.*, 1196.

53. Voir à ce sujet M. NACCARATO, préc., note 9, p. 63-64.

54. *Id.*, p. 64.

55. R. c. *Gatley*, préc., note 36.

56. *Id.*, 476 et 477.

57. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 64.

raisonnable⁵⁸. L'approche circonscrit la nature de l'infraction. Il reste à déterminer cependant ce qu'est une personne raisonnable, son degré d'instruction, sa culture et ses connaissances des pratiques commerciales. À notre avis, le standard de la personne raisonnable à lui seul ne constitue qu'une forme d'autocensure imposée au jury. Le standard demeure toutefois flou.

*Troisième hypothèse*⁵⁹ : au fur et à mesure que la jurisprudence se développe, le tribunal a en possession des critères additionnels. Il peut fournir une définition du standard légal de la malhonnêteté et de la personne raisonnable. Il fait l'énoncé des principes jurisprudentiels à l'instar de l'arrêt *Théroux*. Le comportement réprimé est ainsi mieux confiné. L'entière discrétion jadis accordée au jury se trouve considérablement réduite dans cette hypothèse. Il ne reste que les cas difficiles qui n'ont pas au préalable fait l'objet d'une balise jurisprudentielle. À notre avis le tribunal peut, comme nous le verrons plus loin, s'inspirer du droit privé pour déterminer la légalité et la gravité de l'acte reproché et instruire le jury en conséquence.

Ainsi, est-ce que la malhonnêteté de la conduite reprochée fait l'objet d'une question de droit ou d'une question de fait?

3.3. La malhonnêteté : question de fait ou question de droit?

En droit criminel canadien, il y a consensus sur l'opportunité d'encadrer l'infraction de fraude, contrairement à la Grande-Bretagne qui fait de celle-ci une question de fait devant être soumise au jury⁶⁰.

58. *R. c. Gatley*, préc., note 36; *R. c. Théroux*, préc., note 37, 17.

59. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 64.

60. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 70. En Grande-Bretagne, la jurisprudence fait désormais de la fraude (la malhonnêteté) une question de fait devant être soumise au jury : J.C. SMITH, *The Law of Theft*, 7^e éd., Londres, Butterworth, 1993, p. 63-64, par. 2-113-114; *Ghosh*, (1982) 2 All E.R. 689 (C.A.); voir cependant la virulente critique du professeur Griew qui, pour pallier cette qualification de fait suggère plutôt de définir la fraude pour mieux l'encadrer : E. GRIEW, *The Theft Act*, 7^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, p. 76-79. En effet, aucune infraction générale de

Ainsi, en droit canadien l'arrêt *Olan* énonce le concept général de la malhonnêteté et nous donne une interprétation libérale⁶¹ en plus d'établir qu'il appartient au jury d'évaluer le *comportement*⁶². En l'absence de barèmes et de principes pouvant guider le jury, il s'agira d'évaluer le comportement uniquement en fonction des gestes reprochés. La question en est une de fait uniquement (première hypothèse ci-dessus). L'arrêt *Gatley* tempère ce procédé en faisant de l'appréciation des faits par le jury une question fonction d'une personne raisonnable et non une question variable (deuxième hypothèse ci-dessus)⁶³. Ce procédé fait place toutefois à une large discrétion qui demeure entre les mains du jury et les instructions d'un juge à un autre peuvent varier en l'absence de définitions précises de la malhonnêteté. Cette appréciation demeure toutefois plus circonscrite que dans la première hypothèse.

Vient ensuite l'approche de l'arrêt *Théroux* qui réitère le principe de la personne raisonnable mais apporte toutefois une série d'éléments constitutifs de malhonnêteté. Le juge dispose désormais d'un barème ou d'un éventail de situations normatives qui pourront le guider dans son instruction au jury (troisième hypothèse ci-dessus). Le juge sera en mesure de soumettre au jury

fraude n'a existé en Grande-Bretagne si ce n'est que des infractions de supercherie notées dans la Theft Act 1978. La formulation des infractions n'était pas des plus heureuses et a donné lieu à un fouillis jurisprudentiel remarquable quant à l'interprétation de certains termes dont la « *dishonesty* ». Pour pallier ce fouillis jurisprudentiel, le législateur adopte en 2008 la Fraud Act 2006 et, à la grande déception de la doctrine, au lieu de combler le vide en adoptant une infraction générale de fraude, le législateur se limite à la légifération de trois modalités de la fraude, soit le mensonge (art. 2), la réticence (art. 3) et l'abus de confiance (art. 4). Il n'est pas dans nos propos de faire une étude du droit anglais mais il suffit de renvoyer le lecteur aux critiques faites par un célèbre ouvrage: David ORMEROD et David Huw WILLIAMS, *Smith's Law of Theft*, 9^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007.

