

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

Analyse comparative du concept de malhonnêteté en droit criminel et en droit des sociétés

par
Isabelle Charlebois

Faculté de Droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de maîtrise
en droit
option droit des affaires

Décembre 2006-12-20

© Isabelle Charlebois, 2006



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

Analyse comparative du concept de malhonnêteté en droit criminel et en droit des
sociétés

présenté par :

Isabelle Charlebois

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Louise Viau
président-rapporteur

Stéphane Rousseau
directeur de recherche

Hugues Parent
Codirecteur

Pierre-Paul Côté
membre du jury

Résumé

Mots-clés : administrateurs-fraude-malhonneteté-honnêteté-loyauté

Il se pose présentement un problème de compréhension du concept de malhonneteté en matière de fraude. Pour fins de rappel, la fraude peut être commise par mensonge, par supercherie ou par tout autre moyen dolosif. Cette dernière notion, selon l'état actuel de la jurisprudence sera évaluée selon un critère objectif. C'est donc en fonction de la personne raisonnable que l'on se référera afin de déterminer du caractère malhonnête de la conduite. Or, la notion de malhonneteté n'étant pas définie, il en résulte incertitude et confusion surtout en matière de crimes économiques.

Considérant que les administrateurs sont assujettis en droit des sociétés à une obligation de loyauté et d'honnêteté, il s'agira de s'inspirer des principes développés en cette matière afin de dégager certaines constantes qui nous permettront de déterminer ce qui constitue une conduite malhonnête.

La première partie se veut un exposé sommaire des grands principes régissant le droit corporatif. Y sont décrites certaines conduites considérées comme malhonnêtes en droit des sociétés. De cette analyse, il ressort que la malhonneteté est davantage définie en relation au projet commun des investisseurs qu'en fonction d'un droit de propriété. La notion se divise ainsi autour de deux grands axes, à savoir, les conflits horizontaux et les conflits verticaux.

La deuxième partie se concentre sur le droit criminel. Y sont repris, en matière de fraude les conduites considérées comme faisant partie de la catégorie des « autres moyens dolosifs » et décrites par la juge McLachlin. Au besoin, une référence aux principes du droit corporatif est faite. D'autres infractions, telles les commissions secrètes, les délits d'initiés et le vol sont examinées. La malhonneteté en droit criminelle est davantage définie en relation avec le droit de propriété. Toutefois, le manque de loyauté se voulant également dénoncé, la notion d'intérêt de la compagnie, comme en matière de droit corporatif présente toute sa pertinence.

Abstract

Key words: directors-fraud-dishonesty-honesty-loyalty

There presently is a problem regarding the comprehension of the concept of dishonesty relating to fraud. Fraud can be the result of deceit, falsehood or other fraudulent means. This last notion is determined objectively, by reference to what a reasonable person would consider to be a dishonest act. Considering that the notion of dishonesty has no definition, a confusion exists especially when it comes to economic crimes.

Due to the fact that directors are compelled to respect an obligation of good faith and loyalty, we will refer to the general principles that exist in corporate law in order to define what can be qualified as dishonest behaviour.

The first part is a summary of the general principals relating to corporate law. In this part we describe some behaviours which are considered as dishonest. From this analysis, we have come to the conclusion that dishonesty is understood as being an obstacle to the common project of the investors, and not in relation to property.

The second part relates to criminal law. Some of the behaviours that were described as being part of other fraudulent means by justice McLachlin are analyzed. A reference to the general principles of corporate law is made when needed. Other offences like secret commissions and insider trading are also part of the analysis. Dishonesty pertaining to criminal law is described in relation to property. However, a lack of loyalty being also denounced, the notion of the best interest of the company, as in corporate law, remains relevant.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS	ix
INTRODUCTION	12
I - L'EXPRESSION DE LA MALHONNÊTÉTÉ EN DROIT CORPORATIF .	31
A. <u>Les opérations frauduleuses ou les conflits horizontaux</u>	34
1. La fraude envers la compagnie	35
a) La règle de la majorité	35
b) Les exceptions	37
i) l'action oblique	37
ii) l'article 316 C.c.Q.	38
2. La manipulation de la personne morale (317 C.c.Q.)	42
a) La fraude comme motif de soulèvement du voile corporatif	43
i) la fraude en droit privé.....	44
- la fraude civile	44
- la fraude paulienne.....	46
- le dol	48
ii) la fraude en droit criminel	50
b) La théorie de l'alter ego	51
i) la théorie de l'identification en droit corporatif	52
ii) la théorie de l'identification en droit criminel.....	53
B. <u>L'appropriation de biens de la compagnie ou les conflits verticaux</u>	58
1. L'usurpation de biens et d'information	60
a) Le détournement d'une occasion d'affaires	60
b) L'usurpation d'informations	65
i) les informations acquises auprès de la compagnie à l'occasion de l'exercice des fonctions.....	65
- la notion d'information	65
ii) les informations privilégiées (délits d'initiés).....	67
- l'utilisation d'informations confidentielles	68
- l'initié.....	68
- la notion d'information privilégiée.....	69
- la communication de renseignements.....	70

2. La réalisation de profits secrets	70
C) Synthèse	73
II- L'EXPRESSION DE LA MALHONNÊTÉTÉ EN DROIT CRIMINEL	75
A. <u>Les opérations frauduleuses</u>	76
1. La fraude 380 C. cr.	76
a) Les éléments matériels	77
i) la commission d'un acte malhonnête	77
- le mensonge	78
- la supercherie	80
- les autres moyens dolosifs	84
ii) la privation (ou risque de privation) causée par un acte prohibé	93
b) Les éléments subjectifs	96
i) la connaissance subjective de l'acte prohibé	96
ii) la connaissance subjective ou l'insouciance que l'acte prohibé pourrait causer une privation à autrui.....	97
c) L'éclairage du droit de la fraude par le droit commercial	99
i) l'utilisation des ressources financières d'une compagnie à des fins personnelles.....	100
- la notion d'intérêt de la compagnie.....	100
ii) la dissimulation de faits importants	108
- la référence à la personne raisonnable	111
- la référence au droit privé	113
- le lien de causalité.....	113
iii) le détournement de fonds ou de biens	115
iv) l'usurpation de fonds ou de biens	117
v) l'utilisation d'un véhicule corporatif à des fins malhonnêtes...	123
2. Les délits d'initiés	126
a) Le délit d'initiés	128
i) les éléments matériels	128
- la vente ou l'achat de valeurs mobilières par un initié	128
- grâce à l'utilisation de renseignements confidentiels	129
b) La communication de renseignements confidentiels	132

3. Les commissions secrètes 426 C. cr.	132
a) Les éléments matériels	133
i) l'existence d'un mandat la protection de son intégrité et le déficit informationnel.....	134
ii) l'acceptation par l'agent d'un bénéfice à titre de contrepartie pour faire ou s'abstenir de faire un acte relatif aux affaires de son commettant.....	137
iii) l'omission de la part de l'agent de divulguer d'une façon appropriée et en temps opportun la source, le montant et la nature du bénéfice.	137
b) Les éléments subjectifs	140
i) la connaissance de l'existence du mandat	140
ii) l'acceptation d'un bénéfice à titre de contrepartie pour un acte à être fait relativement aux affaires du commettant.....	141
iii) la connaissance de l'étendue de la divulgation au commettant ou de l'absence de divulgation.....	142
B. <u>Les infractions contre les droits de propriété</u>	142
1. Le vol	142
a) Les éléments matériels	143
i) l'appropriation ou le détournement de la propriété	143
ii) d'une chose quelconque.....	145
b) Les éléments subjectifs	151
i) frauduleusement.....	151
ii) sans apparence de droit.....	152
iii) dans l'intention de priver.....	153
c) L'éclairage du droit en matière de vol par le droit commercial ou relecture du droit criminel	153
C. <u>Synthèse</u>	155
CONCLUSION	156
BIBLIOGRAPHIE	163

Liste des abréviations

A.C.	Appeal cases
al.	alinéa
ALL E.R.	All England Report
art.	Article
B.C.S.A.	British Columbia Securities Act
B.E.	Banque Express
B.R.	Cour du Banc de la Reine
c.	contre
C.A.	Cour d'appel
C.B.	Colombie-Britannique
Can. Bus. L.J.	Canadian Business Law Journal
C. c. B.-C.	Code civil du Bas-Canada
C.C.C.	Canadian Criminal Cases
C.C.Q.	Code civil du Québec
C.cr.	Code criminel
C.Ct.	County Court
Ch.	Chancery Appeal Cases
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
C.p.c.	Code de procédure civile

C.Q.	Cour du Québec
C.R.	Criminal Reports
C.S.	Cour Supérieure
C.S.C.	Cour suprême du Canada
Ct. of Just.	Court of Justice
éd.	édition
E.R.	English Reports
H.L.	House of Lords
J.E.	Jurisprudence Express
L.C.Q.	Loi sur les compagnies
L.C.S.A.	Loi canadienne sur les sociétés par actions
L.F.I	Loi sur la faillite et l'insolvabilité
L.V.M.	Loi sur les valeurs mobilières
McGill L.J.	McGill Law Journal
Ont.	Ontario
p.	page
P.U.L.	Presse de l'Université Laval
Q.B.	Queen's Bench
Qué.	Québec
R.	Reine

R.C.D.S.	Revue Canadienne droit et Société
R.C.S.	Recueils de la Cour Suprême
R.D. McGill	Revue de droit de McGill
R.J.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec
R.J.T.	Revue juridique Thémis
R.R.A.	Recueils de droit en responsabilité et assurances
R.-U.	Royaume-Uni
Sask.	Saskatchewan
t.	tome
Tex. L.Rev.	Texas Law Review
v.	versus
V.R.	Victoria Reports (Australie)

INTRODUCTION

Des scandales financiers de l'ampleur d'Enron, Tyco, Worldcom, Cinar, Martha Stewart, Hollinger inc. et, plus récemment Norbourg, se succèdent à la une des journaux ces dernières années. Trop longtemps laissés à eux-mêmes¹ au nom du sacro-saint principe du libéralisme économique, les dirigeants d'entreprise sont maintenant dans la mire des législateurs, tant provincial que fédéral² mais également des tribunaux³.

¹ Marc GIGUÈRE, Les devoirs de dirigeants de sociétés par actions, Québec, P.U.L., 1967, p. 49 traduit bien la pensée de l'époque à propos de l'évaluation de l'efficacité de la gestion : « On n'ose généralement aborder cette question sans beaucoup de circonspection. C'est un problème délicat, épineux, parfois explosif. Les juristes en particulier traitent de ce sujet avec la plus grande réserve. Il faut être initié pour entrer dans le cénacle de ceux qui vont à la conquête des marchés comme on a été à la conquête des empires. C'est bien en effet de conquête dont il s'agit et ceux qui sont à la première ligne de feu tolèrent assez mal qu'on palabre sur les modalités de leur action surtout s'ils se prêtent le sentiment d'incarner à eux seuls l'idéal d'une nouvelle civilisation. Et de quoi se mêlerait l'État s'il prétendait avoir regard sur les armes et munitions du combat? Où sont les tribunaux qui céderaient à cette folle audace de censurer la compétence et l'habileté des hommes d'affaires? C'est un principe de l'économie libérale que chacun doit se mêler de ses affaires. Principe proclamé? Principe inavoué? Tout dépend des circonstances du poids des menaces qui pèsent à l'horizon. Le sommeil du législateur continue d'inspirer la prudence des tribunaux mais l'imprudence des hommes d'affaires et leur rapacité du gain peut soulever d'autres clameurs qu'on n'a pu faire taire en d'autres lieux. »

² C. Graham W. KING, "Extending Fiduciary Principles to the Director-Creditor Relationship: A Canadian Perspective", (2002) 29 Man. L.J. 243, 243: "Directors of corporation have good reason to be concerned about their responsibilities and potential liabilities. Society has become increasingly interested in corporate accountability and in particular, the accountability of individuals who direct corporate behaviour. Courts, regulators, legislators, and shareholders are scrutinizing more closely the ways in which directors discharge their responsibilities. Directors are realising that in order to discharge their duties with the necessary degree of care they need to catalogue these responsibilities and the risk of liability associated with them. Every director of every corporation should be aware and cognisant of an ongoing basis of liability exposure."

³ Stéphane ROUSSEAU, "The duties of Directors of Financially Distressed Corporations: A Quebec Perspective On the Peoples Case", (2004) 39 Rev. can. dr. comm. 368, 368 et 369: "It is important to recognize that these reform initiatives have not only received extensive coverage by commentators, but have also increasingly found their way into the case law. Indeed, Canadian courts are also influencing the rules of corporate management through their judgments. The law of director's duties and liabilities is undoubtedly one of the areas of the law where the judicial contributions to corporate governance can be the most significant. Courts are in a position to shape the standards of competence, diligence, integrity and accountability that govern director's conduct by interpreting the fiduciary duties and the duty of care."

Le droit criminel n'échappe pas à cette tendance. On tente de l'adapter aux réalités du monde des affaires par le biais de certains amendements découlant de la loi C-21 visant précisément la fraude sur les marchés boursiers et par lesquels on a, non seulement créé deux nouvelles infractions (le délit d'initiés et les menaces et représailles envers l'employé qui s'apprête à dénoncer la conduite illégale de l'employeur), mais également augmenté les peines d'emprisonnement maximales de 10 à 14 ans. Ces infractions furent ajoutées à celles que l'on regroupe sous le vocable des opérations frauduleuses en matière de contrats et de commerce (Partie X- articles 379-427 du Code criminel).

La malhonnêteté économique qui sous-tend les infractions appartenant à cette catégorie n'est pas une notion nouvelle. L'infraction générale de fraude qui s'y réfère expressément, à titre d'exemple, existe dans notre système de droit criminel depuis 1948. Partant, il demeure intéressant de s'interroger sur le traitement réservé aux opérations frauduleuses en contexte commercial. Qu'est-ce qui fait basculer une conduite dans le domaine du droit criminel? Comment distinguer les conduites criminelles de celles qui ne seront sanctionnées que par les recours propres au droit privé? L'exercice, s'il apparaît fondé compte tenu des récents scandales financiers commande néanmoins une sérieuse réflexion. Il ne faudrait pas qu'un excès de zèle perturbe le cours de l'économie, déjà passablement éprouvée.

Le concept de malhonnêteté s'est grandement développé en matière de fraude qui, selon le libellé de l'article 380⁴ du Code criminel, se commet par mensonge, supercherie ou par tout autre moyen dolosif.

La portée du concept de malhonnêteté qui y fut développé ne peut se comprendre en dehors de la trilogie de la Cour suprême composée des arrêts Olan⁵, Théroux⁶ et Zlatic⁷.

À l'occasion de l'arrêt Zlatic, la juge McLachlin a reconnu d'entrée de jeu la difficulté qu'il y a à définir ce qui est malhonnête. Toutefois, elle y a indiqué que la malhonnêteté comportait un dessein caché de priver quelqu'un de ce qui lui appartient. Le concept s'articule ainsi autour de trois thèmes à savoir la privation, le dessein caché et la mise en péril.

S'inspirant des écrits de l'auteur Ewart⁸, la juge McLachlin a poursuivi son raisonnement en donnant certains exemples de ce qui pourrait constituer une conduite malhonnête pour un administrateur de compagnie. Ainsi, l'utilisation des ressources financières d'une compagnie à des fins personnelles, la dissimulation de faits

⁴ L'article 380 C.cr. se lit comme suit: « Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, service, argent ou valeur: est coupable [...] »

⁵ R. c. Olan, [1978] 2 R.C.S. 1175.

⁶ R. c. Théroux, [1993] 2 R.C.S. 5.

⁷ R. c. Zlatic, [1993] 2 R.C.S. 29.

⁸ John Douglas EWART, Criminal Fraud, Toronto, Carswell, 1986.

importants, l'exploitation de la faiblesse d'autrui, le détournement de fonds et l'usurpation de fonds ou de biens peuvent représenter des moyens dolosifs. Soulignons que ces situations ont en commun qu'elles concernent les obligations de loyauté et d'honnêteté des administrateurs, qui elles, s'apprécient sous l'angle de l'intérêt de la compagnie.

En effet, si les administrateurs de compagnie jouissent de vastes pouvoirs, ceci ne leur permet pas pour autant d'agir à leur guise au détriment de la compagnie pour le compte de laquelle ils agissent. À cet égard, l'article 122 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions prévoit entre autres que les administrateurs doivent agir « avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. » Cette obligation commande notamment à l'administrateur de n'agir en aucun temps dans la poursuite de ses visées personnelles. Font donc obstacle à l'intérêt de la compagnie les cas flagrants d'abus de pouvoir, les conflits d'intérêts et les profits secrets⁹.

Cette obligation se retrouve également dans le Code civil du Québec où elle se traduit sous la forme d'un devoir d'honnêteté et de loyauté. Elle se trouve codifiée à

⁹ Anthony VANDUZER, The law of partnership and corporations, 2^e éd., Concord, Irwin Law, 2003, p. 219: "S. 122 (1) a) CBCA provides that directors and officers must act honestly and in good faith, with a view of the best interest of the corporation. Despite these efforts and others, there is no generally accepted theory that assists in declining what the obligation requires in any particular case. Nevertheless, The CBCA formulation provides some guidance. The duty to act "honestly" seems straightforward enough: directors and officers are prohibited from acting fraudulently in relation to the corporation. They must not intend to deprive the corporation for their personal gain of some asset or benefit to which it is entitled. Beyond honesty, directors and officers must try to do what is best for the corporation."

l'article 322 C.c.Q. Le devoir de loyauté, pour Mes Martel¹⁰, comporte trois facettes : le devoir de solidarité, le devoir de confidentialité ainsi que le devoir de divulgation. Pour les fins de notre analyse, nous ne tiendrons pas compte de l'obligation de solidarité. Nous reviendrons plus en détail sur ces deux dimensions.

Les administrateurs sont donc tenus d'agir en fonction du meilleur intérêt de la compagnie («proper purpose»), ce qui les empêche de servir leur intérêt personnel. Jusqu'à récemment, le droit en cette matière était loin d'être limpide. En effet, la jurisprudence et la doctrine étaient divisées sur la question. Pour certains, le «proper purpose» commandait que l'administrateur de compagnie, de par ses décisions, n'avantage que la compagnie. Selon cette position, si l'administrateur se trouvait par la même occasion à retirer un bénéfice, ses actes étaient susceptibles d'annulation et ce, même en l'absence de mauvaise foi. D'autres reconnaissaient au contraire la possibilité pour l'administrateur de tirer un profit accessoire lorsqu'il servait l'intérêt de la compagnie. Une troisième théorie, issue de la jurisprudence américaine réconciliait les deux courants de pensée. En vertu de cette règle, les administrateurs jouissaient d'une présomption selon laquelle ils agissaient dans l'intérêt de la compagnie. Le tout opérait ainsi un renversement de preuve pour le moins onéreux, selon lequel on exigeait la preuve d'une fraude ou de mauvaise foi ou d'un profit personnel. L'arrêt Peoples¹¹ fut l'occasion pour la Cour suprême de trancher le débat.

¹⁰ Maurice MARTEL et Paul MARTEL, La compagnie au Québec, Les aspects juridiques, Montréal, Wilson & Lafleur/Martel ltée, 2004.

¹¹ Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise, [2004] 3 R.C.S. 461.

Sans pour autant endosser la position américaine et le renversement de fardeau proposé, on admit l'idée qu'un administrateur puisse retirer un avantage parallèlement à sa gestion. Voici comment la Cour s'exprima à ce sujet :

« Cependant, il n'est pas obligatoire que les administrateurs et les dirigeants évitent dans tous les cas les gains personnels résultant directement ou indirectement de la surveillance ou de la gestion intègre et de bonne foi de la société. Dans bien des cas, les intérêts des administrateurs et des dirigeants coïncident par hasard mais légitimement avec ceux de la société. Si les administrateurs et les dirigeants sont aussi actionnaires, comme c'est souvent le cas, leur situation s'améliorera automatiquement en même temps que la situation financière de la société. Il en sera de même de la rémunération que les sociétés versent à leurs administrateurs et dirigeants. S'il est raisonnable, cet avantage, même s'il est versé par la société, n'entraîne habituellement pas la violation de leur obligation fiduciaire. Par conséquent, toutes les circonstances peuvent faire l'objet d'un examen minutieux pour déterminer si les administrateurs et les dirigeants ont agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société¹². »

Il demeure cependant que le concept d'intérêt de la compagnie, bien que d'une importance capitale, reste sans définition précise¹³. Sur la question, la jurisprudence s'est longtemps montrée divisée.

La position majoritaire illustrée par l'arrêt Greenhalgh c. Ardenne Cinemas Ltd¹⁴ faisait coïncider l'intérêt de la compagnie avec celui des actionnaires. Au soutien de cette solution, on faisait valoir le statut de bénéficiaire résiduel des actionnaires. Une autre thèse était plutôt à l'effet que les administrateurs devaient également prendre en

¹² Id., n° 39, 480.

¹³ Canadian Encyclopedic eDigest (Ontario), consulté à partir de eCarswell, n° 688: "The meaning of the phrase "best interest of the corporation is not clear". In some contexts it can be taken to mean the best interest of the corporation itself (that is, an abstract entity), while in others it refers to the shareholders as a collective whole."

¹⁴ [1951] Ch. 286 (R.-U. C.A.).

considération les intérêts de d'autres parties en sus de ceux des actionnaires, notamment lorsque la compagnie franchissait un seuil d'insolvabilité. Dans l'arrêt Peoples¹⁵ la Cour d'appel refusa d'étendre les obligations fiduciaires aux créanciers. Dans cette affaire, on a avancé l'idée que l'intérêt de la compagnie était « l'atteinte des objets pour lesquels la compagnie a été formée. » La Cour suprême quant à elle a indiqué que l'expression « au mieux des intérêts de la société » ne devait pas être comprise comme au mieux des intérêts des actionnaires, mais plutôt comme visant la maximisation de la valeur de la société¹⁶.

Il demeure, au-delà de ces précisions, que l'état du droit reste incertain, principalement en droit criminel où le problème souligné par la doctrine concerne principalement la détermination de la malhonnêteté dans le contexte de la définition de la fraude par autres moyens dolosifs¹⁷. C'est en effet à cette occasion que les tribunaux ont à comparer la conduite de l'accusé à celle d'une personne honnête. La tâche devient problématique dans la mesure où la définition actuelle du concept de malhonnêteté est incomplète et inadéquate (ce à quoi nous ferons référence sous le vocable de détermination organique). De même, la référence à des standards de

¹⁵ Peoples Department Stores inc. c. Wise, 2003 CarswellQue 145, n° 67 (C.A.)

¹⁶ Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise, précité, note 11, n° 42 : « [...] Pour ce qui est de l'obligation fiduciaire prévue par la loi, il est évident qu'il ne faut pas interpréter l'expression « au mieux des intérêts de la société » comme si elle signifiait simplement « au mieux des intérêts des actionnaires ». D'un point de vue économique, l'expression « au mieux des intérêts de la société » s'entend de la maximisation de la valeur de l'entreprise. »

¹⁷ Voir entre autres Anne-Marie BOISVERT, « La fraude criminelle: Sommes-nous allés trop loin? », (1995) 40 R.D. McGill 415, 419: « L'impressionnisme juridique entourant la définition de la fraude perdure, surtout quand cette dernière est perpétrée par des « moyens dolosifs » autres que la supercherie et le mensonge. »

morale communautaire (personne honnête), par définition flous et variables, ne facilite pas la situation (détermination factuelle). En résulte une confusion des plus totales prenant racine jusque dans les fondements du droit criminel.

En ce qui a trait à la détermination organique, la professeure Anne-Marie Boisvert¹⁸ dénonce la confusion entre l'acte malhonnête et l'intention malhonnête. Ses propos s'appuient sur les commentaires de la juge McLachlin qui, définissant la malhonnêteté, fit référence à un dessein malhonnête. Pour elle, la Cour suprême dans l'arrêt Zlatic¹⁹ a dénaturé les principes établis quelques années auparavant dans l'arrêt Olan²⁰ où il fut décidé que la malhonnêteté devait se rapporter à l'acte lui-même. En puisant le caractère malhonnête dans des éléments extérieurs comme le dessein, on ferait en sorte que l'évaluation de la malhonnêteté ne se trouve plus à dépendre de l'acte lui-même, mais plutôt de son impact sur les circonstances qui l'entourent.

Le dessein caché de s'enrichir réfère à un mobile or; dans notre droit, le mobile n'est pas un élément constitutif de l'infraction, mais sert uniquement à expliquer la conduite de l'accusé. La professeure Boisvert ajoute que, dans la plupart des transactions commerciales, il y a presque toujours poursuite d'un dessein d'enrichissement. Comme l'indique l'auteur Rosenberg²¹, souvent les administrateurs

¹⁸ Id., 438.

¹⁹ R. c. Zlatic, précité, note 7.

²⁰ R. c. Olan, précité, note 5.

²¹ Marc ROSENBERG, "Corporate Fraud", dans Conférences Commémoratives Meredith, Le droit des affaires face au droit pénal, Cowansville, Yvon Blais, 1990, 317.

sont rémunérés en fonction de la santé financière de la compagnie qu'ils administrent. On ne doit donc pas confondre la fraude avec ce qui permet d'en faire la preuve. La référence au dessein malhonnête serait à cet égard inefficace puisque ne permettant pas de distinguer adéquatement les pratiques commerciales déloyales, risquées ou agressives des pratiques frauduleuses.

Dans un même ordre d'idée, l'auteur Rosenberg, tout comme la professeure Boisvert, et l'auteur Bacher²², estime également que l'on associe trop largement la malhonnêteté à la privation subie par la victime :

"Where the test for "dishonesty" is whether the accused took an unjustified risk with the corporate assets of the victim, then it may seem that the second element of "other fraudulent means", the requirement of deprivation will appear to merge with the dishonesty requirement. It is important however, to keep the two concepts distinct because they address quite separate issues²³."

Or, « l'essence du crime ne peut se réduire à la simple privation²⁴. »

Les critiques visant la détermination factuelle de la malhonnêteté s'articulent autour de la norme de la personne raisonnable. Ainsi, en ce qui concerne la norme d'honnêteté générale par laquelle on évalue la conduite de l'accusé, la professeure Anne-Marie Boisvert dénonce le fait qu'on demande à une personne qui a des valeurs différentes de porter un jugement moral sur la conduite d'une autre personne. Les

²² Jean-Luc BACHER, « Les vellétés normalisatrices de la Cour suprême en matière d'échanges économiques: fraude et sens du risque », (1999) 14 R.C.D.S. 131.

²³ M. ROSENBERG, op.cit., note 21, p. 330.

²⁴ A.-M. BOISVERT, loc.cit., note 17, 438.

auteurs Kevin Davis et Julian Roy²⁵ soulignent quant à eux la difficulté liée à l'application du concept de malhonnêteté dont les sens juridiques et populaires diffèrent. En effet, alors que cette notion est généralement associée au mensonge, à la tricherie et au vol, les tribunaux n'entendent pas restreindre l'application de l'article 380 du Code criminel à ces formes bien connues de malhonnêteté.

De plus, Davis, Roy et Boisvert craignent qu'en se servant de cette norme communautaire les tribunaux introduisent, par la même occasion, leurs propres valeurs dans notre système juridique. Cette situation entraînerait des verdicts différents dépendamment du degré de « sensibilité » des magistrats. Une telle situation, prévient la professeure Boisvert, risque de jeter un certain discrédit sur la justice criminelle. En cela, elle s'appuie sur les propos suivants du juge Fullagar qui, bien que formulés à l'égard du droit anglais, sont tout aussi valables en ce qui concerne notre système puisqu' intimement liés :

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

"In my opinion, once the courts of law, properly so called begin to decide cases, especially criminal cases, *according to the judges own view of abstract justice or of current standards of honesty or morality, respect for the courts will be*

²⁵ Kevin DAVIS et Julian ROY, "Fraud in the Canadian Courts: an unwarranted expansion of the scope of the criminal sanction", (1998) 20 Can. Bus. L.J. 210.

calculated to decline, with dire consequences of a most fundamental character
[nos italiques]²⁶."

C'est néanmoins le caractère imprécis²⁷ de la norme communautaire qui s'est attiré à l'unanimité les foudres des auteurs²⁸. On signale que cette situation facilite la création prétorienne de nouvelles infractions, une situation contraire à l'article 9 du Code criminel qui empêche les condamnations basées sur la common law. En cela, on se réfère à l'arrêt Zlatic²⁹ à l'occasion duquel on a jugé que le fait de provoquer sa faillite en jouant au casino constituait un cas de fraude. D'une part, cette conclusion est étonnante puisque contrairement au droit anglais et suisse, notre code ne considère pas la faillite occasionnée par une dilapidation de biens comme une infraction. De plus, les sommes ici jouées n'appartenaient pas aux créanciers de Zlatic. Ceux-ci n'avaient qu'un droit de créance, c'est-à-dire un droit personnel par opposition à un droit réel.

²⁶ R. c. Salvo, [1980] V.R. 401, 430.

²⁷ Le meilleur exemple de cette situation est l'affaire R. c. Black (1983), 5 C.C.C. 313 (C.A. Ont.) où le jury est revenu, suite à l'exposé du juge et au cours de ses délibérations pour demander une définition juridique de la fraude.

²⁸ J.-L. BACHER, loc.cit., note 22, 152: « Le droit, à trop vouloir sécuriser l'économie, a fini par sacrifier la sécurité qu'il est censé offrir aux justiciables en demeurant aussi clair et prévisible, dans ses applications à venir que possible. En cherchant à réduire toujours davantage les risques et aléas liés aux activités économiques, la Cour a rendu son droit flou et changeant. La sécurité du droit est un idéal d'une grande importance; il est en effet l'apanage des systèmes de justice démocratiques qui s'efforcent d'émettre des règles légales suffisamment intelligibles pour que les citoyens puissent adapter leurs comportements aux obligations qui leur sont faites par le droit. »

²⁹ R. c. Zlatic, précité, note 7.

Il est intéressant de noter que la juge McLachlin, pourtant rédactrice du jugement à l'occasion de l'affaire Zlatic, avait déjà mis la majorité en garde contre la formulation de principes imprécis à l'occasion de l'arrêt Kelly :

« C'est un concept fondamental du droit pénal que les règles de droit doivent être précises et définitives. C'est là un concept essentiel puisqu'une personne risque d'être privée de sa liberté et de subir la sanction et l'opprobre que jette une déclaration de culpabilité criminelle. Ce principe est inscrit dans la common law depuis des siècles, et formulé dans la maxime *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*-- il ne saurait exister de crimes ou de sanctions sauf en conformité avec des règles de droit bien établies et précises. La création d'un crime qui ne correspond pas à ce principe fondamental pourrait bien de ce fait être inconstitutionnelle. [...]»³⁰. »

La norme communautaire rend également la conduite malhonnête déterminable au fur et à mesure³¹. Michel Proulx³² y voit clairement une violation aux principes de justice fondamentaux puisque cette norme ne permet pas à un citoyen de connaître à l'avance ce qui est criminel et d'adapter sa conduite en conséquence. Nous ne partageons pas cet avis, bien que nous croyons qu'il aurait été plus approprié pour les tribunaux d'évaluer la malhonnêteté en fonction de l'ampleur du risque encouru. Nous prenons ainsi position sur l'avis de l'auteur Ewart :

³⁰ R. c. Kelly, [1992] 2 R.C.S. 170, 203.

³¹ Pour la Commission de réforme du droit, cette position se justifie parfaitement. Voir COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, Le vol et la fraude, Document de travail 19, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1977, p.9: « Il est probable, toutefois que les cas limites donneront naissance à une bonne part d'incertitude. En effet, si chaque décision dépend des circonstances de l'espèce, il est impossible de déterminer si un acte est un crime avant qu'un tribunal ne se soit prononcé. Cette incertitude se justifie parfaitement. L'acte étant douteux sur le plan de la moralité, il constitue un cas limite. La loi ne peut, en étant plus précise dissiper elle-même cette incertitude sans devenir artificielle et perdre contact avec la moralité commune. En réalité, dans ces cas, l'incertitude au plan moral se répercute sur le droit. »

³² Michel PROULX, « Le concept de la malhonnêteté dans la fraude pénale », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Droit pénal- Orientations nouvelles, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987, p.209.

"Although general principles and useful precedents can be obtained from cases like those discussed above, the term dishonesty remains without a definition in Canadian case law. This has given fear that the offence has become inappropriately broad and uncertain, since trier of fact will be free to apply almost any standard in deciding if conduct was criminally dishonest. However as has been shown, it would appear that standards have already evolved which can be of substantial direct or inferential assistance on this issue in most cases³³."

Selon nous, toutefois, la critique la plus importante, sous l'angle du droit criminel des affaires, est sans aucun doute que la norme de la personne raisonnable pêche par sa simplicité face à la complexité des transactions commerciales³⁴. Bacher parle même d'un « décalage croissant par rapport aux réalités économiques touchées par cette politique³⁵. » Roy et Davis souligne pour leur part les dangers d'une telle situation :

"One of our main concerns about the ruling in Olan is that it gives criminal courts broad licence to review the merits of business decisions long after they have been made. We believe that the combined effect of perfect hindsight and many criminal jurists' limited experience with complicated commercial transactions are bound to lead some courts to find fraud in transactions that informed contemporaneous observers would consider to be legitimate³⁶."

³³ J.D. EWART, *op.cit.*, note 8, p.95.

³⁴ A.-M BOISVERT, *loc.cit.*, note 17, 421 : « Le développement et la sophistication des pratiques commerciales, notamment le recours aux entités corporatives, ont toutefois rapidement mis au jour la difficulté conceptuelle liée à l'application de ce modèle simpliste de la fraude. Voir également M. PROULX, *loc.cit.*, note 32, 229: « Les tribunaux ont certes reconnu que des irrégularités, voir même une négligence ou encore des « manœuvres périlleuses blâmables mais non criminalisables » ne suffisent pas pour donner à un acte l'épithète de « malhonnêtes » : ces indices de tolérance ne peuvent suffire néanmoins pour permettre de s'en accommoder dans les instances où les pratiques commerciales sont complexes. »

³⁵ J.-L. BACHER, *loc.cit.*, note 22, 133 : « Si la question nous paraît devoir être posée, c'est parce que la politique déployée par la cour, avec ce qu'elle renferme de non-dits et de rationalités implicites, nous paraît en décalage croissant par rapport aux réalités économiques touchées par cette politique. En effet, il y a lieu de craindre que l'esprit de la jurisprudence de la cour s'avère de plus en plus difficilement conciliable avec les mentalités, les valeurs et les pratiques qui caractérisent l'économie marquant un écart toujours plus prononcé entre droit et économie. La question est plus actuelle que jamais dès lors que la cour ne cesse, depuis quelque temps, d'étendre le rayon d'action de la disposition pénale sur la fraude et, par-là même, les velléités du droit criminel à régir ou conditionner les comportements économiques. »

³⁶ J. Roy et K. DAVIS, *loc.cit.*, note 25, 216.

La professeure Anne-Marie Boisvert fut une des premières à dénoncer cette situation. Ses études l'amènent à conclure que la Cour suprême du Canada a échoué dans la mission qu'elle s'était confiée, c'est-à-dire éviter de définir la malhonnêteté criminelle de façon à ce qu'elle s'étende à des pratiques commerciales qui, bien qu'imprudentes, ne méritent pas d'être stigmatisées par une condamnation criminelle.

Comme la juge McLachlin le soulignait à propos de la malhonnêteté :

« La négligence ne suffit pas, pas plus que le fait de profiter d'une chance au détriment d'autrui sans avoir adopté une conduite dénuée de scrupules, peu importe que cette conduite soit volontaire ou irréfléchie³⁷. »

La Cour suprême serait ainsi allée trop loin dans la répression de la malhonnêteté, faisant en sorte qu'on ne puisse plus déterminer quelle est exactement la malhonnêteté criminelle sanctionnée par le crime de fraude. S'il est vrai que l'on ne peut s'attendre de la Cour suprême qu'elle fixe une définition précise de la malhonnêteté, on peut à tout le moins s'attendre à ce qu'elle fournisse certains paramètres pour encadrer l'exercice discrétionnaire des instances inférieures.

Les auteurs Davis et Roy³⁸ ajoutent, à ce propos, que cette interprétation trop généreuse du crime de fraude va à l'encontre du principe d'interprétation restrictive qui doit guider les juges lorsqu'ils interprètent une disposition criminelle. Pour eux, la notion de malhonnêteté se trouverait jusqu'à englober toutes les tactiques, même

³⁷ R. c. Zlatic, précité, note 7, 45.

³⁸ J. Roy et K. DAVIS, loc.cit., note 25.

celles qui sont purement stratégiques et essentielles à la survie en marché concurrentiel.

Paradoxalement, encore une fois, la juge McLachlin avait pourtant dénoncé l'élargissement de la portée d'une infraction :

«J'éprouve des difficultés relativement au moment et à la nature de la divulgation qui permettent de conclure à l'absence de cet élément de la *mens rea* de l'infraction. Le juge Cory précise que la divulgation doit être faite « de façon appropriée » et « en temps opportun ». À mon avis, le juge Cory donne à ces expressions une interprétation qui élargit la portée de l'infraction d'une façon incompatible avec les principes du droit pénal³⁹. »

De plus, la Cour en condamnant la prise de risque ferait abstraction du fait qu'il est souvent dans l'intérêt d'une compagnie de prendre certains risques. Rosenberg est de cet avis "Companies in doing business in the ordinary course, constantly put their shareholders, bondholders and creditors at risk⁴⁰." Bacher souligne pour sa part l'incompatibilité de ces principes avec la personnalité même des dirigeants d'entreprises auxquels ils s'adressent puisque «en bref par tempérament l'entrepreneur doit avoir un certain goût du risque⁴¹.» En somme, le concept de malhonnêteté, dans sa forme actuelle, rendrait mal compte de la pratique du monde des affaires et serait de ce fait inadapté⁴².

³⁹ R. c. Kelly, précité, note 30, 201.

⁴⁰ M. ROSENBERG, *op.cit.*, note 21, p. 322

⁴¹ J.-L. BACHER, *loc.cit.*, note 22, 161

⁴² *Id.*, 147 : « Il est sans doute légitime de souhaiter que les échanges économiques soient aussi équilibrés que possible, mais il nous paraît utopique de vouloir l'imposer par le droit criminel, toute en sachant qu'un tel équilibre n'est même pas au programme du droit commercial. »

Cette dernière critique (voulant que le raisonnement qui mène à la détermination de la malhonnêteté ignore la réalité propre au monde des affaires) n'ayant été qu'ébauchée très rapidement en doctrine, nous nous proposons de la vérifier. Dans quelle mesure la notion d'intérêt de la compagnie guide-t-elle les tribunaux dans leur détermination de ce qui constitue une conduite malhonnête?

Cette question est pourtant d'une grande importance puisqu'elle permet de faire un lien entre le droit criminel et le droit des sociétés⁴³. N'oublions pas que le droit criminel des affaires tire ses origines de ces deux domaines de droit. Son équilibre et sa crédibilité ne seront assurés que si on fait reposer les principes qui l'animent sur les réalités de ces deux domaines⁴⁴.

⁴³ Jean-Claude HÉBERT, Droit pénal des affaires, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p.497 : « Gardant en mémoire cette réserve, la norme juridique régissant l'obligation fiduciaire en droit privé peut utilement alimenter notre réflexion, ne serait-ce que par l'utilisation de concepts bien connus en droit pénal. »

A.-M BOISVERT, loc.cit., note 17, 460 : « À cet égard, une relecture de l'arrêt Olan qui prendrait en compte les obligations fiduciaires des administrateurs à l'égard de la compagnie qu'ils géraient, de ses actionnaires ainsi qu'envers les personnes ayant un intérêt dans la bonne santé financière de la compagnie, fournirait une manière simple et efficace d'évaluer l'honnêteté de la conduite des accusés dans cette affaire. Il est en effet possible de soutenir que, dans l'affaire Olan, la mise en péril du patrimoine de la compagnie était injustifiée, non pas parce qu'elle était risquée, mais parce qu'elle fut faite en violation de l'obligation fiduciaire des administrateurs d'agir dans le meilleur intérêt de la compagnie. »

⁴⁴ J.-L. BACHER, loc.cit., note 22, 133 : « La question de la compatibilité entre, d'une part l'esprit de la doctrine jurisprudentielle développée par la cour suprême en matière de fraude et, d'autre part, les impératifs d'une politique pleinement adaptée aux réalités économiques sur lesquelles elle doit déployer son action, comporte plusieurs volets. Il faut tout d'abord savoir si la jurisprudence de la cour a de réelles chances de se révéler praticable sur le terrain de l'économie [...] C'est-là une question d'autant plus fondée qu'en matière de fraude, l'alimentation du système pénal en affaires dépend dans une très large mesure du concours des citoyens et plus particulièrement des victimes de fraudes elle-même. »

En matière de crimes économiques, les auteurs se sont surtout concentrés à identifier les lacunes liées à l'application du concept de la malhonnêteté, mais aucun ne s'est encore risqué à s'inspirer des mécanismes prévalant en droit corporatif afin d'en combler les lacunes. On souligne le manque de précision de notre droit sans pour autant chercher à apporter une solution concrète à cette situation. Ceci a pour conséquence que les administrateurs vivent carrément avec une épée de Damoclès au-dessus de leur tête ne sachant que dans les grandes lignes et dans les cas les plus manifestes en quoi correspond une conduite malhonnête.

Plusieurs arrêts, dont l'affaire Lazeo⁴⁵, font d'ailleurs ressortir le caractère aléatoire de l'appréciation, par les tribunaux, d'une conduite malhonnête en matière commerciale. Il apparaît donc de la plus grande importance de fixer des paramètres au-delà desquels une conduite pourra être qualifiée de frauduleuse⁴⁶ et dont la Cour suprême avait, à notre avis, déjà fourni certains indices⁴⁷ à l'occasion de l'arrêt Zlatic⁴⁸, indices auxquels ne fut pas prêtée toute l'attention que ceux-ci méritaient.

⁴⁵ R. v. Lazeo, (2000) 147 C.C.C. (3d) 388 (C.A. C.-B.)

⁴⁶ Voir les propos du juge Carthy dans l'arrêt R. v. Milec, (1996), 110 C.C.C. (3d) 439, 444-445 (C.A. Ontario): "The reality of commercial life mandates that the line between acts directed to the preservation of the business, even if desperate, and acts which are fraudulent, be meticulously drawn." J.D. EWART, op.cit., note 8, p.100 "Understanding that phrase (by deceit, falsehood and other fraudulent means) and in particular understanding the meaning of the encompassing concept of dishonesty, is of critical importance to an appreciation of the new law of fraud."

⁴⁷ À ce titre nous rappelons que la juge McLachlin avait mentionné que l'utilisation des ressources financières d'une compagnie à des fins personnelles, la dissimulation de faits importants, l'exploitation de la faiblesse d'autrui, le détournement de fonds et l'usurpation de fonds ou de biens sont des moyens dolosifs.

⁴⁸ R. c. Zlatic, précité, note 7.

Cela est primordial tant en droit des sociétés qu'en droit criminel. En effet, si les principaux acteurs ne savent plus quelle conduite adopter, la justice criminelle perdra peu à peu son effet dissuasif. Par ignorance, on s'engagera dans des conduites illégales d'où une certaine déconsidération de la justice criminelle⁴⁹.

En ce qui a trait au droit des sociétés, une condamnation criminelle peut aller jusqu'à hypothéquer la carrière d'un administrateur. Rappelons en effet, qu'en vertu de l'article 329 C.c.Q.⁵⁰, un administrateur de compagnie peut se voir disqualifier pendant cinq ans s'il a fait l'objet d'une condamnation criminelle pour fraude.

Dans le climat actuel, les gens d'affaires pourraient être amenés à prendre moins de risque, ce qui pourrait avoir un effet néfaste à long terme sur l'économie. Une situation instable pourrait même avoir des conséquences sur la confiance de l'actionnariat déjà considérablement ébranlée.

Notre objectif est donc d'examiner certains des grands principes qui guident les tribunaux en matière de droit corporatif afin de dégager certaines constantes qui nous

⁴⁹ J.-L. BACHER, *loc.cit.*, note 22,171: « Dans ces conditions, la nouvelle portée de l'article 380 Code criminel nous paraît mal se justifier. Dans une plus large perspective, il nous semble souhaitable qu'elle évite au droit pénal de devenir de plus en plus normalisateur, réparateur ou répartiteur de biens. C'est là un rôle qui s'accorde mal avec sa mission traditionnelle qui est d'interdire et de sanctionner les atteintes aux valeurs les plus fondamentales. À trop vouloir embrasser de problèmes, le droit pénal canadien étreindra la délinquance et mettra sa crédibilité en péril auprès des justiciables. »

⁵⁰ L'article 329 du C.c.Q. se lit comme suit: « Le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, interdire l'exercice de la fonction d'administrateur d'une personne morale à toute personne trouvée coupable d'un acte criminel comportant fraude ou malhonnêteté, dans une matière reliée aux personnes morales, ainsi qu'à toute personne qui, de façon répétée, enfreint les lois relatives aux personnes morales ou manque à ses obligations d'administrateur. »

permettront de décrire ce que représente une conduite malhonnête au sens du droit criminel.

De même, considérant que la malhonnêteté sous-tend plusieurs autres infractions liées au droit de propriété comme le vol, nous ferons le même exercice pour cette infraction.