61. *R. c. Théroux*, préc., note 37, 15-16.

62. *R. c. Olan*, préc., note 35, 1196. La commission de réforme du droit du Canada a de son côté précisé que la malhonnêteté est une question normative alors que l'agissement proprement dit est une question de fait : COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, préc., note 7, p. 26.

63. *R. c. Gatley*, préc., note 36.

une norme et une série de faits afin que le jury se prononce strictement au regard du comportement, ce que la Commission de réforme du droit du Canada avait déjà souhaité. Alors, la *norme applicable* relèvera d'une question de droit. Voilà qui est conforme au souhait de la doctrine⁶⁴ :

[I]l est impensable par exemple de confier au jury la tâche de déterminer si l'omission du vendeur de révéler l'existence d'un *vice apparent* le rend coupable de fraude. Pareille réticence n'emporte aucune sanction en droit civil [...] La nécessité de ne pas sévir là où le droit civil ne trouve pas à redire démontre à nouveau le besoin de ne pas faire de la malhonnêteté une question de fait. (Nos italiques)

4. Incidence du droit privé sur le principe de la légalité

Nous avons vu qu'en l'absence d'un énoncé de principe régissant une infraction précise selon la méthode adoptée dans l'arrêt *Théroux*, le tribunal devra, selon nous, formuler un principe de droit et le soumettre au jury qui de son côté l'appliquera à la suite de la détermination des faits qui lui est propre. La formulation de l'énoncé de principe aura pour guide les postulats d'auxiliarité, et de gravité aux termes desquels une règle de droit privé devra nécessairement avoir été violée avec une gravité telle qu'elle justifie l'intervention du droit criminel. C'est ainsi que le comportement reproché devra comporter une illégalité au plan du droit civil car: « [L]e Code criminel ne doit pas sévir contre les silences [ou comportements] que le droit privé juge lui-même non répréhensibles »⁶⁵.

Cette approche jurisprudentielle consacrée par l'arrêt *Théroux* ne risque pas à notre avis d'emporter la création d'infractions en droit criminel canadien. Il suffit de penser à l'arrêt *Stewart*⁶⁶ où la Cour suprême du Canada décline, à toutes fins utiles, juridiction dans le cadre d'une accusation de vol

64. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 99.

65. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 170 (nos ajouts).

66. R. c. *Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 1963.

jury en les invitant à associer la fraude à la morale et cela, selon leur propre conception de ce qu'est la malhonnêteté [...] ⁶⁸.

C'est ainsi que le jugement de première instance est cassé car le premier juge a omis de référer le jury au critère objectif de la personne raisonnable.

4.2. L'acte licite au plan du droit civil n'est pas sanctionné pénalement

Le droit criminel économique étant un auxiliaire du droit civil, il intervient ultimement (*ultima ratio*) et à ce titre, il agit en harmonie avec le droit civil lorsque le comportement reproché est suffisamment grave (postulat de gravité).

A contrario, la légalité civile de l'acte reproché fait de celui-ci un acte non criminellement répréhensible car cela constituerait un rapport antinomique entre les deux branches de droit et serait contraire au postulat de l'unité.

Ainsi, le justiciable qui se voit accusé d'un crime économique peut soulever une défense de licéité de droit civil. Il suffit de mentionner les deux cas suivants.

En droit privé de la *common law*, le dol par réticence n'est pas sanctionné civilement même si le comportement reproché répugne sur le plan moral⁶⁹. En revanche, le droit civil québécois sanctionne le dol par réticence bien qu'en certains cas, l'omission n'est pas sanctionnée. Tel est le cas du silence du vendeur face à un vice apparent car malgré son silence, l'acheteur est tenu en droit civil de constater les vices apparents affectant un bien (*caveat emptor*).

Un autre exemple mérite d'être signalé. Il s'agit de la sanction de la lésion en droit privé. Il n'est pas constant selon les sources à

68. *Lajoie c. La Reine*, J.E. 99-611 (C.A.).

69. J.C. SMITH, préc., note 60, p. 87, par. 4.15.

savoir si le droit criminel sanctionne la lésion, par exemple, faite à l'endroit d'une personne d'âge avancé. Le droit civil québécois ne faisait pas de distinction jusqu'à tout récemment entre la personne vulnérable et la personne détenant tous ses moyens⁷⁰. Avec l'avènement de la Charte québécoise et son article 48⁷¹, la Cour d'appel du Québec a reconnu la protection contre la lésion en faveur des personnes âgées. Ainsi, il nous paraît conforme à cette reconnaissance de voir le droit criminel sévir à l'endroit d'une lésion commise envers un segment grandissant d'une population qui est vulnérable⁷².