Nous tenons à souligner que la présente analyse ne porte que sur les infractions criminelles. Nous avons décidé de ne pas nous concentrer sur les infractions pénales.

Cette démarche nous amènera inévitablement à vérifier si la malhonnêteté a le même sens en droit criminel qu'en droit des sociétés.

I - L'EXPRESSION DE LA MALHONNÊTETÉ EN DROIT CORPORATIF

D'entrée de jeu, nous tenons à préciser que la présente partie se veut un exposé sommaire des grands principes régissant le droit corporatif tel qu'il se profile actuellement. Nous n'entendons donc pas nous lancer ici dans une analyse détaillée ou trancher les débats ayant cours actuellement, mais bien formuler certaines assises à la réflexion qui suivra en matière de droit criminel.

Les devoirs auxquels sont astreints les administrateurs de compagnies découlent soit de la Loi sur les compagnies (L.C.Q.) soit de la Loi canadienne sur les sociétés par actions (L.C.S.A.), dépendamment du régime selon lequel la compagnie qu'ils représentent s'est incorporée. À titre supplétif, on retrouvera également dans le Code civil du Québec des dispositions pertinentes sur la question, notamment au titre portant sur les personnes morales (art.298 à 364 C.c.Q.) ainsi que parmi les dispositions concernant le mandat (art. 2130 à 2185 C.c.Q.). Ces obligations, qu'elles découlent de l'une ou l'autre de ces lois, prescrivent essentiellement la même chose, c'est-à-dire une obligation de type fiduciaire se traduisant, selon notre droit, en un devoir d'honnêteté et de loyauté.

En ce qui a trait à l'honnêteté, celle-ci est fonction, selon certains, du respect du droit de propriété⁵¹ tandis que d'autres la rattachent à la bonne foi⁵² dans l'exécution d'un contrat.

On avance également l'idée d'une gradation de la malhonnêteté, qui n'est pas étrangère au droit criminel⁵³, commandant une approche nuancée se fondant sur un examen des circonstances propres à chaque affaire.

« On doit d'abord rappeler le sens subjectif, traditionnel, de la bonne foi. En fait, ce premier concept de bonne foi a deux acceptions dans le vocabulaire juridique. La première est celle qui oppose bonne foi à mauvaise foi ; est de bonne foi toute personne qui agit sans intention malicieuse. Notons immédiatement à cet égard que l'article 2805 C.c. édicte une présomption générale et réfragable de bonne foi. Le deuxième sens traditionnel de la bonne foi est l'ignorance ou la perception erronée de la réalité ; une personne est de mauvaise foi lorsqu'elle agit en sachant qu'elle le fait de façon illégale ou illégitime.

Ces deux acceptions de la bonne foi renvoient à la disposition d'esprit dans laquelle se trouve une personne lorsqu'elle agit. Le Code civil en consacre une troisième, que l'on avait vu affirmée dans une trilogie de la Cour suprême. Cette bonne foi, dite objective, a un sens beaucoup plus large, soit celui de norme de comportement acceptable. Selon le contexte, de telles normes ont une dimension

⁵¹ Hubert REID, Dictionnaire du droit québécois et canadien, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p.283 : « Qualité de la personne qui respecte le bien d'autrui, qui ne cherche pas à se l'approprier. »

⁵² Claude FABIEN, « Le nouveau droit du mandat », dans La réforme du code civil, vol.2, Textes réunis par le Barreau et la Chambre des notaires, Québec, P.U.L., 1993, pp. 881-954. p.895 et 896 « La nuance entre l'honnêteté et la loyauté n'est pas évidente. L'honnêteté se rapproche vraisemblablement de la bonne foi dans l'exécution du contrat prescrite par l'article 1375 C.c.Q. La loyauté est un standard de comportement qui exige que le mandataire fasse passer l'intérêt du mandant avant son propre intérêt ou celui d'une tierce partie. »

⁵³ Voir en droit criminel Jacques GAGNÉ et Pierre RAINVILLE, Les infractions contre la propriété le vol, la fraude et certains crimes connexes, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p.183 : « Il existe une certaine gradation dans la malhonnêteté. Cette proposition se vérifie dans plusieurs domaines tels l'escroquerie, le faux prospectus et la fraude. L'article 361 (2) C.cr. prescrit que la louange même exagérée de la qualité d'une chose n'est pas considérée malhonnête en droit criminel, à moins qu'elle ne soit poussée au point d'équivaloir à une dénaturation frauduleuse des faits. De son côté, l'article 400 C.cr. relatif au faux prospectus n'entend réprover que les manquements les plus graves à l'intégrité. Aussi la fausseté du prospectus doit-elle porter sur un « point essentiel » comme le précise le libellé de l'article 400 C.cr. Les mensonges moins sérieux demeurent impunis au plan criminel. La jurisprudence prend acte de la même réalité. Elle refuse de sanctionner les écarts les plus minimes par rapport à la norme idéale d'honnêteté. »

morale, sociale, ou encore elles renvoient simplement au « bon sens », la bonne foi est donc devenue l'éthique de comportement exigée en matière contractuelle (comme d'ailleurs dans bien d'autres matières). *Elle suppose un comportement loyal et honnête. On parle alors d'agir selon les exigences de la bonne foi. Ainsi, une personne peut être de bonne foi, c'est-à-dire ne pas agir de façon malicieuse ou agir dans l'ignorance de certains faits, et agir tout de même à l'encontre des exigences de la bonne foi, soit en violant des normes de comportement objectives et généralement admises dans la société* [nos italiques]⁵⁴. »

Il est intéressant de noter, à cet effet, que les normes de comportement objectives auxquelles font référence les auteurs Baudouin et Jobin dans cet extrait sont similaires à la norme communautaire développée en droit criminel et exposée précédemment.

Le manquement à l'obligation de bonne foi tel qu'entendu dans son sens traditionnel, c'est-à-dire en relation avec l'intention malicieuse ou l'insouciance, est particulièrement visé par les articles 316 et 317 C.c.Q assimilables aux opérations frauduleuses.

Au-delà de l'état d'esprit, la notion d'intérêt de la compagnie joue un rôle déterminant dans la compréhension du concept de la malhonnêteté. À titre de rappel, en droit corporatif, l'objectif ultime est avant tout de maximiser la valeur de la société. Partant, toute conduite s'écartant de cet objectif, donc de l'intérêt de la compagnie, et portant atteinte à la valeur de la société sera pour le moins suspecte

⁵⁴ Jean-Louis Baudouin et Pierre-Gabriel Jobin, Les obligations, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, n°98 et 99, p. 143 et 144.

voire malhonnête. Ces conduites sont susceptibles de se polariser en deux types de conflits, à savoir les conflits horizontaux et les conflits verticaux⁵⁵.

Les conflits horizontaux visent les cas où un groupe abusera de sa position au détriment d'un autre groupe (actionnaires, créanciers,...) afin d'opérer un transfert de richesse, le tout, sans le consentement de ce groupe et sans compensation. Ce type de conduite regroupera les cas de manipulation de la personnalité morale (317 C.c.Q.), les opérations d'initiés de même que les cas de fraude envers la minorité.

Les conflits verticaux, pour leur part, regroupent les cas où un individu portera préjudice à l'ensemble des membres de la société en s'appropriant les biens de cette dernière encore une fois sans consentement et sans compensation. Ces conflits sont particulièrement visés à l'article 323 C.c.Q sur lequel nous reviendrons.

A. Les opérations frauduleuses ou les conflits horizontaux

La fraude se distingue du vol en ce qu'alors que le voleur dépossède sa victime contre son gré, le fraudeur, lui, par la ruse, amène sa victime à se déposséder elle-même. Cette distinction pour le moins simpliste explique néanmoins une réalité du droit corporatif à savoir que les infractions faisant référence à la fraude sont moins nombreuses en contexte commercial. En effet, la compagnie ne pouvant agir que par l'intermédiaire de ceux qui l'administrent (administrateurs et dirigeants), il lui est

⁵⁵ L.E. MITCHELL, "A Theoretical and Practical Framework for Enforcing Corporate Constituency Statutes", (1992) 70 Tex. L.Rev. 579, 591.

difficile de se départir de ses biens de sa propre initiative. Seuls ceux qui gèrent son patrimoine peuvent le faire. Néanmoins, certains intervenants comme les créanciers et les actionnaires minoritaires peuvent se voir floués en certaines circonstances.

Ainsi, le spectre d'un travestissement de la personnalité morale demeurant possible, le législateur a, par le biais des articles 316⁵⁶ et 317⁵⁷ C.c.Q., prévu certains mécanismes permettant de s'attaquer aux actes frauduleux subis par la compagnie et par la même occasion de préserver la moralité contractuelle, véritable pilier de notre économie.

Ces articles opèrent, de par leur renvoi à la fraude, un recoupement avec le droit criminel que nous soulignerons au besoin.

1. La fraude envers la compagnie

a) La règle de la majorité

Selon la Loi sur les compagnies, les actionnaires n'ont, à titre personnel, aucun recours pour les dommages subis par la compagnie. Les tribunaux hésitent en effet à intervenir lorsque l'affaire qui leur est soumise concerne un conflit portant sur la

⁵⁶ L'article 316 C.c.Q. se lit comme suit : « En cas de fraude à l'égard de la personne morale, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, tenir les fondateurs, les administrateurs, les autres dirigeants ou les membres de la personne morale qui ont participé à l'acte reproché ou en ont tiré un profit personnel responsables, dans la mesure qu'il indique, du préjudice subi par la personne morale. »

⁵⁷ L'article 317 C.c.Q. se lit comme suit : « La personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public. »

gestion interne. Cette retenue judiciaire s'explique notamment par la règle de la majorité. Précisons que cette règle ayant été abolie selon le régime fédéral, seules les compagnies ayant adhéré au régime québécois continuent d'être régies par celle-ci.

Cette règle issue de l'arrêt britannique Foss c. Harbottle⁵⁸ s'exprime selon notre droit comme empêchant les tribunaux d'interférer avec les actes ratifiés par la majorité des actionnaires. L'arrêt Peoples⁵⁹ tel qu'il a été vu précédemment a toutefois créé une entorse à la règle énoncée dans Foss c. Harbottle.

Justifiée en fonction de la personnalité juridique distincte de la personne morale, la non-intervention des tribunaux empêche les actionnaires de bénéficier à la fois d'une responsabilité limitée et de considérer comme personnel tout préjudice subi par la compagnie. De même, rappelons que les devoirs de loyauté n'étant dus qu'à la compagnie, c'est à cette dernière qu'il appartient d'entreprendre les démarches appropriées afin de se faire dédommager. Enfin, notre droit ne tolérant pas que l'on plaide au nom d'autrui, on considère que seule la compagnie a le statut de partie pour entreprendre une action en dédommagement.

⁵⁸ 67 E.R. 189 (H.L.)

⁵⁹ Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise, précité, note 11.

b) Les exceptions

i) l'action oblique

Alors que la règle de la majorité a été expressément écartée par le régime fédéral à l'article 242⁶⁰ de la L.C.S.A., la législation québécoise ne prévoit rien de tel. Il sera toutefois possible à l'actionnaire lésé, dans le cas d'actes frauduleux, déloyaux ou dont la finalité s'écarte de l'intérêt de la compagnie de s'adresser aux tribunaux en invoquant les pouvoirs de surveillance et de contrôle prévus à l'article 33 C.p.c.⁶¹ et ainsi obtenir le redressement recherché. Il s'agit de l'action oblique.

L'affaire Lagacé⁶² a formulé les bases de ce recours. Un actionnaire cherchait alors l'intervention du tribunal afin de mettre un terme à l'administration illégale d'une compagnie. Il intenta ce recours en son nom personnel. Celui-ci alléguait notamment que cette gestion illégale découlait d'une appropriation des deniers de la compagnie sous forme d'emprunts à titre gratuit, de salaires non autorisés ainsi que de dépenses à des fins personnelles.

⁶⁰ L'article 242(1) L.C.S.A. se lit comme suit : « **Preuve de l'approbation des actionnaires non décisive.** Les demandes, actions ou interventions visées à la présente partie ne peuvent être suspendues ni rejetées pour le seul motif qu'il est prouvé que les actionnaires ont approuvé, ou peuvent approuver, la prétendue inexécution d'obligations envers la société ou sa filiale; toutefois, le tribunal peut tenir compte de cette preuve en rendant les ordonnances prévues aux articles 214, 240 ou 241. »

⁶¹ L'article 33 C.p.c. se lit comme suit : « À l'exception de la Cour d'appel, les tribunaux relevant de la compétence du Parlement du Québec, ainsi que les corps politiques, les personnes morales de droit public ou de droit privé au Québec, sont soumis au droit de surveillance et de réforme de la Cour supérieure, en la manière et dans la forme prescrites par la loi, sauf dans les matières que la loi déclare être du ressort exclusif de ces tribunaux, ou de l'un quelconque de ceux-ci, et sauf dans les cas où la compétence découlant du présent article est exclue par quelque disposition d'une loi générale ou particulière. »

⁶² Lagacé c. Lagacé, [1966] C.S. 489

Concernant l'action prise en son nom personnel, la Cour reconnut qu'il s'agissait là d'un recours existant en common law et en droit civil et constituant une exception à la règle interdisant de plaider au nom d'autrui.

La Cour rendit le recours au pouvoir de contrôle et de surveillance de l'article 33 C.p.c conditionnel à l'établissement de la gestion de l'acte allégué par les défendeurs, au refus d'agir de la part de la société (ce refus pouvant être exprès ou présumé), de même qu'au caractère frauduleux ou ultra vires des actes reprochés.

ii) l'article 316 C.c.Q.

Au-delà des pouvoirs généraux de contrôle et de surveillance des cours supérieures, comme le font remarquer Mes Martel⁶³, le législateur a en quelque sorte, codifié l'action dérivée. Ainsi, la fraude à l'endroit de la personne morale est sanctionnée en droit privé par le biais de l'article 316 C.c.Q. qui constitue une première source de responsabilité civile à l'égard des administrateurs de compagnie :

« En cas de fraude à l'égard de la personne morale, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, tenir les fondateurs, les administrateurs, les autres dirigeants ou les membres de la personne morale qui ont participé à l'acte reproché *ou* en ont tiré un profit personnel responsables, dans la mesure qu'il indique, du préjudice subi par la personne morale [nos italiques]. »

Il est fort intéressant de comparer le libellé de l'article avec les commentaires du Ministre. Selon le Code, afin de pouvoir bénéficier du recours de l'article 316 C.c.Q., on devra établir une participation à l'acte fautif ou la réalisation d'un profit. Or, selon

⁶³ M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, note 10, p. 30-21

les commentaires du Ministre, la preuve de ces éléments est essentielle, ce qui alourdit considérablement le fardeau de preuve :

« Cet article constitue une application particulière des règles de responsabilité civile. Il a pour effet d'accorder au tribunal le pouvoir, dans les cas de fraude, de tenir les fondateurs, les administrateurs, les autres dirigeants ou les membres, responsables de l'acte reproché, dans la mesure qu'il indique. Il établit cependant, que pour tenir les membres et les fondateurs responsables, il faut prouver qu'ils ont participé à l'acte et en ont tiré un profit personnel⁶⁴. »

Quoiqu'il en soit, le recours de l'article 316 C.c.Q. reste fort intéressant puisqu'il élargit celui de l'article 33 C.p.c. En effet, l'emploi des termes « tout intéressé » fait en sorte de permettre à des parties autres que les actionnaires, comme les créanciers, d'entreprendre une action. De même, il ne sera pas nécessaire ici d'établir que la fraude a été commise par ceux qui contrôlent la compagnie.

L'article 316 C.c.Q. ne vise que les cas de fraude. À notre avis, l'affaire Industrielle et financière Holding Genève S.A. c. Hydroforce Québec ltée⁶⁵ bien que rendue dans le contexte de l'article 317 C.c.Q., fait en sorte que le type de fraude visé par l'article 316 C.c.Q., bien que faisant clairement référence à la fraude civile et paulienne, comprend également la fraude criminelle.

La disposition de l'article 316 C.c.Q. reste particulièrement percutante lorsque lue conjointement à l'article 329 C.c.Q.:

⁶⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, Commentaires du ministre de la justice : le Code civil du Québec, un mouvement de société, t.1, Québec, Publications du Québec, 1993.

⁶⁵ 1998 CarswellQue 1358 (C.S.)

Le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, interdire l'exercice de la fonction d'administrateur d'une personne morale à toute personne trouvée coupable d'un acte criminel comportant fraude ou malhonnêteté, dans une matière reliée aux personnes morales, ainsi qu'à toute personne qui, de façon répétée, enfreint les lois relatives aux personnes morales ou manque à ses obligations d'administrateur.

On a fait valoir que cette mesure visait à favoriser l'éthique dans l'administration des personnes morales.

Cette interdiction, selon les termes de l'article 330 C.c.Q., ne peut excéder cinq ans. L'office de la révision du Code civil avait suggéré que la violation à une telle ordonnance soit passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement ou des deux peines à la fois⁶⁶. Cette solution, pour le moins inhabituelle n'a pas été retenue.

Le recours de l'article 329 sera approprié dans deux contextes : 1) l'administrateur a par le passé été trouvé coupable d'un acte criminel comportant fraude ou malhonnêteté; ou 2) il s'agit d'une personne qui, de façon répétée enfreint la loi relativement aux personnes morales ou manque à ses obligations fiduciaires.

Il importe de souligner que la jurisprudence traitant spécifiquement de ce recours en contexte de fraude est pratiquement inexistante, particulièrement dans le premier contexte. Quant au manquement répété, nous tenons à souligner l'affaire Leclerc c.

⁶⁶ OFFICE DE LA RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, Rapport sur le code civil du Québec, vol. 1, Québec, Éditeur Officiel, 1978, à l'article 284 : « La personne qui agit en contravention d'une ordonnance rendue en vertu de l'article 281 commet une infraction punissable, sur poursuite sommaire, d'une amende d'au plus cinq mille dollars ou de six mois de prison, ou des deux peines à la fois.»

Ringuette⁶⁷ où on a accueilli une requête afin d'obtenir l'interdiction d'exercer la fonction d'administrateur.

Suite à une querelle avec ses partenaires, l'intimé avait fait circuler certains communiqués concernant la santé financière de la compagnie à l'égard de laquelle on lui reprochait d'être négligent. De même, il était entré en contact avec des employés faisant planer la menace d'une perte d'emploi dans un avenir rapproché. Ces manœuvres furent considérées comme déloyales et valurent à leur auteur trois ans d'exclusion.

Il convient de garder à l'esprit que la mesure prévue par l'article 329 se veut draconienne et exceptionnelle⁶⁸.

Les actionnaires minoritaires ne sont pas les seuls à pouvoir être victimes de fraude. Les tiers, comme les créanciers, étrangers à la gestion interne de la compagnie, peuvent également être floués. En effet, il pourra être tentant pour l'actionnaire majoritaire, sous le couvert de l'anonymat, de se servir de la personnalité juridique distincte de la compagnie comme d'un écran. C'est pourquoi, le législateur a prévu un tempérament permettant le soulèvement du voile corporatif.

⁶⁷ B.E., 2002 BE-203 (C.S.)

⁶⁸ 2550-4366 Québec Inc. c. G.E.S.R.D. INC., 2001 CarswellQue 1776, n° 135 (C.S.)

2. La manipulation de la personnalité morale (317 C.c.Q.)

En vertu de l'article 309 C.c.Q., la personne morale est considérée comme ayant une personnalité juridique distincte de celle de ses membres. Il s'agit là d'une codification de l'arrêt Salomon⁶⁹ conférant une certaine immunité aux membres de l'entité. L'article 317 C.c.Q. se veut une exception à ce principe. On permet ici de faire abstraction de cette personnalité juridique distincte à l'égard d'un tiers de bonne foi afin de retenir la responsabilité de celui ou ceux qui en sont l'âme dirigeante à l'occasion de circonstances particulières sur lesquelles nous reviendrons plus en détail.

L'article 317 C.c.Q. ne constitue pas une source de responsabilité autonome et indépendante du régime général de responsabilité civile⁷⁰. Il s'agit plutôt d'un énoncé de la volonté du législateur visant à « déverrouiller le mécanisme d'immunité protégeant les membres de la personne morale⁷¹ » et donnant ainsi ouverture aux principes généraux du droit civil.

L'étendue de cette protection reste cependant sujette à controverse. Pour Mes Martel, l'utilisation de l'expression « personne » à l'article 317 C.c.Q. fait en sorte que la protection n'est pas limitée aux tiers, mais s'étend aussi à l'interne et vise entre autres les actionnaires de la compagnie, ses administrateurs ainsi que ses officiers⁷².

⁶⁹ Salomon c. Salomon & Co., [1897] A.C. 22 (H.L.)

⁷⁰ Voir à cet effet M. MARTEL et P. MARTEL, op.cit., note 10, p.1-74.1

⁷¹ Avoine c. Gareau, [1999] R.J.Q. 2122, 2133 (C.Q.)

⁷² M. MARTEL et P. MARTEL, op.cit., note 10, p.1-62 : « Les changements apportés démontrent l'intention du législateur i) de ne pas restreindre le bénéfice de l'article aux seuls tiers, mais de l'offrir aussi aux personnes à l'intérieur de la compagnie telles ses actionnaires, administrateurs, officiers [...] »

Cette vision n'est pas partagée par tous, comme en atteste l'affaire Laforce c. Perron :

« Le procureur du demandeur réfère le Tribunal aux dispositions de l'article 317 du *Code civil du Québec*, lequel permet la levée du voile corporatif lorsque l'on invoque la personnalité juridique pour masquer une fraude, un abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public. Le Tribunal n'est toutefois pas d'avis que cet article 317 C.c.Q. s'applique au présent dossier. Le demandeur n'est pas un « tiers » mais un « actionnaire » de 2965⁷³. »

Il demeure que la levée du voile corporatif a un caractère exceptionnel et ne pourra être enclenchée que dans trois circonstances précises, à savoir en cas de fraude, d'abus de droit ou de contravention à l'ordre public.

Pour les fins de notre étude, nous avons décidé de nous limiter à la question de la fraude.

a) La fraude comme motif de soulèvement du voile corporatif

Quel est donc le sens de cette fraude dont on parle à l'article 317 C.c.Q.? La doctrine reconnaît que la notion inclut la fraude criminelle mais ne se limite pas à celle-ci. Le mot « fraude » doit donc ici se comprendre comme référant également aux notions de fraude paulienne et civile. Cette vision est endossée par la jurisprudence telle qu'en attestent certaines affaires dont Industrielle et financière Holding Genève S.A. c. Hydroforce Québec ltée⁷⁴ à l'occasion de laquelle la juge Marcelin s'exprimait ainsi sur le sujet :

« La notion de fraude a, certes, une connotation au sens du Code criminel mais, en droit civil, elle ne requiert pas la même preuve et exige, de l'avis du Tribunal,

⁷³ 2002 CarswellQue 1258, n° 23 (C.S.)

⁷⁴ Précité, note 65, n°93.

des actes accomplis de mauvaise foi, avec l'intention de porter atteinte aux intérêts d'autrui. »

Il n'est pas aisé de tracer la ligne entre ces divers types de fraude. Une analyse attentive peut facilement faire apparaître le caractère artificiel de la distinction. Cette situation découle du fait qu'au-delà des considérations propres au domaine du droit de la preuve et de l'écart entre les objectifs poursuivis par le droit civil (compensation) et le droit criminel (visées punitives), la fraude n'a en réalité qu'un seul visage se résumant à la malhonnêteté.

Nous avons tout de même tenté de dresser un portrait faisant état des particularités relatives à chacun de ces types de fraudes.

i) la fraude en droit privé

- la fraude civile

La fraude civile est « un acte accompli de mauvaise foi avec l'intention de porter atteinte aux droits ou aux intérêts d'autrui ou d'échapper à l'application d'une loi⁷⁵. »

Pour ce qui est de l'atteinte aux droits d'autrui, soulignons l'affaire Vêtements D.Z. inc. c. Rossignol⁷⁶. Une entreprise manufacturière avait ici accepté de livrer de la marchandise à un distributeur de vêtements (Rossignol). Faisant face à des difficultés financières, il fut demandé au distributeur de s'acquitter de ses factures impayées.

⁷⁵ H. REID, op.cit., note 51, p.262

⁷⁶ 1997 CarswellQue 4226 (C.Q.)

Devant le refus de ce dernier, les administrateurs de la compagnie manufacturière firent enquête et découvrirent un stratagème par lequel Rossignol effectuait un transfert de la marchandise achetée par sa compagnie, Scoop inc., à une autre compagnie qu'il contrôlait, soit Générations inc. Cette manœuvre fut considérée comme une fraude et permit au tribunal de soulever le voile corporatif :

« De fait, une preuve prépondérante établit que les défendeurs Rossignol et Godin ont conspiré pour établir un voile corporatif leur permettant d'abuser de leurs droits et de masquer un stratagème frauduleux au préjudice de la demanderesse⁷⁷. »

En ce qui a trait à la tentative d'échapper à la loi, nous nous référons à l'affaire Corp. des maîtres électriciens du Québec⁷⁸. L'affaire mettait en cause un contrat de sous-traitance accordant à C.J.E. inc. le mandat d'effectuer des travaux d'électricité dans un centre aquatique. M. Jodoin était alors administrateur et actionnaire unique de la compagnie C.J.E. inc. Or, ce contrat, prétendait la corporation de maîtres électriciens du Québec (C.M.E.Q.) était conclu en violation de la loi. C.J.E. inc. fut donc poursuivie et une pénalité basée sur l'article 28 de la Loi sur les maîtres électriciens fut recherchée. Entre temps, M. Jodoin avisa la C.M.E.Q. que C.J.E. inc. cesserait toute activité commerciale. Néanmoins, il incorpora C.L.Y. en commandite, une nouvelle société oeuvrant dans le même domaine que C.J.E. inc., justifiant sa décision en prétendant vouloir intégrer son fils à l'entreprise et lui permettre d'amorcer sa profession dans une entreprise au passé sans tache.

⁷⁷ Id., n° 50.

⁷⁸ Corp. des maîtres électriciens du Québec c. Clément Jodoin Electric inc., J.E.2000-548 (C.S.).

Le tribunal devait, dans un premier temps, se prononcer sur la contravention de C.J.E. inc. et dans l'affirmative, considérer la possibilité de lever le voile corporatif afin de retenir la responsabilité de M. Jodoin.

Le contrat fut considéré avoir été conclu en contravention d'une entente conclue entre l'Association de la construction du Québec et la CMEQ. Quant au soulèvement du voile corporatif, bien que reconnaissant que les motifs ayant mené à l'incorporation de C.L.Y. en commandite n'étaient pas problématiques en soi, le tribunal se garda de limiter son analyse à ce seul facteur. En effet, la crédibilité de M. Jodoin fut remise en question lorsqu'il fut découvert que son fils n'était en réalité âgé que de cinq ans. Cette conclusion permit au tribunal de soulever le voile corporatif.

- la fraude paulienne

La fraude paulienne (1631 C.c.Q.) se définit comme la connaissance du préjudice causé à ses créanciers ou comme l'acte accompli par un débiteur insolvable en vue de frauder ses créanciers :

« Le créancier, s'il en subit un préjudice, peut faire déclarer inopposable à son égard l'acte juridique que fait son débiteur en fraude de ses droits, notamment l'acte par lequel il se rend ou cherche à se rendre insolvable ou accorde, alors qu'il est insolvable, une préférence à un autre créancier. »

Le législateur, lors de la réforme ayant mené à l'adoption du Code civil, s'est inspiré des articles 1032 et 1033 du C. c. B.-C. qui se lisaient alors comme suit :

- 1032 Les créanciers peuvent, en leur propre nom, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, conformément aux règles prescrites dans cette section.
- 1033 Un contrat ne peut être annulé à moins qu'il ne soit fait par le débiteur avec l'intention de frauder, et qu'il n'ait l'effet de nuire au créancier.

Bien que reprenant dans l'essentiel l'article 1032 C.c.B.-C., l'article 1631 C.c.Q. allège toutefois le fardeau de preuve du demandeur, remplaçant plutôt la nécessité d'établir une intention de frauder telle que prévue à l'article 1033 C.c.B.-C., par une présomption de fraude dans le cas d'un contrat onéreux (1632 C.c.Q.).

En vertu de l'article 1631 C.c.Q., il est donc possible à un créancier de faire déclarer inopposable à son égard un acte juridique commis en fraude de ses droits. Dans l'affaire Biron c. Poirier⁷⁹, l'expression « en fraude des droits de ses créanciers » fut interprétée comme le fait de priver sciemment de leurs recours ses créanciers ou à tout le moins d'altérer leurs recours.

La manoeuvre malhonnête vise donc généralement le fait pour le débiteur de détourner certains biens de la compagnie au profit de personnes ayant un lien avec lui, et ce, au détriment de ses créanciers.

En plus de l'acte, le demandeur devra établir un préjudice. Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel à l'occasion de l'affaire Demers c. Investmont 2000 ltée⁸⁰, les tribunaux ont une vision très large du préjudice. En cela, on s'est référé à l'affaire

⁷⁹ [1978] C.S. 1631.

⁸⁰ [2004] R.J.Q. 2909

Duchesne c. Labbé⁸¹ où il fut décidé que le recours ne se limite pas seulement aux situations qui causent ou aggravent l'insolvabilité du débiteur, mais vise également celles qui privent un créancier du gage général qu'il possède sur les biens du débiteur.

Notons que la fraude paulienne inclut la fraude criminelle⁸².

- le dol

Défini comme « le fait de provoquer volontairement une erreur dans l'esprit d'autrui pour le pousser à conclure un contrat ou à le conclure à des conditions différentes ⁸³ », le dol est un vice de consentement qui se rapproche de la fraude à plusieurs égards. À ce titre, nous soulignons le libellé de l'article 993 C.c.B.-C. tel qu'il se lisait à l'époque :

« La fraude ou le dol est une cause de nullité lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties ou à sa connaissance sont telles que, sans cela, l'autre partie n'aurait pas contractée.

Il ne se présume pas et doit être prouvé.»

Aujourd'hui, le dol ne fait plus expressément référence à la fraude bien que demeurant grandement lié à celle-ci :

⁸¹ [1973] C.A. 1002

⁸² Caisse populaire Desjardins Terrebonne c. Bibeau, 1995 CarswellQue 2049, n°35 (C.S.) : «Il faut donner à la notion de fraude, en matière d'action paulienne, une interprétation très large. Il n'est pas nécessaire que le débiteur ait agi dans une pensée malveillante. La fraude paulienne se définit comme étant la simple connaissance du préjudice que l'on cause à ses créanciers. Doit donc être considéré comme ayant agi par esprit de fraude le débiteur conscient du fait que l'acte qu'il passe, aggrave ou crée son insolvabilité. Il s'ensuit que la preuve de l'intention de nuire n'est pas exigée pour réussir dans un pareil recours.»

⁸³ M. MARTEL et P. MARTEL, op.cit., note 10, p 1-53

« L'erreur d'une partie, provoquée par le dol de l'autre partie ou à la connaissance de celle-ci, vicie le consentement dans tous les cas où, sans cela, la partie n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes. Le dol peut résulter du silence ou d'une réticence. »

Violation à l'obligation de bonne foi prévue à l'article 1375 C.c.Q., le dol se veut également un accroc au devoir de loyauté⁸⁴. À cet effet, la Cour d'appel s'exprimait ainsi dans l'affaire Bissonnette c. Banque Nationale du Canada :

« [...] La loyauté contractuelle impose à un contractant de ne rien affirmer d'une certaine gravité qui puisse être contraire à la réalité, lorsqu'il est en mesure de vérifier cette réalité. C'est l'ensemble des agissements déloyaux et concertés destinés à créer une fausse apparence que la juge de première instance a considéré⁸⁵. »

Comme le fait remarquer le professeur Lluelles, le dol est avant tout une faute qui rencontre certaines caractéristiques familières à la fraude, notamment l'utilisation d'un moyen malhonnête.

Afin d'obtenir la nullité de son contrat, le demandeur devra faire la preuve d'une manœuvre qui, selon le nouveau libellé de l'article 1401 C.c.Q., peut résulter d'un silence ou d'une réticence. La réticence ne sera fautive que si elle porte sur un fait pertinent.

⁸⁴ Didier LLUELLES, Droit québécois des obligations, vol. 1, Cowansville, Les Éditions Thémis, 1998, n°600, p.320 : «Le contractant qui recourt au dol manque à l'obligation légale et précontractuelle de bonne foi qui doit présider à la conclusion de tout contrat. Cette obligation, aujourd'hui codifiée à l'article 1375, a toujours fait partie de notre tradition juridique. Souvent utilisée par les juges pour justifier la sanction prononcée, l'obligation de loyauté pourrait, du fait de sa reconnaissance formelle par le Code civil, jouer un rôle plus marqué encore, ainsi que nous tenterons de le démontrer au chapitre consacré aux vices innommés du consentement.»

⁸⁵ [1993] R.L. 234, 247 (C.A.).

Cette situation est différente de celle qui prévalait sous le Code civil du Bas-Canada où le silence n'était pas perçu, selon le courant majoritaire, comme pouvant se qualifier de dol. Comme nous le verrons en matière de fraude criminelle, le législateur à une certaine époque considérait qu'il appartenait à chacun de faire montre de vigilance et de veiller à ses propres intérêts⁸⁶.

Deuxièmement, la manoeuvre doit avoir été le fait du cocontractant ou d'un tiers agissant pour lui. À cet égard, le dol causé par le mandataire ne peut être assimilé à celui d'un tiers car le mandataire continue la personne du mandant. Il n'est donc pas nécessaire de prouver que le mandant connaissait les agissements de son mandataire.

Troisièmement, le dol doit avoir un caractère déterminant sur la conduite de la victime qui, hormis le fait dolosif, n'aurait pas contracté ou l'aurait fait à des conditions différentes.

ii) la fraude en droit criminel

Nous nous limiterons, pour l'instant, à très peu de commentaires en ce qui concerne la fraude criminelle, une analyse détaillée suivant plus loin.

Mentionnons pour l'instant que la fraude criminelle a été définie à l'occasion de l'affaire Scott v. Metropolitan Police Commissioner :

« Si, comme je le pense et à l'instar semble-t-il du Comité de réforme du droit, « frauduleusement » signifie malhonnêtement, alors « frauder » signifie, dans le langage courant, priver malhonnêtement une personne de quelque chose qui lui

⁸⁶ D. LLUELLES, *op.cit.*, note 84, p.333 : « Qui ne dit mot ne trompe pas », expliquait-on alors!»

appartient ou de quelque chose à laquelle elle a, aurait ou pourrait avoir droit, n'eût été de la perpétration de la fraude⁸⁷. »

Par la suite, les arrêts Olan⁸⁸, Zlatic⁸⁹ et Théroux⁹⁰ sont venus préciser le sens à lui donner. La conception moderne de la fraude est donc, comme nous le verrons une privation (ou un risque de privation) malhonnête.

Alors que la fraude civile et la fraude paulienne ont une saveur plus contractuelle⁹¹, la fraude criminelle semble mettre davantage l'emphase sur le droit de propriété de par l'importance qu'elle accorde à la privation. Certains jugements, notamment l'arrêt Zlatic⁹² sur lequel nous reviendrons, sont toutefois venus jeter une ombre sur ce tableau.

b) La théorie de l'alter ego

L'utilisation de l'expression « masquer » à l'article 317 C.c.Q. nécessite un élément supplémentaire à l'établissement d'une fraude ou d'un abus de droit ou d'une

⁸⁷ 1975 A.C. 819, 839

⁸⁸ R. c. Olan, précité, note 5.

⁸⁹ R. c. Zlatic, précité, note 7.

⁹⁰ R. c. Théroux, précité, note 6.

⁹¹ Raymonde CRÊTE. & Stéphane ROUSSEAU, Droit des sociétés par actions, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p.123 : «La fraude constitue un motif de soulèvement du voile corporatif fréquemment invoqué dans le contexte des relations contractuelles des sociétés. Au regard des définitions citées, nous pouvons constater que ce motif peut être utilisé pour empêcher les actionnaires de se servir de la personnalité juridique dans le but de masquer des manœuvres frauduleuses réalisées lors de la négociation ou de l'exécution d'un contrat »

⁹² R. c. Zlatic, précité, note 7, 49 : « Il s'ensuit que la possibilité que le fraudeur ait un droit de propriété sur le bien ne constitue pas un moyen de défense; ce qui importe n'est pas son droit de propriété, mais la façon dont il l'a obtenu et ce qu'il en fait. »

contravention à l'ordre public. En effet, un lien particulier doit unir l'actionnaire à la compagnie; il doit en être l'âme dirigeante ou son « alter ego ». C'est par la théorie de l'identification que l'on déterminera qui est l' « alter ego » de la compagnie. Cette approche se retrouvant également en droit criminel, nous avons décidé de présenter sa réception tant en droit corporatif qu'en droit criminel.

i) la théorie de l'identification en droit corporatif

Notre droit ne tolère pas que la compagnie devienne une marionnette endossant des actions qui poursuivent des visées qui vont au-delà de son intérêt. On entend par « alter ego » l'actionnaire qui est à ce point lié à sa compagnie que celle-ci ne devient en quelque sorte qu'un prolongement de sa personne.

À ce titre, la manipulation en question découlera du fait que la compagnie n'est en réalité qu'un prétexte permettant à l'actionnaire de maquiller ses gestes afin de bénéficier de la limitation de responsabilité liée à l'incorporation de sa compagnie ou de lui permettre de rendre légal un acte, qui sans le bénéfice de l'incorporation, ne le serait pas.

La qualification de l'actionnaire à titre « d'alter ego » et l'analyse de la relation unissant l'actionnaire à la compagnie en question seront évaluées ici selon la théorie de l'identification. Il faudra en effet qu'il se dégage un certain contrôle de l'actionnaire sur la compagnie qu'il administre.

« Un nombre important de facteurs peut certes être identifié pour déterminer l'existence d'une telle relation ; à mon sens toutefois, l'élément le plus explicite et le plus susceptible d'englober la réalité du concept est le contrôle⁹³. »

Dans le cas d'un actionnaire unique qui serait également administrateur de la compagnie, le contrôle ne fait pas de doute. Néanmoins, le tout peut s'avérer plus complexe dans le cas où on est en présence de plusieurs actionnaires.

Selon les professeurs Crête et Rousseau⁹⁴ il existe deux formes de contrôle : le contrôle de l'actif et le contrôle légal. Par contrôle de l'actif, les auteurs réfèrent au pouvoir conféré à un actionnaire concernant l'utilisation de l'actif de la société et implique donc que l'actionnaire soit également dirigeant. Le deuxième type de pouvoir découle du droit de vote de l'actionnaire.

ii) la théorie de l'identification en droit criminel

En droit criminel, la théorie de l'identification⁹⁵ permet d'imputer à la compagnie une responsabilité pour le crime commis par un de ses membres. Contrairement aux États-Unis où la théorie du « respondeat superior » (responsabilité de fait d'autrui) prévaut, les tribunaux canadiens, notamment par le biais de l'arrêt Canadian Dredge and Dock Co. c. R.⁹⁶, ont développé l'idée que pour que la responsabilité criminelle d'une

⁹³ Buanderie centrale de Montréal Inc. c. Montréal (Ville), [1994] 3 R.C.S. 29, n°34.

⁹⁴ S. ROUSSEAU et R. CRÊTE, op.cit., note 91.

⁹⁵ Pour une étude plus détaillée, nous référons le lecteur au texte de Jennifer A QUAID "The Assessment of Corporate Criminal liability on the basis of corporate identity: An analysis", (1998) 43 R.D. McGill 67.

⁹⁶ [1985] 1 R.C.S. 662.

entreprise soit retenue, la preuve de la commission d'une infraction par une de ses âmes dirigeantes s'avérait essentielle. On lui assimile ainsi l'actus reus et la mens rea de son ou de ses « alter ego ».

Récemment, la loi C-21 a élargi la théorie de l'identification qui s'était rapidement montrée en décalage avec la réalité corporative. L'individu occupant une position suffisamment importante pour être investi d'un pouvoir décisionnel commet, en effet, rarement une infraction, mais en confie plutôt l'exécution à un de ses subalternes, d'où un problème de preuve. La complexité du processus décisionnel permettant ainsi à l'entreprise d'échapper à toute condamnation, la situation s'était avérée particulièrement bénéfique aux grandes entreprises.

Lors de la réforme, il avait été suggéré au législateur de prendre exemple sur les États-Unis en adoptant la théorie du « respondeat superior ». Nous n'entendons pas ici faire une étude exhaustive de la question⁹⁷. Soulignons qu'en vertu de ce système, dès qu'un employé d'une entreprise commet une infraction alors qu'il est dans l'exercice de ses fonctions et que cette infraction bénéficie à l'entreprise, cette dernière est responsable. Puisque les tribunaux n'exigent pas ici que l'employé participe aux politiques de l'entreprise, le spectre d'une condamnation sans faute de l'entreprise s'avère toujours possible. C'est pourquoi ce modèle n'a pas été retenu.

⁹⁷ Pour une analyse plus poussée de la question et des problèmes que cette théorie comporte au niveau de la preuve, nous référons le lecteur à l'article de Stacey NEUMANN VU "Corporate criminal liability patchwork verdicts and the problem of locating a guilty agent ", (2004) Colum. L. Rev. 459.

Cet élargissement de la théorie de l'identification a notamment entraîné des changements concernant la définition des acteurs concernés sur lesquels nous reviendrons.

Le droit criminel a une approche beaucoup plus simple dans son dépistage de l'âme dirigeante. À cet effet, notons pour l'instant que, sans égard au nombre d'actions qu'ils possèdent dans la compagnie, les administrateurs de compagnie, le directeur général, le directeur, le gérant furent présumés, en vertu de l'arrêt Canadian Dredge and Dock co.⁹⁸, constituer les âmes dirigeantes de la compagnie. Toutefois, on ajouta que l'examen ne devait pas se limiter à la fonction occupée au sein de l'entreprise. En effet, on a reconnu au concept de l'intérêt de la compagnie une certaine importance dans l'analyse du degré de contrôle :

« Selon moi, les limites de l'applicabilité de la doctrine de la délégation sont atteintes et dépassées lorsque l'âme dirigeante cesse complètement d'agir, en fait ou pour l'essentiel, dans l'intérêt de la compagnie. Lorsque cela entraîne un acte frauduleux, il ne sert à rien de qualifier cet acte de frauduleux en totalité ou en partie parce qu'une fraude est une fraude. À mon avis, la question vise la situation où toutes les activités de l'âme dirigeante ont pour but de nuire aux intérêts de la compagnie pour lui causer un préjudice, peu importe que l'âme dirigeante en retire ou non un avantage économique ; on peut dire alors qu'il y a une fraude contre la compagnie. Dans le même ordre d'idées, bien que ce facteur soit moins important, si l'âme dirigeante obtient un avantage par suite d'opérations isolées ou dans l'exercice de ses fonctions secondaires, cela est en réalité bien différent du cas où l'âme dirigeante vise à priver la compagnie d'un avantage relié à l'exploitation de son entreprise commerciale. Bien entendu, un avantage est différent d'une fraude en ce sens qu'il peut être partiel, mais, à mon avis, la norme la plus appropriée est établie quand on associe l'avantage à la fraude. C'est alors le même critère qui s'applique. Lorsque l'âme dirigeante d'une compagnie conçoit, élabore et exécute un plan visant à frauder intentionnellement ladite compagnie et que l'acte constitue une partie importante des activités normales de l'âme dirigeante, il est à ce moment-là très irréaliste de conclure que le directeur agit en sa qualité d'âme dirigeante de la compagnie. En pareil cas, ses efforts ont pour but la destruction de l'entreprise de la compagnie.

⁹⁸ Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine, précité, note 96.

Du moment qu'il commence à agir de la sorte, il cesse d'être l'âme dirigeante et la doctrine de l'identification ne s'applique plus. Le raisonnement et la terminologie sont les mêmes pour le concept de l'avantage.

Lorsque l'acte criminel est complètement frauduleux envers la compagnie employeur, que cet acte était censé profiter exclusivement au directeur employé qui l'a commis et que tel a été le résultat, l'employé, âme dirigeante, dès la conception et l'exécution de son plan criminel, cesse d'être l'âme dirigeante de la compagnie. Par conséquent, ses actes ne peuvent être imputés à la compagnie en vertu de la doctrine de l'identification. Peut-être aussi que le principe de *respondeat superior* appliqué par les tribunaux des États-Unis permettrait d'arriver au même résultat. Quoi qu'il en soit, j'estime que la doctrine de l'identification ne joue que lorsque le ministère public établit que l'acte de l'âme dirigeante a) entrait dans le domaine d'attribution de ses fonctions; b) n'était pas complètement frauduleux envers la compagnie ; et c) avait en partie pour but ou pour conséquence de procurer un avantage à la compagnie⁹⁹. »

Le législateur a repris ces principes à l'occasion de la réforme aux articles 22.1 et 22.2 C.cr. visant la participation. On doit distinguer selon que l'infraction en est une de mens rea ou de négligence :

22.1 S'agissant d'une infraction dont la poursuite exige la preuve de l'élément moral de négligence, toute organisation est considérée comme y ayant participé lorsque :

a) d'une part, l'un de ses agents a, dans le cadre de ses attributions, eu une conduite -- par action ou omission -- qui, prise individuellement ou collectivement avec celle d'autres de ses agents agissant également dans le cadre de leurs attributions, vaut participation à sa perpétration ;

b) d'autre part, le cadre supérieur dont relève le domaine d'activités de l'organisation qui a donné lieu à l'infraction, ou les cadres supérieurs, collectivement, se sont écartés de façon marquée de la norme de diligence qu'il aurait été raisonnable d'adopter, dans les circonstances, pour empêcher la participation à l'infraction.