Si la licéité de droit civil est de secours à l'encontre d'une accusation pour fraude, il n'en est pas ainsi lorsque l'accusé invoque un droit moral, ou la croyance en la moralité de son geste pour justifier l'acte reproché⁷³.

Si l'acte licite au plan du droit civil n'est pas sanctionné pénalement, il ne s'en suit pas nécessairement que l'acte illicite sur le plan civil constitue *ipso facto* une infraction criminelle. L'acte reproché doit comporter le degré de gravité nécessaire.

70. En faveur de la sanction criminelle de la lésion: J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 144; en common law: *R. c. Wendel*, (1992) 78 C.C.C. (3d) 279 (C.A. Man.). En droit civil québécois: *R. c. McBain*, [1964] B.R. 429 (C.A.). Cette approche nous paraît souhaitable mais elle n'était pas conforme au droit civil qui, jusqu'à récemment, ne sanctionnait pas la lésion contre les personnes âgées.

71. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

72. *Vallée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2005 QCCA 316.

73. *R. c. Gamey*, (1993) 80 C.C.C. (3d) 117 (C.A. Man.); *R. c. Cinq-Mars*, (1989) 51 C.C.C. (3d) 248 (C.A.) : « [I]t clearly appears from the testimony of Cinq-Mars that he acted on the basis of a moral right strictly in order to avoid having to exercise his civil rights before the civil court. It follows, that this is not the exculpatory colour of right mentioned in s. 322 of the Criminal Code [...] »; *R. c. Hemmerly*, (1976) 30 C.C.C. (2d) 141, 145 : « [E]ven if the appellant believed that he had a moral claim to the money (which I am far from holding), a belief in a moral claim could not constitute a color of right [...] ».

4.3. L'illicéité sur le plan civil ne constitue pas nécessairement une infraction criminelle à défaut de gravité

Le droit criminel étant un droit de dernier recours, il suppose nécessairement l'illégalité civile pour sévir mais ce ne sont pas toutes les illégalités civiles qui font l'objet d'une répression criminelle. Seules les illégalités civiles les plus graves sont sanctionnées criminellement:

La simple inexécution d'un contrat ne tombe pas sous le coup de la loi pénale: le droit civil est suffisamment armé pour répondre à ces situations. C'est ainsi que la partie au contrat qui se trouve privée de la prestation qui lui est due peut mettre son débiteur en demeure, intenter une action en exécution et finalement emprunter la voie de l'exécution forcée⁷⁴.

Il y a consensus à cet égard. Le droit criminel n'a pas pour objet de sanctionner l'inexécution des obligations contractuelles. Autrement dit, le droit pénal n'a pas pour mission de faciliter l'exécution des obligations civiles⁷⁵. En revanche, le droit criminel sévit en matière d'infractions suffisamment graves tel le dol ou la fraude paulienne qui constituent *ipso facto* des illicéités civiles suffisamment graves pour justifier l'intervention du droit criminel. Il en est de même des simples inexécutions qui, *selon les circonstances* comportent un degré de gravité avérée.

4.4. L'illicéité sur le plan civil combinée à une gravité avérée constituera une fraude criminelle

Il est de ces illicéités au plan civil qui constituent *ipso facto* une infraction criminelle. Il en est ainsi de deux cas de figure de

74. U. CASSANI, préc., note 33, p. 82. Voir aussi M. NACCARATO, préc., note 9, p. 462-463.

75. J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 23, 276; J.C. SMITH, préc., note 60, p. 23, par. 2-34.

fraude en droit civil, soit le dol entraînant le vice de consentement⁷⁶ et de la fraude paulienne⁷⁷.

Il est aussi certaines illicéités qui ayant franchi un seuil de gravité feront l'objet d'une sanction criminelle⁷⁸. Il en est ainsi par exemple d'une simple inexécution faisant l'objet d'actes répétés⁷⁹. Dans ce dernier cas cependant il se peut que la répétition de l'inexécution, au-delà de comporter un caractère grave, constitue aussi une preuve de l'intention préalable de ne point exécuter ses obligations ce qui qualifierait cette inexécution de dol. En revanche, « [l]a non-exécution d'une prestation dont l'intention naît *après* la formation du contrat constitue une fraude en droit criminel canadien si l'accusé, en dépit de son intention de ne pas exécuter sa prestation, permet par le silence à son cocontractant d'exécuter sa propre prestation à son détriment »⁸⁰.