22.2 S'agissant d'une infraction dont la poursuite exige la preuve d'un élément moral autre que la négligence, toute organisation est considérée comme y ayant participé lorsque, avec l'intention, même partielle, de lui en faire tirer parti, l'un de ses cadres supérieurs, selon le cas :

a) participe à l'infraction dans le cadre de ses attributions ;

⁹⁹ Id., 712 à 714.

b) étant dans l'état d'esprit requis par la définition de l'infraction, fait en sorte, dans le cadre de ses attributions, qu'un agent de l'organisation accomplisse le fait -- action ou omission -- constituant l'élément matériel de l'infraction ;

c) sachant qu'un tel agent participe à l'infraction, ou est sur le point d'y participer, omet de prendre les mesures voulues pour l'en empêcher.

Concernant la notion de cadre supérieur, il s'agira de toute personne remplissant un rôle important dans l'élaboration des orientations de l'organisation et la gestion d'un important domaine d'activités de l'organisation. Ainsi, la définition s'attache à la fonction plutôt qu'au titre qu'occupe l'intervenant. Le titre garde cependant une certaine pertinence puisque en vertu de l'article 2 C.cr., et ce, en conformité avec l'arrêt Canadian Dredge and Dock Co, les administrateurs, le premier dirigeant et le directeur financier d'une organisation sont automatiquement, de par la nature des postes qu'ils occupent, considérés comme des cadres supérieurs¹⁰⁰.

Ceux qui disposent d'un certain pouvoir décisionnel ne sont pas les seuls à être en mesure de commettre une infraction. Le législateur a donc rassemblé, sous la notion d'agent, une vaste catégorie de personnes pouvant prendre part à la vie corporative : administrateur, associé, employé, mandataire, membre et entrepreneur.

¹⁰⁰ L'article 2 du Code criminel se lit comme suit : « cadre supérieur » Agent jouant un rôle important dans l'élaboration des orientations de l'organisation visée ou assurant la gestion d'un important domaine d'activités de celle-ci, y compris dans le cas d'une personne morale, l'administrateur, le premier dirigeant ou le directeur financier. »

Ces dispositions permettent donc de retenir la responsabilité de la compagnie bien que les éléments (actus reus, mens rea) de l'infraction soient commis par deux personnes différentes.

Alors que le droit corporatif étudie la question de « l'alter ego » en relation avec un certain niveau de contrôle sur l'actif de la compagnie, le droit criminel se concentre davantage sur la finalité de l'acte et sur son impact sur l'intérêt de la compagnie. Cette différence s'explique en ce qu'alors que la théorie de l'identification vise à établir la responsabilité de la compagnie en droit criminel, en droit corporatif, elle sert plutôt à retenir celle de l'actionnaire.

Quant à savoir si le voile corporatif peut être soulevé à l'égard des administrateurs qui ne sont pas actionnaires de la compagnie, nous soulignons que cette question fait présentement l'objet d'un débat qui déborde largement le cadre de notre analyse.

La fraude de la minorité et la manipulation de la personne morale sont deux manifestations de conflits horizontaux. Cette première facette de la malhonnêteté n'a pas pour objet le droit de propriété que la compagnie a sur ses biens, mais se concentre davantage sur les relations entre les divers intervenants du monde des affaires.

B. L'appropriation de biens de la compagnie ou les conflits verticaux

Certaines infractions se concentrent sur la protection de l'actif de la compagnie contre les visées peu orthodoxes de ses administrateurs.

L'ampleur du patrimoine à gérer peut, en effet, être source de nombreuses tentations et la perspective de s'enrichir aux dépens d'un actionnariat vulnérable sur le plan informationnel être forte. En vertu de l'article 323 C.c.Q. les administrateurs ne sont pas autorisés à utiliser les biens de la personne morale¹⁰¹ ou l'information qu'ils obtiennent en raison de leur fonction sauf autorisation de la part des autres membres de la personne morale.

323 L'administrateur ne peut confondre les biens de la personne morale avec les siens ; il ne peut utiliser, à son profit ou au profit d'un tiers, les biens de la personne morale ou l'information qu'il obtient en raison de ses fonctions, à moins qu'il ne soit autorisé à le faire par les membres de la personne morale.

L'usurpation ici ne fait donc pas tant référence à la propriété qu'à la compagnie sur son actif qu'à une forme particulière de parasitage de la part de l'administrateur qui, en cas de violation, se verra redevable envers cette dernière en vertu de l'article 2146 C.c.Q.

De même, l'article 323 C.c.Q. poursuit des visées qui vont bien au-delà de la simple dépossession. En effet, notons que l'actif de la compagnie englobe tant les biens actuels que futurs comme les occasions d'affaires. La perte est donc beaucoup plus théorique et hypothétique que réelle en ce qu'elle repose sur des bases pour le moins approximatives, voire incertaines.

¹⁰¹ M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, note 10, p. 1-76 : « D'ailleurs, une utilisation répétée des biens de la compagnie par l'actionnaire pourra l'assimiler à l'alter ego de cette dernière et ainsi permettre un soulèvement du voile corporatif advenant des allégations de fraude, d'abus de droit ou de contravention à l'ordre public. »

Contrepartie du devoir d'agir dans l'intérêt de la compagnie, ces paramètres se veulent ainsi un ajustement visant d'une part à combler le déficit informationnel existant entre le mandant (la compagnie) et son mandataire (administrateur) et d'autre part à prévenir les risques potentiels de conflit d'intérêts¹⁰² qui, comme l'expliquent Mes Martel, constituent « l'épine dorsale des devoirs d'honnêteté et de loyauté. »

1. L'usurpation de biens et d'informations

a) Le détournement d'une occasion d'affaires

Il va de soi qu'en raison des fonctions qu'il occupe, l'administrateur jouit d'une position privilégiée. Ce contact direct qu'il entretient avec les divers intervenants du monde des affaires ne doit toutefois pas être utilisé aux fins de se dénicher des partenaires d'affaires potentiels. L'administration de la compagnie ne doit pas, en ce

¹⁰² Bruce WELLING, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1991, p.378: "Corporate managers are likely to be presented with more temptations than most. Their positions give them valuable economic information and, while they are hired to serve corporate interests, they often encounter opportunities to enrich themselves. Sometimes this self-interest will be a concomitant of corporate benefit; sometimes it can be pursued only at corporate expense. Most managers are undoubtedly of a moralistic temperament which inclines them to approve of the former while abjuring the latter. However, our legal system long ago recognized that informal, personal disinclination to take advantage was not sufficient to protect corporate and shareholder interest in all situation."

Yves LAUZON, « La perception judiciaire des devoirs des administrateurs de personnes morales quel progrès », *Développements récents en droit commercial (1998)*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.151 à la p.164 : « La personne morale est ainsi particulièrement à la merci de l'administrateur et celui-ci, parce que la Loi et le droit positif consacrent sa position de contrôle de facto sur l'ensemble des biens et affaires de la personne morale, doit se servir de ses pouvoirs comme un fiduciaire, à l'avantage exclusif de la personne morale et non pas à son propre avantage.

La possibilité de tirer des avantages personnels de la position qu'il occupe est omniprésente, l'administrateur de la personne morale ayant en quelque sorte la mainmise sur l'entier patrimoine de celle-ci et ne devant normalement rendre compte de sa gestion et de ses actes qu'à l'assemblée annuelle des actionnaires, dont il contrôle la mise en scène, le degré d'information et le déroulement, dans le cadre de règles dont la complexité intrinsèque dépasse l'entendement de la grande majorité des gens de loi et encore plus des actionnaires.

sens, être comprise par l'administrateur comme un tremplin au succès de sa propre entreprise. Afin de minimiser les risques d'un quelconque réseautage clandestin, notre droit interdit à un administrateur de s'emparer d'une occasion d'affaires visant la compagnie qu'il administre et à laquelle celle-ci n'a pas encore expressément renoncé. En effet, ces occasions, selon une certaine jurisprudence, sont considérées comme faisant partie de l'actif de la compagnie¹⁰³.

Cette préoccupation du législateur québécois avait gagné depuis fort longtemps les tribunaux comme en témoigne l'affaire Canadian Aero Service c. O'Malley¹⁰⁴.

On y alléguait que les défendeurs, occupant des rôles-clés dans une compagnie spécialisée dans l'établissement de cartes topographiques et la prospection géophysique, avaient manqué à leurs obligations de fiduciaires en s'appropriant une occasion d'affaires à laquelle la compagnie n'avait pas encore renoncé. Ceux-ci avaient à cette fin créé une compagnie spécialisée dans le même domaine.

Le tribunal avait ici quatre questions à trancher, à savoir : la nature des liens unissant les défendeurs à la compagnie Canaero, les obligations découlant de ces liens, la

¹⁰³ Prosig Informatique Inc. c. Lebel, 1990 CarswellQue 1550 n° 11 (C.S.), (confirmée en appel) : « Quant à l'action principale, le premier juge conclut que l'appelant avait un devoir de loyauté envers l'intimée et des obligations de la nature de celles d'un mandataire envers son mandant; il retient ensuite que la relation privilégiée qu'il entretenait avec Bombardier était un actif de l'intimée et qu'il l'a apporté avec lui en quittant l'entreprise; [...] »

¹⁰⁴ [1974] R.C.S. 592; Voir pour une analyse poussée de l'arrêt : Michelangelo IACONO, « The strict Ethic of the Equitable Principle A comment on Canadian Aero Service v. O'Malley », 21 McGill L.J., 445.

possibilité que la conduite des défendeurs équivaille à une violation et, dans l'affirmative, le type de responsabilité engagée par une telle conduite.

D'entrée de jeu, on considéra qu'en raison de leur fonction, les défendeurs étaient liés à la compagnie Canaero par des liens fiduciaires et que ces liens ne les autorisaient pas à s'approprier, en secret ou sans l'accord de la compagnie, un bien lui appartenant et ayant fait l'objet de certaines négociations, ajoutant « surtout si l'administrateur ou le fonctionnaire participe aux négociations au nom de la compagnie. »

« Une étude de la jurisprudence de cette Cour et des Cours de juridiction semblable sur les obligations fiduciaires des administrateurs et des fonctionnaires supérieurs fait ressortir l'application de plus en plus répandue d'une éthique stricte dans ce domaine du droit. À mon avis, cette éthique interdit à un administrateur ou à un fonctionnaire supérieur d'usurper à son compte ou de procurer à une autre personne ou compagnie dont il est l'associé, une occasion d'affaires en voie de réalisation que sa compagnie poursuit activement ; cette interdiction subsiste même après sa démission, lorsque l'on peut supposer à bon droit que pareille démission a été provoquée ou influencée par un désir de s'approprier l'occasion d'affaires que la compagnie cherchait à réaliser, ou lorsque c'est sa position au sein de la compagnie plutôt qu'une initiative personnelle qui l'a mené à l'occasion d'affaires qu'il obtenue par la suite¹⁰⁵. »

Repassant ensuite en revue la jurisprudence, la Cour conclut à l'existence d'un principe d'« equity », contrepartie de la fonction et de la responsabilité confiée à un individu au sein de la compagnie et dont les fondements sont la loyauté, la bonne foi et l'absence de conflit d'intérêts et d'obligations. De même, il s'agirait d'un principe essentiel puisque comblant les silences et limites de la législation telle qu'elle se présentait alors :

« En appliquant strictement ce principe aux administrateurs et aux fonctionnaires supérieurs, on ne fait que reconnaître le degré d'autorité que leur

¹⁰⁵ Id., 382.

confère leur poste sur les activités de la compagnie, autorité qui transcende l'obligation de rendre compte aux propriétaires actionnaires et qui n'est contrôlée de quelque façon qu'aux assemblées annuelles générales ou aux assemblées spéciales. Il constitue un complément nécessaire, dans l'intérêt public, des réglementations (sic) et obligation (sic) de rendre compte légales qui elles-mêmes sont à la fois une reconnaissance de l'importance de la compagnie au sein de la collectivité et du besoin de l'assujettir, ainsi que ses promoteurs, administrateurs et directeurs, aux normes régissant le comportement exemplaire¹⁰⁶. »

Concernant les éléments permettant d'établir la responsabilité des administrateurs, la

Cour s'est prononcée comme suit :

« Lorsque je dis que, d'après les faits constatés par le juge de première instance, O'Malley et Zarzycki ont violé une obligation de fiduciaire qui subsistait après leur démission, il ne faut pas considérer que j'établis une règle de responsabilité qui doit être interprétée comme s'il s'agissait d'une loi. Les critères généraux de loyauté, bonne foi et d'évitement de conflit d'intérêts et d'obligations, auxquels la conduite d'un administrateur ou d'un fonctionnaire supérieur doit être conforme, doivent, dans chaque cas, être examinés en regard de nombreux facteurs qu'il serait présomptueux de tenter d'énumérer de façon exhaustive. Parmi ces facteurs, nous retrouvons celui du poste ou des fonctions exercées, la nature de l'occasion d'affaires de la compagnie, sa maturité, son caractère spécifique et la relation entre elle et l'administrateur ou le fonctionnaire de gestion, l'importance quantitative de la connaissance possédée, les circonstances dans lesquelles cette connaissance a été obtenue et si elle était d'une nature spéciale ou, en fait, privée même, le facteur temps quant au maintien de l'obligation de fiduciaire lorsque la violation alléguée se produit après qu'est rompu le lien qui unissait la personne avec la compagnie, et les circonstances en vertu desquelles eut lieu la rupture du lien, à savoir, s'il s'est agi de retraite, de démission ou de licenciement¹⁰⁷. »

Ces principes furent reçus en droit québécois avec beaucoup de réserve puisque, comme souligné plus haut, les administrateurs de compagnie sont en vertu de la législation québécoise mandataires de la compagnie qu'ils administrent¹⁰⁸. Le régime fédéral, par la Loi canadienne sur les sociétés par action (L.C.S.A), reste pour sa part

¹⁰⁶ Id., 384.

¹⁰⁷ Id., 391.

¹⁰⁸ Voir les articles 122.83 L.C.Q. et 321 C.c.Q.

silencieux quant à leur statut. À la lumière de cette situation particulière se sont ainsi opposés les règles relatives au mandat et les principes d' « equity ».

Dans l'arrêt In Re Rock¹⁰⁹, toutefois, on a reconnu la pertinence de l'arrêt Canadian Aero Service¹¹⁰ en droit québécois, et ce, même dans le cadre d'une relation de mandataire. Dans la dernière affaire, un administrateur fut poursuivi pour avoir détourné une occasion d'affaires au profit d'une autre compagnie lui appartenant :

« Un bon père de famille n'aurait pas permis que C.J.C. s'empare des terrains et s'approprie le profit sur la revente des terrains qui appartenaient à Rock. Un bon père de famille ne s'approprie pas à son bénéfice ou ne détourne pas en faveur d'une compagnie qu'il contrôle les fruits des biens qu'il administre pour autrui.

Ce n'est pas introduire la common law dans notre système de droit civil que d'exiger de l'administrateur des biens d'autrui une éthique aussi stricte que celle que la common law impose aux administrateurs des biens de compagnies. Le Code civil a reconnu formellement d'ailleurs que l'administrateur ne peut s'approprier les biens qu'il administre pour autrui à l'article 1484. La règle formulée dans O'Malley a sa place dans notre droit civil, parce qu'elle incorpore au droit des sociétés une règle morale nécessaire pour la protection de l'actif des sociétés contre la cupidité des administrateurs et officiers¹¹¹. »

Le Code civil du Québec est venu trancher le débat définitivement par l'article 322, en prescrivant les devoirs d'honnêteté et de loyauté.

Afin de déterminer qu'il y a bel et bien eu usurpation, certaines conditions doivent être présentes tel qu'en atteste l'affaire Bâtiments J.D.L. inc. c. Lamoureux¹¹² :

¹⁰⁹ Entreprises Rock Ltée (In re), [1986] R.J.Q. 2671 (C.S.).

¹¹⁰ Canadian Aero Service c. O'Malley, précité, note 104.

¹¹¹ Id., 2673.

¹¹² [1995] R.R.A. 1067, 1074.

« Pour qu'il y ait usurpation, un certain nombre de conditions doivent être réunies (1) l'affaire doit être en voie de réalisation ; (2) la compagnie doit poursuivre cette affaire activement ; (3) la démission de l'employé doit avoir été motivée dans le but de s'approprier l'occasion d'affaires. »

L'interdiction n'est pas absolue. En effet, l'administrateur pourra poursuivre une occasion d'affaires rejetée par la compagnie, moyennant certaines conditions sur lesquelles nous n'avons pas jugé opportun de nous pencher.

b) L'usurpation d'informations

i) les informations acquises auprès de la compagnie à l'occasion de l'exercice des fonctions

L'administrateur ne peut tirer profit des informations qu'il acquiert auprès de la compagnie pour le compte de laquelle il agit.

- la notion d'information

La jurisprudence britannique, suivie par les tribunaux de common law et du Québec, a répertorié trois types d'informations pouvant être acquises en environnement corporatif. Le classement opéré par cette jurisprudence, bien que se rapportant aux obligations d'un employé envers la compagnie au service de laquelle il agit, nous semble applicable dans le contexte de l'article 323 C.c.Q., et ce, bien que les administrateurs ne puissent être comparés à des employés.

Les informations se regroupent en trois catégories, soit les informations communes, les informations confidentielles limitées et les secrets commerciaux.

Les informations communes étant, en raison de leur caractère notoire, accessibles à un si grand nombre de gens qu'il apparaît impensable de les soumettre à un régime de protection en particulier, leur divulgation ne constituera aucunement un accroc au devoir de loyauté de l'administrateur.

Les informations confidentielles comme les états financiers se distinguent en raison de leur importance pour la gestion de la compagnie de même que pour lui assurer sa compétitivité dans le monde des affaires.

Concernant les secrets commerciaux, la doctrine leur reconnaît certaines caractéristiques. Ainsi, il doit s'agir d'informations connues uniquement de leur propriétaire ou des employés qui en furent informés et qui n'auraient pu autrement y avoir accès. Elles doivent, de plus, avantager leur possesseur face à ses concurrents. De même, la formule découlant du secret commercial doit entrer dans la composition de certains produits commerciaux destinés au marché. Entrent donc dans cette catégorie, non seulement les formules et recettes, mais également les listes de clients. Il importe de préciser que pour certains auteurs la catégorie des secrets commerciaux n'est pas visée à l'article 323 C.c.Q. puisque faisant l'objet d'un régime particulier aux articles 1472 et 1612 C.c.Q.¹¹³.

¹¹³ Voir à cet effet M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, note 10, p. 23-79.

L'article 323 C.c.Q. vise tous les types d'informations, même si elles ne présentent pas de caractère confidentiel au sens de la jurisprudence. En fait, la disposition prohibe avant tout les profits réalisés sur la base de ces informations. La seule exigence ressortant de la lecture de l'article est que l'information ait été acquise à l'occasion des fonctions de l'administrateur.

ii) les informations privilégiées (délits d'initiés)

Le droit corporatif sanctionne de plus, que ce soit par le biais de la Loi sur les valeurs mobilières au Québec (L.V.M.) ou par le biais de la Loi canadienne sur les sociétés par action (L.C.S.A.), l'utilisation de renseignements confidentiels ou la communication de tels renseignements par des personnes jouant un rôle-clé au sein de la compagnie (initiés).

Une transaction d'initiés fait référence à l'achat ou la vente des valeurs d'une société par une personne qui, en raison du poste qu'elle occupe, a accès à des renseignements confidentiels que ne connaissent pas les autres actionnaires ou le grand public.¹¹⁴

Les transactions d'initiés font partie d'un régime de protection du public investisseur qui assujettit les principaux intéressés à de nombreuses déclarations.

¹¹⁴ Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161, 164.

- l'utilisation de renseignements confidentiels

Aux termes de l'article 187 de la L.V.M., il est interdit à toute personne considérée comme un initié à l'égard d'un émetteur assujetti¹¹⁵ de réaliser une opération sur ces titres sauf en deux circonstances précises c'est-à-dire « [s'] il est fondé à croire l'information connue du public ou de l'autre partie ou s'il se prévaut d'un plan automatique établi par l'émetteur assujetti, selon des modalités arrêtées par écrit avant qu'il n'ait eu connaissance de cette information. » Il en va de même à l'article 131 de L.C.S.A.

- l'initié

Au Québec, la L.V.M., par le jeu des articles 89 et 189, définit la notion d'initié par la création de catégories. Nous ne considérons pas que passer en revue chacune d'entre elles, ajouterait quoi que ce soit à notre réflexion. Nous nous contenterons de dire que cette définition est suffisamment large pour englober une panoplie de situations. La L.C.S.A. a recours à de semblables catégories.

En comparant la situation de l'Ontario à celle du Québec, il est possible d'identifier une différence importante entre les deux régimes, soit l'initié par accident. Cette situation se présente lorsqu'une personne n'ayant aucun lien avec un émetteur se trouve à avoir accès à de l'information concernant cet émetteur en raison de

¹¹⁵ L'émetteur assujetti est défini à l'article 68 de la L.V.M. comme « celui qui, ayant fait appel publiquement à l'épargne, est tenu aux obligations d'information continue définies au chapitre II du présent titre.»

circonstances spéciales (surprendre une conversation, trouver des documents confidentiels, recevoir un fax envoyé au mauvais numéro...). Cette personne, qui se trouve à échapper au régime de l'Ontario, est particulièrement visée à l'article 189(6) de la L.V.M. La situation n'a d'ailleurs pas échappé au Insider Trading Task Force¹¹⁶.

- la notion d'information privilégiée

La L.C.S.A. prévoit à l'article 131 (4) que le renseignement confidentiel est celui dont il est raisonnable de prévoir que, s'il était généralement connu, il provoquerait une modification sensible du prix de toute valeur mobilière de la société.

En Ontario et en Colombie-britannique, on vise par le terme « information » tout fait important dont il est raisonnable de s'attendre qu'il aura un effet appréciable sur le cours ou la valeur d'une valeur mobilière (« material fact ») ou entraînera un changement important. Le changement important est entendu comme un changement au sein de l'entreprise, dans ses opérations ou le capital-action de cet émetteur qui est susceptible d'avoir un impact sur le cours ou la valeur des titres de cet émetteur¹¹⁷.

La L.V.M. réfère plutôt à la notion d'information privilégiée, qu'elle définit à son article 5 comme étant une information inconnue du public et susceptible d'affecter la décision d'un investisseur raisonnable.

¹¹⁶ Insider trading Task Force, "Illegal Insider trading in Canada: Recommendations on Prevention, Detection and Deterrence", Novembre 2003.

¹¹⁷ art.76 L.V.M.O. et 68 B.C.S.A.

L'information privilégiée fut longtemps définie en fonction du critère de la fluctuation des marchés. Cette définition avait fait l'objet d'un débat à l'occasion notamment de l'affaire Blaikie¹¹⁸. À ce stade-ci, mentionnons que l'affaire avait suscité une controverse parmi les auteurs de doctrine qui y voyaient là, la manifestation claire d'un besoin de réforme¹¹⁹.

- la communication de renseignements

En vertu de l'article 188 L.V.M., il n'est pas possible non plus à l'initié de communiquer de l'information à qui que ce soit. Encore une fois, la Loi prévoit deux tempéraments. L'initié pourra communiquer une information s'il croit qu'elle est connue du public ou de l'autre partie ou s'il doit communiquer l'information dans le cours des affaires et que rien ne laisse croire que la communication de cette information enfreindra les règles relatives aux initiés.

2. La réalisation de profits secrets

Corollaire de leur statut de mandataire et de leur obligation de rendre compte¹²⁰, les administrateurs et dirigeants de compagnie ne peuvent réaliser de profits au détriment de la compagnie qu'ils administrent. Constituent des profits secrets, les pots-de-vin

¹¹⁸ Commission des valeurs mobilières du Québec c. Blaikie, [1988] R.J.Q. 1461.

¹¹⁹ Raymonde CRÊTE et Martin WEISS, « Qu'est-ce qu'une information privilégiée en matière d'opération d'initiés? Les suites de l'affaire Memotec », (1989) 15 Can.Bus.L.J. 385, p.405 « Si le législateur québécois désire vraiment prévenir les opérations d'initiés, il lui faudrait revoir la définition des termes « information privilégiée » contenue dans la L.V.M. et considérer l'opportunité d'adopter un critère relié au comportement de l'investisseur raisonnable, plutôt que celui basé sur les fluctuations du marché. »

¹²⁰ 2184 C.c.Q.

ainsi que les commissions secrètes. Le tout n'est pas tant lié à leur fonction au sein de l'entreprise qu'au contrôle dont ils sont investis dans la conduite des affaires de la compagnie :

« Les obligations des administrateurs et des cadres supérieurs leur sont imposées non parce qu'ils sont de véritables mandataires de leur société ou des actionnaires, mais en raison de la nature du contrôle qu'ils exercent sur les affaires de la société. Ce contrôle ressemble à bien des égards au contrôle que peut exercer le mandataire sur les affaires de son mandant, et ainsi donc les responsabilités et les obligations imposées aux cadres supérieurs correspondent à celles que le code civil prescrit dans le cas des mandataires¹²¹. »

L'objectif poursuivi par la règle fut bien exposé dans l'affaire Thomson¹²² puis repris dans l'affaire Metabetchouan¹²³:

« Il me paraît de saine doctrine de dire qu'il n'est pas permis à un mandataire de tirer des profits secrets des transactions qu'il fait pour son mandant quelque nom que l'on donne à ces profits. La négation d'une telle doctrine mettrait continuellement en péril les intérêts du mandant. »

C'est donc à la vulnérabilité du mandant que s'attaque la règle. Par cette interdiction on vise à rétablir un certain équilibre au plan informationnel.

Suivant la règle, le tout ne dépendrait aucunement de la preuve d'une intention délibérée comme en fait foi l'affaire Regal (Hastings) Ltd. c. Gulliver¹²⁴,

"In my view, the respondents were in a fiduciary position and their liability to account does not depend upon proof of mala fides. The general rule of equity is that no one who has duties of a fiduciary nature to perform is allowed to enter into engagements in which he has or can have a personal interest conflicting with the interests of those whom he is bound to protect. If he holds any property so acquired as trustee, he is bound to account for it to his cestui que trust."

¹²¹ Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng, [1989] 2 R.C.S. 429,442 et 443.

¹²² Thompson c. Sénécal, [1894] 3 B.R. 455.

¹²³ La Compagnie de pulpe de Métabetchouan c. Paquet, (1906) 29 C.S. 211.

¹²⁴ [1942] All. E.R. 378, 381.

Ce principe ne semble toutefois pas être reçu intégralement dans notre droit tel qu'en atteste l'affaire Kuet Leong Ng¹²⁵.

L'affaire met en cause un cambiste qui, suite à certaines ententes privées avec ses clients et à une série de manipulations, réussit à réaliser un profit considérable. Son employeur informé de ce fait le congédia sur la base d'une contravention à son code de déontologie et le poursuivit afin de recouvrir les profits réalisés clandestinement.

À la vulnérabilité du mandant, le plus haut tribunal a également ajouté un argument d'ordre moral comme fondement à l'interdiction du profit secret :

« À cette inégalité de situation qui rend la fin de non-recevoir inapplicable, se joint une autre considération l'intérêt public et la morale veulent que l'auteur d'une mauvaise action n'en retire pas des profits qui l'encouragent à mal faire et, dans le doute, il vaut toujours mieux préférer l'interprétation la plus défavorable à celui qui a offensé l'honnêteté publique, et la mieux appropriée à sa punition!! Après tout, il est permis d'espérer que le mandant réparera un mal qu'il n'a pas eu la méchanceté de faire.

L'obligation des mandataires et, par analogie, celle des cadres supérieurs, de remettre tout ce qu, ils ont obtenu grâce à leur position, même s'ils l'ont mal acquis, repose, tout au moins en partie, sur le simple principe moral selon lequel l'auteur d'une mauvaise action n'en retire pas de profits qui l'encouragent à mal faire»¹²⁶. »

La Cour suprême condamna ici la façon de faire du cambiste. Citant l'arrêt Thomson c. Sénécal¹²⁷, elle souligna que l'interdiction visait à préserver l'honnêteté et la bonne foi dans l'exécution des contrats.

¹²⁵ Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng, précité, note 121.

¹²⁶ Id., 441.

¹²⁷ Précité, note 122.

En vertu de l'article 2146 C.c.Q, les actionnaires peuvent permettre à l'administrateur de conserver le gain réalisé. Ce que l'on veut avant tout est d'assurer une certaine transparence quant à la gestion de l'entreprise.

C) Synthèse

La malhonnêteté en droit corporatif se divise autour de deux grands axes, à savoir les conflits horizontaux et les conflits verticaux. Ces deux pôles ont en commun qu'ils portent atteinte au projet commun des investisseurs, soit la maximisation de la richesse de la compagnie, décrit, depuis l'arrêt Peoples¹²⁸ comme l'objectif ultime de l'incorporation.

Les conflits horizontaux, pour leur part, nuisent à la stabilité des affaires de la compagnie en ce que cette dernière ne devient alors qu'un prétexte par lequel l'administrateur sert ses propres intérêts. Le législateur intervient donc ici afin de protéger les intervenants qui pourraient se voir floués.

Les conflits verticaux visent la préservation de l'actif de la compagnie. En cela, ils se concentrent sur des conduites par lesquelles celui-ci se verra amoindri.

En somme, la malhonnêteté en contexte corporatif s'exprime davantage en fonction d'un projet commun d'investissement qu'en référence à une violation du droit de

¹²⁸ Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise, précité, note 11.

propriété. Ce n'est pas tant la perte occasionnée à la compagnie qui préoccupe notre droit. En effet, dans certaines situations, la compagnie n'en subira aucune concrètement. Ce que notre droit ne tolère pas, c'est que les administrateurs profitent du prétexte de ce projet commun afin de servir leurs propres intérêts.

« Le devoir de loyauté ou fiduciary duty ne se rapporte pas à la qualité de la gestion des administrateurs, mais plutôt à leur comportement personnel. La loi impose d'être loyaux envers ceux qui leur ont confié la mission de gérer les actifs mis en commun. Ce genre de devoir s'intéresse davantage à la motivation des administrateurs plutôt qu'aux conséquences de leurs gestes. Autrement dit, l'intégrité et la bonne foi s'analysent en fonction des raisons qui poussent les administrateurs à agir et non à la lumière des résultats concrets de leurs actions¹²⁹. »

Ce modèle d'analyse qui met l'accent sur le mobile et fait abstraction des résultats est parfois difficilement transposable en droit criminel. En effet, comme nous l'avons souligné précédemment, le mobile n'est pas pertinent pour les fins du droit criminel. De même, la conséquence reliée à l'action conserve toute son importance car deux éléments sont essentiels à une condamnation : l'actus reus et la mens rea. La simple intention malveillante n'est donc pas ici suffisante si elle ne s'est pas concrétisée en une action quelconque. Néanmoins, la malhonnêteté liée aux conflits verticaux, puisque mettant directement en cause l'actif de la compagnie, ressemble à certains égards, dans l'interprétation qu'elle donne au concept d'intérêt de la compagnie à la malhonnêteté sanctionnée par le droit criminel.

¹²⁹ Peoples Department Stores inc. c. Wise, précité, note 15, n° 72.

II - L'EXPRESSION DE LA MALHONNÊTÉTÉ EN DROIT CRIMINEL

Dans sa tentative de définir la malhonnêteté et d'identifier les conduites s'y rapportant, le discours criminel s'organise sensiblement autour de la même thématique que le droit corporatif. L'intérêt de la compagnie joue donc un rôle-clé dans le dépistage de la malhonnêteté. Il en résulte que la loyauté revêt une grande pertinence en droit criminel bien qu'un simple manquement à ce devoir ne puisse à lui seul fonder une accusation. Subsidiairement, le respect de la confidentialité¹³⁰ et le devoir de divulgation¹³¹, qui en découlent se trouvent également à faire l'objet d'une protection particulière assurée par les diverses infractions regroupées sous le vocable des opérations frauduleuses.

L'approche des tribunaux en droit criminel affiche toutefois plus de nuance et de retenue dans la mesure où un manque de loyauté, qui sera presque automatiquement taxé de malhonnête en droit corporatif, ne le sera pas nécessairement en droit criminel. Il demeure cependant que c'est au niveau de l'intensité de ce devoir que la différence se fait surtout sentir et qu'elle n'empêche aucunement la référence aux obligations d'honnêteté et de loyauté développées en droit corporatif afin de combler certaines lacunes du droit criminel.

¹³⁰ Délit d'initiés (art. 382.1 C.cr.).

¹³¹ Commissions secrètes (art. 426 C.cr.).

En ce qui a trait aux infractions contre le droit de propriété, la situation est fort différente. Contrairement à ce qui prévaut en matière d'opérations frauduleuses, la référence aux obligations fiduciaires ne guide pas vraiment les tribunaux dans leur examen de la malhonnêteté. En fait, c'est en matière de vol que les tribunaux ont été les plus enclins à départager les domaines du droit corporatif et du droit criminel, vouant ainsi à l'échec toute tentative de compléter les lacunes de l'un au moyen de l'autre.

Comme nous croyons que le droit criminel est affaire de contexte, nous avons décidé de nous servir à certaines occasions des infractions relevant des conflits verticaux et décrites précédemment en droit corporatif comme fondement à notre comparaison de la malhonnêteté. C'est donc en fonction de chacune de ces infractions que sera menée l'analyse.

A. Les opérations frauduleuses

1. La fraude 380 C. cr.

L'article 380 se lit comme suit :

380. (1) Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, service, argent ou valeur

a) est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, si l'objet de l'infraction est un titre testamentaire ou si la valeur de l'objet de l'infraction dépasse cinq mille dollars;

b) est coupable

(i) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans,

(ii) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, si la valeur de l'objet de l'infraction ne dépasse pas cinq mille dollars.

(2) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, avec l'intention de frauder, influe sur la cote publique des stocks, actions, marchandises ou toute chose offerte en vente au public.

Le ministère public, afin de s'acquitter de son fardeau, devra, aux termes de l'article 380 C.cr., faire la preuve d'un moyen malhonnête ainsi que d'une privation, mais également d'un état d'esprit particulier relativement à chacun de ces éléments.

a) Les éléments matériels

i) la commission d'un acte malhonnête

La fraude se commet en recourant à un acte malhonnête comme la supercherie, le mensonge ou tout autre moyen qui n'entrerait pas dans ces deux définitions. Aussi nous est-il apparu important de définir le mensonge et la supercherie, la catégorie des autres moyens dolosifs se voulant résiduaire. Les professeurs Gagné et Rainville proposent la distinction suivante entre le mensonge et la supercherie:

« [...] Le mensonge consiste en une affirmation inexacte afin de tromper autrui. La supercherie consiste à bernier un individu dans le but exprès de lui faire adopter un comportement donné¹³². »

C'est donc dire que la supercherie en plus de présenter une intention de tromper poursuit également une autre fin, c'est-à-dire amener la victime à adopter un comportement précis.

¹³² J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op.cit.*, note 53, p.280

- le mensonge

Le mensonge se veut une affirmation erronée dans le but d'induire quelqu'un en erreur. Néanmoins, le fait d'exagérer les qualités d'une chose ne constituant pas un mensonge, l'affirmation devra atteindre une certaine gravité. À cet égard, les professeurs Gagné et Rainville font un parallèle avec ce que le droit privé appelle le «bonus dolus » et le « dolus malus ». Pour eux, comme le droit privé tolère les «bonus dolus », il n'est pas approprié pour le droit criminel de sévir à l'égard des simples exagérations. Nous croyons pour notre part que cette analyse ne permet pas de distinguer adéquatement le mensonge des stratégies marketing.

Jusqu'où une affirmation peut-elle aller avant d'être qualifiée de mensongère et ne plus relever de la simple exagération? Les professeurs Gagné et Rainville abordent cette question au niveau du lien de causalité. Ainsi, on devra établir un rapport entre les agissements de l'accusé et la réaction de la victime. Bien qu'elle se rapproche de ce raisonnement, nous préférons nous en remettre à une affirmation moins générale telle la notion du consentement. Le mensonge est inacceptable en ce qu'il influe sur le consentement de la personne, l'amenant à faire ce qu'elle se serait autrement gardée de faire. En effet, à titre de rappel, en droit civil, le dol est défini comme le fait de provoquer volontairement une erreur dans l'esprit d'autrui pour le pousser à conclure un contrat ou à le conclure à des conditions différentes. Ainsi, la simple louange d'une chose ne devrait pas influencer sur le consentement de la personne. N'eut été de cet embellissement des faits, la personne aurait tout de même contracté. Or, à

partir du moment où la personne n'aurait pas contracté, il s'agit bien pour nous d'un mensonge.

Le tout sera évidemment une question de fait qu'il appartiendra au juge des faits de trancher. Comme le faisait remarquer la Cour d'appel à l'occasion de l'affaire

Bissonnette :

« Entre l'exagération poussée, voire même excessive, et le mensonge caractérisé, existe une frontière nette qui est une question de fait soumise au pouvoir souverain d'appréciation du juge du procès. Il va de soi qu'une manoeuvre ne sera considérée dolosive qu'à la lumière de circonstances variable selon les espèces¹³³. »

Le mensonge ne peut à notre avis résulter du silence. Les cas visant le silence relèvent de la catégorie des autres moyens dolosifs puisqu'il s'agit d'une dissimulation de faits importants. En effet, si le mensonge peut être commis tant par une déclaration erronée que par un silence, comment arriverons-nous à distinguer le mensonge de la catégorie des autres moyens dolosifs (de la dissimulation de faits). À cet égard, nous ne partageons donc pas l'avis des professeurs Gagné et Rainville lorsque ceux-ci affirment en abordant le cas du mensonge que : « Une affirmation peut être mensongère sans avoir été formulée expressément¹³⁴. » Pour nous la catégorie du mensonge ne peut englober les silences. Cette situation relève plutôt de la dissimulation de faits importants appartenant à la catégorie des autres moyens dolosifs, soit deux catégories complètement différentes. Les professeurs Gagné et

¹³³ Bissonnette c. Banque Nationale du Canada, précité, note 85, n° 44.

¹³⁴ J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, op.cit., note 53, p.154

Rainville appuient leur raisonnement sur l'affaire Rosen¹³⁵. Or, il convient de rappeler que la juge McLachlin a référé à cet arrêt en relation avec la question de la dissimulation de faits importants.

Notre position se fonde également sur la jurisprudence. En effet à l'occasion de l'arrêt Émond¹³⁶, on aborda la dissimulation comme suit :

« Le mensonge peut consister en un acte positif, mais aussi parfois en une simple réticence, c'est-à-dire en une situation où, par son silence, un individu cache à l'autre un élément capital et essentiel. C'est ce que Madame la juge Beverly McLachlin appelle, dans l'arrêt Théroux [1993] 2 R.C.S 5, la « dissimulation de faits importants. [...] »¹³⁷.

L'arrêt Schmouth¹³⁸ sur lequel nous reviendrons, qui s'est référé à ce passage a également abordé la question de la fraude par réticence comme relevant de la catégorie des autres moyens dolosifs et non du mensonge.

Pour nous, lorsque quelqu'un fraude en se gardant de révéler certains faits, cette conduite relève clairement de la catégorie des autres moyens dolosifs et non du mensonge.

- la supercherie

La supercherie fut définie à l'occasion de l'affaire Little¹³⁹ en référence à l'arrêt Re London & Globe Finance Corp Ltd :

¹³⁵ R. c. Rosen, (1979) 55 C.C.C. (2d) 342 (C. Ct. Ont.)

¹³⁶ R. c. Émond, (1997) 117 C.C.C. (3d) 275 (C.A. Qué.)

¹³⁷ Id., 284.

¹³⁸ R. c. Schmouth, [2004] A.Q. (Quicklaw) no.862 (C.Q.).

"To deceive is ... to induce a man to believe that a thing is true which is false, and which the person practising the deceit knows or believes to be false¹⁴⁰."

Comme le font remarquer les auteurs Gagné et Rainville, la supercherie se compose de deux éléments; dans un premier temps, il s'agira d'induire en erreur sa victime et dans un deuxième temps d'agir de la sorte afin d'amener sa victime à adopter un certain comportement. De même il n'est pas nécessaire d'avoir recours au mensonge.

L'affaire Knowles¹⁴¹ est un cas de fraude par la supercherie. Dans cette affaire, l'accusé était président d'une filiale de la compagnie victime soit M.S. Ltd offrant des produits à des franchises de quincailleries. Considérant cet état de fait, la compagnie s'était dotée d'une politique interdisant l'achat de ces franchises afin d'éviter les conflits d'intérêts. L'accusé passa outre cette directive et acquit une franchise en utilisant un prête-nom, suite à un prêt obtenu auprès de la victime. Évidemment, cette dernière ne fut jamais mise au courant du fait que l'acheteur était en réalité Knowles. Elle alléguait qu'elle n'aurait jamais consenti un tel prêt si elle avait été au courant que Knowles était le véritable acheteur. En première instance, l'accusé fut acquitté. On considéra que le prêt consenti étant garanti, M.S. Ltd. n'avait pas subi de privation. Ce raisonnement échoua en appel.

¹³⁹ R. v. Littler (1975) 27 C.C.C. (2d) 234 (C.A. Qué.)

¹⁴⁰ [1903] 1 Ch. 728, 732-733.

¹⁴¹ R. c. Knowles, (1979) 51 C.C.C. (2d) 237 (C.A. Ont.).

Comment alors distinguer le mensonge de la supercherie? En effet, il est difficile de tracer une telle frontière entre les deux puisque le mensonge sera presque toujours formulé avec l'intention d'amener la victime à adopter un comportement en particulier, la fraude par mensonge est donc en ce sens difficilement envisageable. D'ailleurs, rappelons qu'historiquement, la supercherie fut définie en relation avec le mensonge. Par contre, la fraude par supercherie ne fait pas nécessairement référence au mensonge. En effet, il ne s'agit que d'induire sa victime en erreur, et ce, peu importe le stratagème utilisé.

Départager ces catégories n'est pas une sinécure. C'est que l'actus reus de la fraude ne fut clarifié que récemment à l'occasion des arrêts Zlatic¹⁴² et Théroux¹⁴³. Le droit en la matière est donc fort peu limpide. Dans notre exercice de définir le mensonge et la supercherie, nous n'avons que pu constater cet état de fait. De même, la frontière entre le mensonge par le silence et la dissimulation de faits, classée par la juge McLachlin comme appartenant à la catégorie des autres moyens dolosifs, ne se trace pas aisément.

Pour les professeurs Gagné et Rainville¹⁴⁴, la distinction entre le mensonge, la supercherie et les autres moyens dolosifs réside en ce qu'alors que les deux premiers sont intrinsèquement malhonnêtes, la catégorie des autres moyens dolosifs fait plutôt

¹⁴² R. c. Zlatic, précité, note 7.

¹⁴³ R. c. Théroux, précité, note 6.

¹⁴⁴ J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, op.cit., note 53.

référence à des moyens qui sont en soi généralement tolérés et ne sont pas malhonnêtes à leur face même.

Nous ne partageons pas cette opinion. En effet, les exemples donnés par la juge McLachlin comme constituant des moyens dolosifs (utilisation des ressources financières d'une compagnie à des fins personnelles, l'usurpation de fonds ou de biens, la dissimulation de faits importants) n'ont rien d'honnêtes à leur face même.

À notre avis, ce qui distingue le mensonge et la supercherie des autres moyens dolosifs est que les deux premières actions ont nécessairement une influence sur le consentement de la victime alors que les autres moyens dolosifs sont considérés comme tels en raison du fait que la personne ne s'est même pas préoccupée d'obtenir le consentement. Ainsi alors que dans le cas du mensonge et de la supercherie, on parlera d'un consentement vicié, dans le cas des autres moyens dolosifs, on parlera d'absence de consentement pur et simple.

Si le mensonge et la supercherie restent difficilement départageables, définir la notion d'autres « moyens dolosifs » amène un sentiment voisin du vertige, pour reprendre une expression du criminaliste Jean-Claude Hébert. Les arrêts Olan¹⁴⁵, Théroux¹⁴⁶ et Zlatic¹⁴⁷ permettent toutefois d'en cerner la portée.

¹⁴⁵ R. c. Olan, précité, note 5.

¹⁴⁶ R. c. Théroux, précité, note 6.

¹⁴⁷ R. c. Zlatic, précité, note 7.

- les autres moyens dolosifs

D'entrée de jeu, mentionnons que l'arrêt Olan¹⁴⁸ s'inscrivait dans un climat de controverse, à savoir si la preuve de supercherie était un élément nécessaire à une condamnation criminelle et devait être établi en plus de l'acte, en cas de fraude par autres moyens dolosifs.

La Cour, sous la plume du juge Dickson, trancha que l'expression « autres moyens dolosifs » visait les moyens ne relevant ni du mensonge, ni de la supercherie mais dénotant une certaine malhonnêteté. En cela, on a soutenu le caractère autonome de chacun de ces moyens¹⁴⁹.