Un autre cas de figure mérite d'être signalé. Il s'agit de l'obligation dite relationnelle ou l'obligation emportant un devoir de loyauté que nous qualifions de contrat qui emporte un degré de confiance accrue. Le contractant tenu à une obligation de loyauté se voit sévèrement sanctionné par le droit privé. Les sanctions civiles pour pareilles inexécutions excèdent les sanctions pour simple inexécution⁸¹. Ainsi, reconnaissant l'intensité accrue de l'obligation de loyauté, le droit criminel économique sanctionne à coup sûr la simple violation de pareille obligation⁸².

76. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 465.

77. *R. c. Lundgard*, (1991) 63 C.C.C. (3d) 368 (C.A. C.-B.); *R. c. Zlatik*, (1991) 65 C.C.C. (3d) 86 (C.A.), confirmé à *R. c. Zlatik*, [1993] 2 R.C.S. 29; *R. c. Biega*, [1989] A.Q. n° 205, [1989] R.L. 50.

78. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 464 et ss.

79. *Nugent c. United States of America*, (1997) 102 O.A.C. 385 (C.A. Ont.).

80. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 466-467, au sujet de l'affaire *R. c. Brunner*, (1992) 7 W.C.B. (2d) 122, [1992] A.J. n° 721 (Prov. Ct. Alta). À ce sujet voir aussi J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, préc., note 7, p. 179-180.

81. Mario NACCARATO et Raymonde CRÊTE, « La confiance: de la réalité à la juridicité », (2012) *S.C. Law Rev.* 467.

82. M. NACCARATO, préc., note 9, p. 511 et suiv.; au sujet du contrat relationnel; *R. c. Émond*, (1997) 117 C.C.C. (3d) 275 (C.A.) (courtier); *R. c. DoCouto*, (1996) 89 O.A.C. 192 (C.A. Ont.) (mandataire); *Adams c. R.*, (1995) Crim. L. R. 561 (C.P.) (administrateur); *R. c. Roy*, (1994) O.A.C. 127 (C.A. Ont.)

Voilà quelques catégories d'inexécution reconnues en droit criminel économique comme suffisamment grave pour justifier l'intervention du droit criminel. C'est ainsi qu'il se crée une normativité, à l'instar de l'arrêt *Théroux*, établissant les contours de la malhonnêteté de la troisième modalité de la fraude en droit criminel canadien.

Conclusion

The major difficulty with this benignly-intentioned approach is that the Act inevitably defines offences against property in terms of the categories of the civil law (see, for instance, ss.4, 5, 9 and 15). Words by means of which reference to those categories is made (such as “things in action,” “ownership,” “possession,” “proprietary right or interest,” “trespasser”) do not have “natural” meanings but technical ones. **This is helpful, not harmful; it makes for certainty in the criminal law.** The Act should of course be read sensibly; but that does not mean that there is a painless plain person’s root to its meaning. There are, in particular, bound to be cases in which the practitioner cannot do its full duty without an adequate grasp of relevant principles of the civil law. And the courts should be prepared to make careful application of those principles, for two reasons: as an **indispensable means of fixing the boundaries of criminal liability with adequate certainty;** and **to avoid incongruous** and even unjust comfort between the respective **demands on citizens of the civil and criminal law.**

Edward Griew⁸³

(mandataire); *R. c. Carter*, (1990) O.J. n° 3089, 10 W.C.B. (2d) 621 (C.J. Ont.) (courtier); *Renaud c. R.*, [1989] R.L. 451 (C.A.) (trésorier et directeur des finances d'une municipalité); *R. c. Harris*, (1989) O.J. n° 2635 (Dist. Ct. Ont.) (administrateur); *R. c. Olan*, préc., note 35, (administrateur); *R. c. Doreen Rungay Ltd. & Craig*, (1974) 19 C.C.C. (2d) 150 (C.A. Man.) (courtier); *R. c. Littler*, (1972) 13 C.C.C. (2d) 530 (C.S.P.) (directeur confirmé à *R. c. Littler*, (1974) 27 C.C.C. (2d) 216 (C.A.).

83. E. GRIEW, préc., note 60, p. 9, par. 1-21 (nos caractères gras).

Cette approche transversale permettant d'établir les contours de la malhonnêteté en droit criminel canadien nous permet ainsi de:

1. construire un droit de la fraude criminelle prévisible pour le justiciable;
2. construire une norme criminelle respectueuse du principe *nulla poena sine legge*; et
3. respecter les normes de clarté au plan des droits fondamentaux.

Ainsi, cette approche incorporant la norme civiliste permettra de faire de la malhonnêteté une question de droit uniforme quelle que soit l'infraction reprochée.