On indiqua que la fraude sera établie par la preuve d'un acte prohibé, à savoir un mensonge, une supercherie ou tout autre moyen dolosif, de même que par la privation causée par cet acte prohibé, cette privation pouvant se traduire par une perte véritable ou par la mise en péril du patrimoine de la victime. Ainsi, il n'est pas nécessaire que la victime soit réellement privée de quelque chose. Il suffit qu'on expose son patrimoine à un risque.

En optant pour une interprétation large de la fraude, la Cour a fait en sorte que la fraude en vienne à « englober une large gamme d'activités commerciales

¹⁴⁸ R. c. Olan, précité, note 5.

¹⁴⁹ Id.

malhonnêtes¹⁵⁰. » Toutefois, certaines questions restaient en suspend. Il fallut donc attendre quinze ans avant que l'état du droit se clarifie.

Par l'arrêt Théroux¹⁵¹, le plus haut tribunal du pays fut appelé à poursuivre la réflexion entreprise dans l'arrêt Olan¹⁵² en définissant l'intention requise (*mens rea*) relativement au crime de fraude. La trame factuelle est relativement simple. Théroux était un homme d'affaires oeuvrant dans le domaine de la construction domiciliaire. Par l'entremise de sa compagnie, il sollicitait des acheteurs de maisons, s'engageait dans un contrat de vente et percevait de leur part des dépôts. Ces dépôts, affirmait l'accusé, étaient garantis par la Fédération de construction du Québec. Cette déclaration était fautive. La compagnie devint insolvable et les dépôts s'envolèrent.

Concernant la *mens rea*, la Cour devait décider si la croyance de l'accusé à l'effet que sa conduite ne causerait aucune perte à ses victimes effaçait l'intention sous-jacente à l'infraction de fraude. La Cour répondit par la négative. En effet, elle considéra que la véritable question visait à savoir si l'accusé était conscient que certaines conséquences découleraient de ses actes et non pas s'il croyait que ses actes ou les conséquences en découlant étaient moraux.

¹⁵⁰ R. c. Théroux, précité, note 6, 16.

¹⁵¹ Id.

¹⁵² R. c. Olan, précité, note 5.

Il en résulte que la mens rea de la fraude s'établit par la preuve de la connaissance subjective de l'acte prohibé (l'accusé doit savoir qu'il ment) de même que par la connaissance (ou l'insouciance) que cet acte pourrait entraîner une privation à autrui.

Quant à l'arrêt Zlatic¹⁵³, mentionnons d'entrée de jeu que celui-ci, dans sa tentative de définir les moyens dolosifs en référant à des exemples bien établis en droit corporatif constitue pour nous une première tentative d'importer des principes propres au droit des affaires en droit criminel. À certains égards, nous croyons même que cet arrêt marque un point tournant dans le monde du crime économique en atténuant grandement l'étanchéité des deux domaines. Contrairement à certains auteurs qui perçoivent que le plus haut tribunal du pays maintient un certain décalage entre la réalité du monde des affaires et celui du monde criminel, nous croyons plutôt que la Cour suprême a manifesté par l'arrêt Zlatic un certain désir d'harmoniser le monde du crime économique à celui des affaires.

L'arrêt met en scène un homme d'affaires exploitant une compagnie de t-shirts et de sweat-shirts. L'accusé recevait de la marchandise de la part de ses fournisseurs en contrepartie de chèques post-datés ou à crédit. Aux prises avec des problèmes financiers, il misa l'actif de sa compagnie au jeu et le perdit. Incapable de rembourser ses créanciers, il fut contraint de déclarer faillite. En réponse aux accusations de

¹⁵³ R. c. Zlatic, précité, note 7.

fraude pesant contre lui, Zlatic soutenait qu'il croyait que ses chances de gagner étaient importantes et lui permettraient de rembourser ses créanciers.

Il s'agissait ici pour la Cour suprême du Canada de déterminer si le fait de s'adonner au jeu en utilisant le produit de la vente de marchandise plutôt que de rembourser ses créanciers pouvait se qualifier « d'autres moyens dolosifs » au sens de l'article 380 du Code criminel.

Reconnaissant la difficulté qu'il y a à définir ce qui est malhonnête, la Cour a toutefois déclaré l'accusé coupable. L'intérêt de l'arrêt Zlatic réside dans les précisions qu'il a apportées quant à l'évaluation de la conduite dolosive (autres moyens dolosifs). En cela la Cour a tranché en faveur d'un critère objectif plutôt que subjectif. C'est donc à la personne raisonnable que l'on doit se rapporter plutôt qu'à l'appréciation de l'accusé quant à sa conduite. La personne raisonnable considérerait-elle la conduite de l'accusé malhonnête? La malhonnêteté devint ainsi un concept de la plus haute importance puisque constituant le fondement de l'analyse du comportement reproché.

S'inspirant des écrits de l'auteur Ewart¹⁵⁴, la juge McLachlin a poursuivi son raisonnement en donnant certains exemples de ce qui pourrait constituer une conduite malhonnête. Ainsi, l'utilisation des ressources financières d'une compagnie à des fins

¹⁵⁴ J.D. EWART, *op. cit.*, note 8.

personnelles, la dissimulation de faits importants, l'exploitation de la faiblesse d'autrui, le détournement de fonds et l'usurpation de fonds ou de biens peuvent représenter des moyens dolosifs.

La juge McLachlin a également indiqué que la malhonnêteté comportait un **dessein caché** de priver quelqu'un de ce qui lui appartient. « La négligence n'est pas suffisante, pas plus que le fait de profiter d'une chance au détriment d'autrui¹⁵⁵. »

Bien que sans définition, certains éléments ressortant de la doctrine et de la jurisprudence permettent de tracer les limites du concept de malhonnêteté. En effet, certains écrits permettent de faire un rapprochement entre la malhonnêteté et le risque :

« Pour prouver la fraude, il faut établir que la conduite des accusés était délibérément malhonnête. Dans les circonstances de la présente affaire, quel critère doit-on appliquer pour décider s'il y a eu conduite malhonnête? Il y a fraude si la preuve révèle qu'on a pris un risque, sans en avoir le droit, au détriment ou au préjudice d'autrui¹⁵⁶. »

Cet extrait est issu de l'arrêt Sinclair sur lequel la Cour suprême s'est appuyée pour rendre sa décision dans des affaires touchant tant le droit criminel que le droit corporatif, à savoir les arrêts Olan et Air Canada¹⁵⁷.

¹⁵⁵ R. c. Zlatic, précité, note 7, 45.

¹⁵⁶ R. c. Sinclair, [1968] 3 ALL. E.R. 241, 246.

¹⁵⁷ Air Canada c. M & L Travel Ltd., [1993] 3 R.C.S. 787. À l'occasion de ce dernier arrêt, la cour suprême avançait même l'idée que les expressions « frauduleux » et « malhonnête » avaient les mêmes sens.

Il est intéressant de comparer cette définition avec celle que les tribunaux ont élaborée à propos des pouvoirs des administrateurs et qui a donné naissance au concept de meilleur intérêt de la compagnie :

« [...] it must be exercised, not only *in the manner required by the law* but also *bona fide of the company as a whole*, and it must not be exceeded [nos italiques]¹⁵⁸. »

Cette adéquation malhonnêteté/risque est également présente en doctrine¹⁵⁹.

La notion de malhonnêteté peut également, selon nous, s'articuler autour d'une violation à un code de conduite :

"In my opinion these terms and *the term dishonesty generally anticipate a breach of a recognized moral code of conduct or law coupled with the intention to breach the same* [nos italiques]¹⁶⁰."

Cette définition, bien qu'appliquée à une affaire relevant du droit du travail, nous semble tout autant applicable aux domaines du droit des affaires et, subsidiairement, du droit criminel. En effet, les administrateurs de compagnies sont tenus à des obligations de loyauté et d'honnêteté qui constituent en elles-mêmes un code de conduite auquel ils ne peuvent déroger :

« Le partisan positiviste de l'opinion selon laquelle le droit et la moralité constituent des domaines distincts pourrait faire valoir que quelque soit le langage utilisé, dans les causes de ce genre, les tribunaux ne font qu'appliquer en fait la loi morale ou naturelle à des règles juridiques amORALES. Vus de cette façon, les concepts d' « obligations fiduciaires », d'obligation de négociier de bonne foi et d'opérations iniques ont leurs aspects positifs et pratiques *tout*

¹⁵⁸ Allen c. Gold Reefs of West Africa, [1900] 1 Ch. 656, 671.

¹⁵⁹ Voir J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, op.cit., note 53; J.-L. BACHER, loc.cit., note 22; A.-M BOISVERT, loc.cit., note 17.

¹⁶⁰ Real Canadian Superstore (Saskatchewan) c. UFCW Local 1400, 1998 CarswellSask. 759, n° 24 (Sask. Ct of QB)

comme des concepts de droit positif s'avèrent, après un examen approfondi, de nature essentiellement morale. Permettez-moi de développer ce point.

Les obligations fiduciaires font beaucoup plus que d'imposer les notions courantes de la moralité. Elles ont leurs aspects positifs et pratiques. Elles peuvent être justifiées sur le plan de la pratique, comme, l'a souligné Lord Herschell en 1896, dans Bray c. Ford

En vertu d'une règle inflexible d'un tribunal en equity, la personne qui a un rôle fiduciaire [...] n'est pas, sauf disposition expresse au contraire, autorisée à en tirer profit; elle ne peut se mettre dans une situation entraînant un conflit entre son intérêt personnel et son obligation. Il me semble que cette règle n'est pas fondée sur les principes de moralité comme on l'a fait valoir. J'estime plutôt qu'elle est fondée sur la constatation que la nature humaine étant ce qu'elle est il y a danger qu'en pareilles circonstances, la personne qui a un poste fiduciaire se laisse influencer par ses propres intérêts plutôt que par son obligation portant ainsi préjudice aux personnes qu'elle est tenue de protéger. [...]

Enfin comme l'a souligné Blackstone, le processus par lequel est établie et appliquée une règle d'application générale fondée sur la moralité a pour effet d'enlever à cette règle son caractère exclusivement moral. Pour reprendre ses termes, « on ne peut établir des règles, de préceptes fixes d'équité, sans détruire sa véritable essence, et sans la convertir en loi positive. Ainsi, ce qui était d'abord une règle morale devient lorsqu'elle est appliquée juridiquement une règle juridique [nos italiques]¹⁶¹. »

Comme toute violation à un code moral, non seulement une dérogation aux obligations fiduciaires sera considérée comme malhonnête, mais elle sera également pour certains un indice flagrant de fraude :

« Le mot « fiduciaire » s'emploie actuellement à tout venant comme s'il s'appliquait à tous les manquements à leurs obligations que commettent les avocats, les administrateurs de sociétés, etc. « Fiduciaire » dérive cependant du mot latin « fiducia » qui signifie « confiance ». L'adjectif « fiduciaire » veut donc dire « relatif à un fiduciaire ou à une fiducie ». Qu'un avocat puisse manquer à l'obligation particulière d'un fiduciaire, p. ex. en volant l'argent de son client, en concluant un contrat avec son client sans lui en révéler tous les détails, en envoyant à son client un compte pour des débours fictifs, etc., cela est bien évident. Prétendre toutefois que commettre une simple négligence quand il donne un avis constitue un tel manquement, c'est dénaturer le sens des mots. L'obligation de diligence et de compétence d'un avocat est identique à celle de

¹⁶¹ Beverley McLACHLIN, « Le droit et la moralité », dans Pierre-Paul CÔTÉ et Christiane DUBREUIL (dir.), *La morale et le droit des affaires - Les Journées Maximilien Caron*, Montréal, Thémis, 1993, p.9. Cet extrait est fort pertinent considérant qu'il représente l'idée que ce fait la juge McLachlin sur la morale, elle qui, rappelons-le, fut la rédactrice de l'opinion majoritaire dans les affaires Thérout et Zlatic.

quiconque s'engage moyennant paiement à accomplir une tâche. On ne dirait pas d'un ingénieur ou d'un médecin qui a donné de mauvais conseils et à qui on réclame des dommages-intérêts en common law qu'il s'est rendu coupable d'un manquement à une obligation fiduciaire. Pourquoi le dirait-on donc d'un avocat? *J'insiste sur ce point parce qu'une allégation de manquement à des obligations de fiduciaires dégage un relent de malhonnêteté, et sinon de supercherie, à tout le moins d'inférence de fraude. Voir Nocton v. Lord Ashburton, [1914] A.C. 932 (H.L.) Ceux qui dressent des actes de procédure doivent se méfier de mots ayant une telle connotation [nos italiques]¹⁶².»*

Cette idée est également présente en doctrine. En effet, Ewart, auquel la Cour suprême s'est référée à l'occasion des affaires Théroux¹⁶³ et Zlatic¹⁶⁴, avait déjà reconnu une adéquation entre la malhonnêteté et la violation des obligations fiduciaires :

"These three basic concepts –obtaining something to which there is no entitlement, *misusing a position of trust or responsibility*, and taking advantage of the weakness of another – are the cornerstones of the concept of dishonesty in the new law of fraud¹⁶⁵."

L'auteur Nightingale apporta toutefois une nuance

"While canadian courts have found that a breach of position of trust or quasi-trust can be characterized as "other fraudulent means ", not every breach will be so characterized. A trustee may fail to honour an obligation to report to a beneficiary, a fiduciary may find himself in a situation of conflict of interest, yet these breaches of duty will not give rise to a finding of fraudulent conduct. While these types of breach of duty may give rise to civil liability, criminal liability will not be imposed unless there is evidence of exploitation or misuse of the position for the benefit of the accused or a third party¹⁶⁶."

Ce rapprochement des auteurs de common law entre la violation des obligations fiduciaires des administrateurs de compagnie et la malhonnêteté traverse même nos frontières civilistes :

¹⁶² Hodgkinson c. Simms, [1994] 3 R.C.S. 377, 464

¹⁶³ R. c. Théroux, précité, note 6

¹⁶⁴ R. c. Zlatic, précité, note 7

¹⁶⁵ J.D. EWART, op.cit., note 8, p.95.

¹⁶⁶ B.L. NIGHTINGALE, The law of fraud and related offences, Toronto, Carswell, 1996, p.3-26.

« La violation d'une obligation fiduciaire (ou de loyauté) explicite constitue un sérieux indice de malhonnêteté, disions-nous précédemment. Lorsque cette anomalie survient à l'occasion d'un conflit d'intérêts, l'induction de conduite frauduleuse se fait pressante¹⁶⁷. »

En somme, cette réflexion est particulièrement intéressante en ce qu'elle complète l'analogie risque-malhonnêteté, exposée précédemment, nous fournissant des indications concernant le niveau de risque acceptable. À ce propos, Ewart ajoute :

"While it is normal and perfectly legal for directors to risk company assets for corporate purposes, it is dishonest if the same risk is taken not in the bona fide interests of the corporation, but in the personal interests of the directors. [...]

The issue does not revolve around the ownership of the company, or the alleged consent which the accused themselves might purport to give in their capacity as directors. Nor does it turn on whether the conduct was *intra vires* or *ultra vires* the company. Instead, in determining dishonesty, the jury should simply be left to assess whether corporate funds were, in fact used for bona fide corporate purposes or for the purposes of the accused¹⁶⁸."

On peut donc affirmer que le risque acceptable serait celui pris dans l'intérêt de la compagnie :

« À cet égard, une relecture de l'arrêt Olan qui prendrait en compte les obligations fiduciaires des administrateurs à l'égard de la compagnie qu'ils géraient, de ses actionnaires ainsi qu'envers les personnes ayant un intérêt dans la bonne santé financière de la compagnie, fournirait une manière simple et efficace d'évaluer l'honnêteté de la conduite des accusés dans cette affaire. Il est en effet possible de soutenir que, dans l'affaire Olan, la mise en péril du patrimoine de la compagnie était injustifiée, non pas parce qu'elle était risquée, mais parce qu'elle fut faite en violation de l'obligation fiduciaire des administrateurs *d'agir dans le meilleur intérêt de la compagnie* [nos italiques]¹⁶⁹. »

Serait ainsi malhonnête la conduite d'un administrateur qui fait fi de ses obligations de loyauté en ne tenant pas compte de l'intérêt de la compagnie. Néanmoins, cette

¹⁶⁷ J.-C. HÉBERT, *op.cit.*, note 43, p.559.

¹⁶⁸ J.D. EWART, *op.cit.*, note 8, p. 82 et 85.

¹⁶⁹ A.-M. BOISVERT, *loc.cit.*, note 17, 460.

seule constatation ne suffira pas, à elle seule, à fonder une condamnation si elle n'est pas accompagnée d'une privation au patrimoine de la victime.

ii) la privation (ou risque de privation) causée par un acte prohibé

Tel que mentionné précédemment, l'actus reus du crime de fraude s'établit par la preuve de la combinaison acte malhonnêteté-privation. Cette privation peut se traduire en perte pécuniaire réelle ou simplement en mise en péril.

« On établit la privation si l'on prouve que les intérêts pécuniaires de la victime ont subi un dommage ou un préjudice ou qu'il y a risque de préjudice à leur égard. Il n'est pas essentiel que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle [...] ¹⁷⁰ »

En effet, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel d'Angleterre à l'occasion de l'affaire Allsop¹⁷¹ : « Des intérêts mis en péril ont moins de valeur en termes monétaires que des intérêts protégés et en sécurité. » Toutefois, la mise en péril ne doit pas être comprise comme susceptible de se traduire comme un simple inconvénient subi par la victime.

Ceci est bien illustré par l'affaire Vézina¹⁷² où la Cour suprême avait à statuer sur le cas de trois individus acquittés de fraude et de complot en vue de frauder envers la Banque de Montréal.

¹⁷⁰ R. c. Olan, précité, note 5, 1182.

¹⁷¹ R. c. Allsop, (1976) 64 Cr. Ap. R. 29, 32 (C.A. Ang.).

¹⁷² Vézina et Côté c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 2.

Dans cette affaire, les accusés s'étaient emparés d'obligations payables au porteur et appartenant à la General Accident Fire and Life Assurance Corporation Limited dans le but de les encaisser en Suisse. Or, pour réaliser cette opération, la Neue Bank de Suisse conseilla à ces derniers de déposer préalablement les obligations à la Banque de Montréal et de les porter à son propre compte. Ainsi, en présentant à la Banque de Montréal les obligations volées, cette dernière obtiendrait les 975 000\$ auprès de la Banque du Canada et ferait parvenir les fonds à la Neue Banque en Suisse. Le stratagème échoua puisque entre temps, la Banque de Montréal fut avisée par la Banque du Canada que les obligations déposées étaient en réalité des obligations volées. Reconnaissant que la démarche des accusés était malhonnête et que la Banque de Montréal avait pu subir un certain inconvénient de cette situation, la Cour suprême estima néanmoins que le genre de préjudice causé à la Banque de Montréal ne se qualifiait pas de privation au sens de l'arrêt Olan¹⁷³ puisque trop lointain et hypothétique :

« Cacher à la Banque de Montréal le fait qu'il s'agissait d'obligations volées et se faire passer pour le détenteur légitime des obligations satisfait amplement à l'exigence de malhonnêteté. Quant à la privation, si les accusés avaient comploté et tenté d'obtenir de la Banque de Montréal 975 000 \$, à même ses fonds, en échange des obligations, ils auraient eu l'intention d'amener la banque à se départir de 975 000 \$ comptant, à même ses fonds, et à ne conserver qu'un titre donnant droit à de l'argent comptant. Que la Banque de Montréal soit remboursée par la Banque du Canada et ne perde pas cette somme, serait, à mon avis, sans importance en ce qui concerne la possibilité de subir un préjudice économique. L'échange de l'argent contre le titre donnant droit à cet argent, qui n'aurait pas eu lieu n'eût été la conduite malhonnête des accusés, est préjudiciable. Le patrimoine de celui qui possède l'argent est certainement en meilleur état que celui du détenteur d'obligations volées, même si ce dernier est de bonne foi. La bonne foi peut être mise en doute et le paiement retardé. Il y aurait donc eu, d'après ces faits tels que le juge Malouf paraît les avoir perçus, une preuve à soumettre au jury en ce qui concerne la Banque de Montréal. Mais,

¹⁷³ R. c. Olan, précité, note 5

d'après le juge du procès, ce n'est ni ce qui s'est passé ni ce qu'on a tenté de faire. Au départ, les accusés voulaient encaisser les obligations à la Neue Bank, avant que le vol de celles-ci ne soit découvert et signalé à la Banque du Canada. La première tentative a échoué parce que la banque suisse les a renvoyés à la Banque de Montréal. Il s'agissait donc d'amener la Banque de Montréal, en lui cachant que les obligations avaient été volées, à encaisser les obligations auprès de la Banque du Canada, puis à envoyer l'argent à la banque suisse. On ne demandait pas à la Banque de Montréal de déboursier de l'argent pour les obligations. La banque a été amenée par la supercherie à participer, quoique innocemment, à une opération frauduleuse.

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

Lorsque cette Cour parle de « risque de préjudice » dans l'arrêt *Olan*, précité, il faut interpréter cette mention à la lumière des faits de cette affaire-là et dans le sens que, pour qu'il y ait une privation, il n'est pas « essentiel [qu'il y ait] une perte pécuniaire réelle ». Dans l'affaire *Olan*, la victime a versé de l'argent pour obtenir un titre, d'ailleurs un excellent titre pour le montant. Avant la supercherie, la victime possédait l'argent comptant. À cause de la supercherie, la victime restait avec un titre et s'était départie de l'argent. Le patrimoine de la victime était amputé des liquidités et n'avait plus que le titre. C'est une privation. Si on applique les principes énoncés dans l'arrêt *Olan* aux faits de l'espèce, j'estime qu'il existait des preuves à soumettre au jury portant que les appelants avaient tenté de frauder la Banque du Canada de 975 000 \$, même si en définitive la banque ne perdait pas ce montant. La banque détenait les fonds étant entendu qu'elle verserait le montant à certaines conditions au détenteur légitime des obligations. Si le plan avait réussi, elle se serait, à cause de la supercherie, départie de ce montant et aurait été susceptible de subir des risques identifiables de préjudice pécuniaire. L'élément de privation aurait existé.

Par contre, pour la Banque de Montréal, il n'existait pas de risque identifiable de préjudice pécuniaire. On ne lui demandait pas de se départir de quoi que ce soit qui lui appartenait, qu'elle possédait ou sur lequel elle avait un droit spécial. »¹⁷⁴

Une relecture de la notion de « risque de privation », à la lumière de l'affaire précédente, permettrait ainsi, selon la professeure Boisvert, de la définir comme une privation, mais qui ne dure que temporairement.¹⁷⁵

¹⁷⁴ *Id.*, 20 à 22.

¹⁷⁵ A.-M. BOISVERT, *loc.cit.*, note 17, 448 : « À cet égard, la notion de « risque de préjudice » est ambiguë. Si elle réfère simplement à une privation de la victime, que l'on peut évaluer monétairement au moment de l'accusation sans toutefois que l'on puisse parler de perte sèche, et à long terme d'argent, comme ce fut le cas dans l'affaire *Olan*, il n'y a pas risque de préjudice, mais bien préjudice réel. Il est alors faux de parler de risque de préjudice, et l'idée voulant que le préjudice n'a pas à se matérialiser perd toute sa pertinence.

b) Les éléments subjectifs

L'infraction de fraude requiert une mens rea subjective par opposition aux crimes de négligence qui requièrent une mens rea objective. Rappelons à cet égard que sont regroupés sous le vocable de mens rea subjective la connaissance (qui peut également se traduire comme l'aveuglement volontaire), l'intention et l'insouciance.

En matière de fraude, la Cour suprême, à l'occasion de l'arrêt Théroux¹⁷⁶ a opté pour la connaissance. Voyons brièvement en quoi consistent ces conditions.

i) la connaissance subjective de l'acte prohibé

L'accusé doit avoir connaissance des circonstances rendant sa conduite malhonnête. Si dans le cas du mensonge et de la supercherie, le cas est plutôt simple, les choses se corsent dans le cas des moyens dolosifs.

Au sujet de la démarche à adopter, la Cour ajoute :

« Cela s'applique autant à la troisième catégorie de fraude, soit un « autre moyen dolosif », qu'aux mensonges et à la supercherie. Bien que l'expression « autre moyen dolosif » ait été généralement définie comme un moyen « malhonnête », il n'est pas nécessaire qu'un accusé considère personnellement que ce moyen est malhonnête pour être déclaré coupable de fraude pour y avoir eu recours. Le caractère « malhonnête » du moyen est pertinent pour déterminer si la conduite est du genre de celle visée par l'infraction de fraude; ce qu'une personne raisonnable considère malhonnête aide à déterminer si l'*actus reus* de l'infraction peut être établi en fonction de certains faits. Une fois cela établi, il suffit de déterminer qu'un accusé a sciemment commis les actes en question et

C'est, semble-t-il de cette manière que le juge Lamer conçoit la notion de « risque de préjudice » dans l'arrêt Vézina [...].»

¹⁷⁶ R. c. Théroux, précité, note 6

qu'il était conscient que la privation ou le risque de privation représentait une conséquence probable.¹⁷⁷ »

Le code moral d'un individu ne peut donc servir de fondement à l'analyse des tribunaux.

ii) la connaissance subjective ou l'insouciance que l'acte prohibé pourrait causer une privation à autrui

Ici, on requiert un élément de turpitude morale face aux conséquences. L'accusé doit savoir que sa conduite pourra entraîner une privation à sa victime ou à tout le moins, un risque de privation. En matière de fraude, bien que la juge McLachlin en soit parvenue à la conclusion que la connaissance était nécessaire pour établir la mens rea, elle a néanmoins reconnu que l'insouciance, bien que moins élevée dans le spectre de la turpitude morale, était suffisante :

« J'ai parlé de la connaissance des conséquences de l'acte frauduleux. Toutefois, rien ne paraît s'opposer à ce que l'insouciance quant aux conséquences entraîne également la responsabilité criminelle. L'insouciance présuppose la connaissance de la vraisemblance des conséquences prohibées. Elle est établie s'il est démontré que l'accusé, fort d'une telle connaissance, accomplit des actes qui risquent d'entraîner ces conséquences prohibées, tout en ne se souciant pas qu'elles s'ensuivent ou non.¹⁷⁸ »

Peut-on tirer la même conclusion face à l'acte prohibé lui-même? Autrement dit, en ce qui concerne l'appréciation subjective de l'acte prohibé, pouvons-nous affirmer que l'insouciance sera suffisante? La professeure Boisvert est de cet avis :

¹⁷⁷ R. c. Thérox, précité, note 6, 19.

¹⁷⁸ Id., 20.

« Bien que la Cour soit silencieuse sur le rôle de l'insouciance face aux circonstances entourant la conduite prohibée, il nous apparaît que les principes de la responsabilité pénale ne s'opposent pas à ce que l'insouciance soit aussi suffisante à cet égard [...] ¹⁷⁹ »

Nous nous rallions plutôt à l'opinion de Me Jean-Claude Hébert¹⁸⁰, et croyons que l'on doit répondre par la négative à cette question. L'insouciance ne peut être suffisante en ce qui concerne la connaissance subjective de l'acte prohibé lui-même.

Transposé dans le contexte corporatif, ce raisonnement réfère nécessairement à la notion d'intérêt de la compagnie :

« [...] la mens rea de la fraude peut se définir comme étant le fait, quand l'acte malhonnête consiste à avoir pris un risque injustifié avec les actifs d'une personne morale, d'avoir pris ce risque *sachant* qu'il n'était pas dans l'intérêt de la compagnie [nos italiques]¹⁸¹. »

L'arrêt Zlatic illustre le genre de raisonnement que la Cour veut dénoncer :

[TRADUCTION] « J'avais une chance de perdre, mais j'en avais aussi une de gagner, et je croyais que ma méthode, j'ai figolé ma méthode, et je puis vous montrer la méthode que j'ai adoptée pour jouer. Elle comporte une très faible possibilité de perdre, sauf si la chance n'est pas de votre côté. Et essentiellement il est arrivé que j'aie encore perdu. »
(Dossier, à la p. 1503. Voir aussi les pp. 1500, 1504, 1506 et 1507.)¹⁸²

¹⁷⁹ A.-M. BOISVERT, *loc.cit.*, note 17, 462.

¹⁸⁰ J.-C. HÉBERT, *op.cit.*, note 43, p.467 : « [...] Est-ce l'acte prohibé qui sera prouvé par l'insouciance de l'inculpé ou si ce sont les conséquences découlant de cet acte prohibé qui seront établies par cette forme d'état d'esprit? Dans la première hypothèse, la charge de preuve du poursuivant s'en trouverait allégée. La juge McLachlin a clairement indiqué que c'est l'insouciance quant aux conséquences d'un acte prohibé qui est source de responsabilité pénale. Selon elle, l'insouciance présuppose la connaissance de la vraisemblance des conséquences prohibées. Si l'accusé fort d'une telle connaissance, accomplit des actes susceptibles d'entraîner des conséquences prohibées, ne se souciant point du résultat potentiel, l'insouciance est alors établie. Par conséquent, l'exigence d'une preuve établissant la connaissance subjective par l'inculpé de l'acte prohibé reste entière. »

¹⁸¹ A.-M. BOISVERT, *loc.cit.*, note 17, 471

¹⁸² R. c. Zlatic, précité, note 7, 50.

La qualification de la mens rea comme un crime de connaissance a certaines conséquences. Ainsi, pour sa défense, l'accusé pourra invoquer certains moyens dont l'erreur de fait.

L'erreur de fait se définit comme la croyance sincère mais erronée en un état de fait qui, s'il s'était avéré, aurait fait en sorte que la conduite soit innocente. L'erreur de fait, contrairement à l'erreur de droit, niera la mens rea de l'accusé, menant ainsi à son acquittement. Cette erreur pourra porter tant sur les circonstances de l'acte que sur les conséquences. La question devient plus pertinente dans le contexte d'un accusé qui affirmerait vouloir rembourser sa victime. L'appréciation de cette défense repose sur la croyance sincère que la victime ne subira aucun préjudice. Toutefois cette croyance ne doit pas se fonder sur une volonté de rembourser la victime. En effet, dans cette alternative, c'est justement parce qu'il a perçu un risque pour le patrimoine de la victime que l'accusé entend la rembourser.

c) L'éclairage du droit de la fraude par le droit commercial

Certaines conduites sont présumées ne pas servir l'intérêt de la compagnie¹⁸³. Nous nous proposons donc de les examiner. Nous tenons à préciser que l'exploitation de la faiblesse d'autrui ne se rapportant pas à la réalité des administrateurs, nous n'en traiterons pas ici. Nous croyons que le contexte dans lequel s'inscrivent les fraudes

¹⁸³ Ces situations incluent, à ce jour, l'utilisation des ressources financières d'une compagnie à des fins personnelles, la dissimulation de faits importants, l'exploitation de la faiblesse d'autrui, le détournement de fonds et l'usurpation de fonds ou de biens :

est lié à l'environnement commercial. C'est pourquoi nous avons décidé de nous inspirer de certains principes de droit corporatif afin de développer notre analyse.

i) L'utilisation des ressources financières d'une compagnie à des fins personnelles

La juge McLachlin, par cet exemple, s'est inspirée de l'affaire Olan où il fut dit que « L'utilisation des biens d'une compagnie à des fins personnelles plutôt qu'à l'avantage de celle-ci peut constituer un acte malhonnête si l'on accuse ses administrateurs de fraude. »¹⁸⁴. Cette conclusion découle de l'arrêt Cox et Paton¹⁸⁵. La notion de l'intérêt de la compagnie, au même titre qu'en droit corporatif, sert ici de référence quant à la légitimité de l'utilisation de l'actif de la compagnie.

À titre de rappel, nous avons précédemment avancé l'idée que le risque acceptable était celui pris dans l'intérêt de la compagnie. Il importe à ce titre de se questionner sur la compréhension de ce concept afin de vérifier s'il a la même signification en droit corporatif qu'en droit criminel.

- la notion d'intérêt de la compagnie

En droit corporatif, la notion d'intérêt de la compagnie découle de l'article 322 C.c.Q. Bien que restant sans définition précise, le concept correspond néanmoins à la poursuite d'un projet commun (atteinte des objets pour lesquels la société a été

¹⁸⁴ R. c. Olan, précité, note 5, 1182.

¹⁸⁵ Cox and Paton, [1963] R.C.S. 500.

formée)¹⁸⁶, c'est-à-dire à la maximisation de la richesse de la compagnie. Les décisions des administrateurs devront ainsi favoriser l'atteinte de cet objectif qui a justement fait en sorte de rassembler des investisseurs.

La finalité de la compagnie ou l'objectif de son incorporation se veut complexe. La viabilité d'une compagnie dépendant de son financement, lui-même généralement assuré par les prêts qu'elle contracte auprès d'institutions financières de même que par les actions qu'elle émet, la conduite des administrateurs devra également être analysée dans ce contexte. L'examen se veut ici plus pointu puisque même si l'action tient compte de l'entreprise en ce que les administrateurs ne poursuivent aucun motif parallèle, les tribunaux pourront remettre en question certaines de leurs initiatives.

En droit criminel, les propos de la Cour suprême nous semblent tendre vers une interprétation plus étroite de la notion d'intérêt de la compagnie résumant le tout à la question d'un conflit d'intérêts :

« La question cruciale était de savoir si le transfert des moyens d'investissement pouvait être considéré comme servant les véritables *intérêts financiers de la compagnie* cible ou s'il convenait davantage de le considérer comme étant destiné à servir les fins personnelles des parties qui l'ont effectué, sans égard aux objectifs véritables de l'entreprise. On a déduit que, compte tenu des circonstances de l'affaire, on ne pouvait pas raisonnablement considérer que la compagnie cible était disposée à se prêter à un détournement de ses fonds pour les fins personnelles des parties qui effectuaient la prise de contrôle. Notre Cour a conclu sans difficulté qu'il ne pouvait s'agir que d'un transfert à des fins personnelles, qui privait la compagnie cible d'une chose dans laquelle elle avait un intérêt [nos italiques]¹⁸⁷. »

¹⁸⁶ Peoples Department Stores inc. c. Wise, précité, note 15, n°67.

¹⁸⁷ R. c. Zlatic, précité, note 7, 46.

Partant, toute action s'inscrivant à l'intérieur de la mécanique normale de l'entreprise ne pourra pas mener à une accusation de fraude¹⁸⁸.

« [...] Il est possible, tout dépendant des circonstances, que s'il avait choisi d'investir ces sommes à la bourse ou dans une opération immobilière, il ne serait pas coupable de fraude criminelle puisque, dans ces circonstances, il ne pourrait être démontré qu'il s'agissait là d'un des actes visés par l'infraction¹⁸⁹. »

L'examen se limite donc à la finalité de la décision de l'administrateur. L'action sert-elle l'intérêt de la compagnie ou l'intérêt de l'administrateur :

« [...] La distinction est la même que celle entre un dirigeant d'entreprise qui ne commet pas une fraude en utilisant des fonds de l'entreprise à des fins commerciales peu judicieuses, et celui qui détourne des fonds de l'entreprise à des fins personnelles qui n'ont rien à voir avec l'entreprise. *Les pratiques commerciales malavisées ne sont pas dolosives*. L'emploi illégitime de l'argent dans lequel d'autres personnes ont un intérêt pécuniaire à des fins qui n'ont rien à voir avec l'entreprise peut toutefois, dans certaines circonstances, constituer une fraude [nos italiques]¹⁹⁰. »

En somme, pour être qualifiée de malhonnête au sens du Code criminel et ainsi faire l'objet d'une accusation criminelle, une conduite devra faire complètement abstraction de l'intérêt de la compagnie et avoir entraîné une privation, autrement, elle ne constituera qu'une violation des devoirs énoncés à l'article 322 C.c.Q. De même, à la lumière des principes de droit criminel où il est depuis longtemps reconnu que l'actus reus à lui seul ne suffit pas à entraîner une condamnation criminelle, le simple fait d'avoir fait abstraction de l'intérêt de la compagnie ne pourra fonder une accusation que s'il est combiné à un élément subjectif particulier.

¹⁸⁸ A.-M. BOISVERT, *loc.cit.*, note 17, 470 : « Il ne peut être accusé d'avoir sciemment employé des moyens dolosifs que s'il a effectué des transactions qui ne poursuivaient aucun objectif commercial légitime, sachant qu'il en était ainsi. »

¹⁸⁹ R. c. *Zlatic*, précité, note 7, 47 et 48.

¹⁹⁰ *Id.*, 48.

L'application du concept diffère également à un autre plan. Dans Zlatic¹⁹¹, la Cour a, par sa démarche, fait en sorte de reconnaître un devoir fiduciaire de l'administrateur envers ses créanciers. Cette approche nous apparaît unique. En effet, comme nous le verrons, en droit corporatif, même en contexte d'insolvabilité, le risque occasionné à une compagnie ne se mesure pas en fonction de celui subi par les créanciers. À cette fin, nous avons choisi d'orienter notre analyse sur les arrêts Zlatic issu du droit criminel et Peoples¹⁹² du contexte corporatif. En effet, à notre avis ces deux arrêts s'inscrivent sensiblement dans le même contexte, c'est-à-dire de faillite et mettent en cause les droits des créanciers.

En droit corporatif, si l'intérêt de la compagnie correspond souvent à l'intérêt des actionnaires, il n'en va pas nécessairement de même de celui des créanciers. En effet, il est bien connu que ceux-ci poursuivent avant tout leur propre projet :

"Business dealings between creditors and a corporation are most often rooted in self-interest on both sides. That is, the creditor's interest is to conduct their affairs to maximise benefits to themselves, while the corporation will enter into agreements with the intent of realising or maximising benefit to itself¹⁹³."

L'intérêt de la compagnie et celui des créanciers sont donc difficilement réconciliables par définition. La raison principale qui motive le créancier à négocier avec la compagnie par l'intermédiaire de ses administrateurs étant avant tout de réaliser un profit qui lui permettra ultimement de poursuivre ses propres objectifs.

¹⁹¹ R. c. Zlatic, précité, note 7

¹⁹² Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise, précité, note 11

¹⁹³ C.G.W. KING, loc.cit., note 2, 263

Cette situation demeure la même en contexte d'insolvabilité tel que l'illustre l'arrêt Peoples¹⁹⁴. L'arrêt met en scène les frères Ralph, Lionel et Harold Wise, administrateurs d'une compagnie du même nom. Ceux-ci, suite à certaines négociations avec la compagnie Mark & Spencer, décidèrent d'acquérir de cette dernière la division Peoples. On exigea, afin de garantir le prix de vente, certaines conditions, notamment l'interdiction pour Peoples de fournir quelque aide financière que ce soit à la compagnie Wise.

Cet engagement fut respecté, cependant la gestion séparée de ces deux entités engendra certains problèmes plus précisément au niveau des inventaires. À cette fin, on mit donc sur pied une nouvelle politique d'approvisionnement aux fins de laquelle les systèmes de Wise et de Peoples furent fusionnés. Peoples devait s'occuper de l'achat des marchandises en provenance des marchés canadiens et américains puis les facturer à Wise lorsque transférés dans ses inventaires. Wise pour sa part se voyait déléguer l'achat des produits en provenance de l'extérieur.

Cette nouvelle politique s'avéra être un échec de sorte que la compagnie Wise devait au-delà de 18 millions de dollars à la compagnie Peoples pour les marchandises que cette dernière lui avait transférées. Ultiment, tant Peoples que Wise furent acculées à la faillite. Le syndic à la faillite présenta une requête à la Cour en invoquant un manquement aux devoirs de fiduciaires. De même, on s'appuya sur l'article 100 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (L.F.I.) afin de faire déclarer inopposables au

¹⁹⁴ Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise, précité, note 11.

syndic certaines transactions entre Wise et Peoples, en échange desquelles, arguait-on, Peoples n'avait pas reçu une juste valeur marchande.

En première instance, suite à un jugement fort détaillé, l'honorable juge Greenberg donna raison au syndic. Cependant, ce jugement portait à confusion en ce qu'il semblait confondre le devoir de loyauté avec celui de diligence. De même, la solution préconisée n'apparaissait pas très claire. S'agissait-il d'un devoir fiduciaire direct ou indirect?

Bien que ne mettant pas en cause l'honnêteté des frères Wise, l'honorable juge Greenberg a soulevé un manquement au devoir de loyauté des frères Wise envers la filiale Peoples. En cela, il mit en relief le fait que ces derniers ont favorisé les intérêts de la compagnie-mère (Wise) au détriment de la filiale (Peoples).

Par un jugement laconique, la Cour d'appel a rejeté ce raisonnement. Le juge Pelletier a également refusé de voir un prolongement des devoirs fiduciaires entre les administrateurs et les créanciers de la compagnie.

En Cour suprême, on n'a pas reconnu un devoir fiduciaire des administrateurs envers les créanciers. En effet, on a estimé que les créanciers bénéficiaient de suffisamment de recours pour protéger leurs intérêts :

« Les changements qui se produisent naturellement dans les intérêts en cause en fonction des succès et des échecs d'une entreprise n'ont cependant aucune incidence sur le contenu de l'obligation fiduciaire énoncée à l'al. 122(1)a) de la LCSA. Les administrateurs et les dirigeants ont en tout temps leur obligation fiduciaire envers la société. Les intérêts de la société ne doivent pas se

confondre avec ceux des actionnaires, avec ceux des créanciers ni avec ceux de toute autre partie intéressée.

L'article 241 de la LCSA prévoit un mécanisme qui permet aux créanciers d'obtenir la protection de leurs intérêts en cas de conduite préjudiciable des administrateurs. À notre avis, l'existence d'un recours aussi général en cas d'abus de droit remet en cause l'utilité apparente d'étendre aux créanciers l'obligation fiduciaire imposée aux administrateurs par l'al. 122(1)a) de la LCSA¹⁹⁵. »

Toutefois, on a reconnu que l'évaluation de l'intérêt de la compagnie pouvait amener la prise en compte de l'intérêt de parties autres que les actionnaires, notamment ceux des créanciers, des consommateurs, des gouvernements.

En droit criminel, à l'occasion de l'arrêt Zlatic, on a pourtant reconnu cette situation :

« Comme on l'a conclu dans l'arrêt Olan, il n'y a rien de déterminant dans le fait qu'un accusé ait utilisé les sommes reçues dans le cadre d'opérations commerciales d'une façon que ni ses créanciers ni ceux qui ont un autre intérêt pécuniaire dans ces sommes n'auraient privilégiée (sic) ou choisie (sic)¹⁹⁶.

Bref, sans vouloir assujettir les débiteurs à la volonté de leurs créanciers et priver les premiers de la liberté et du droit de gérer leurs affaires comme ils l'entendent, les tribunaux sont soucieux de voir au-delà des apparences de légitimité que peuvent revêtir certains actes. Ils ont donc reconnu que le débiteur qui, par un acte juridique frauduleux, diminue ou fragilise son patrimoine, appauvrit ce dernier et cause préjudice au créancier¹⁹⁷. »

L'expression « frustre le public ou tout autre personne » prévue à l'article 380 C.cr. aura cependant fait en sorte que les intérêts des créanciers se trouveront en certaines circonstances à faire partie de l'examen de l'intérêt de la compagnie en droit criminel contrairement au droit corporatif.

¹⁹⁵ Id., 482 et 485.

¹⁹⁶ R. c. Zlatic, précité, note 7, 48.

¹⁹⁷ Demers c. Investmont 2000, [2004] R.J.Q. 2909, 2914.

« [...] L'important est non pas qu'il y ait profit ou perte pécuniaire réelle, mais que les pratiques commerciales malhonnêtes qui exposent *l'intérêt pécuniaire d'autrui à la privation ou au risque de privation fassent* l'objet d'une sanction criminelle [nos italiques]¹⁹⁸. »

Historiquement, il est utile de porter à l'attention du lecteur l'affaire Marquardt¹⁹⁹, Dans cette affaire, il s'agissait pour la Cour de déterminer si un actionnaire majoritaire « alter ego » d'une société pouvait être accusé de fraude. On soutenait que la compagnie dans ce cas ne pouvait subir de préjudice. La Cour a rejeté ce raisonnement prenant en ligne de compte les intérêts des créanciers :

"These matters concerning the facts relating to the share-holding in the company are of some importance in this case because the principal defence of the appellant is that the company was his alter ego, and that he could not be convicted of defrauding his own company. It was argued that even if the appellant was wrong in appropriating the assets of this company the transaction amounted to no more than transferring his money from one pocket to another.

The trial Judge has rejected this argument, and rightly so in my opinion. Even if this company was a "one man company" owned and controlled by the appellant, he had no right to deplete the assets of the company and thus prejudice the rights of creditors. Nor is it any answer to say that the creditors were ultimately paid off once it is established that assets of the company were depleted by the fraudulent action of the appellant²⁰⁰."

La question de l'utilisation de biens de la compagnie à des fins personnelles sera, comme en droit corporatif, évaluée en relation avec l'intérêt de la compagnie. Toutefois, en droit corporatif, dans le contexte des devoirs de loyauté et d'honnêteté, on n'examinera pas la conduite de l'accusé en fonction de son impact sur les créanciers, mais uniquement sur les actionnaires. En droit criminel, la vocation du

¹⁹⁸ R. c. Zlatic, précité, note 7, 49.

¹⁹⁹ R. c. Marquardt, (1972) 6 C.C.C. (2d) 372 (C.A. C.-B.).

²⁰⁰ Id., 374.

domaine fera en sorte que les intérêts des créanciers feront également partie de l'analyse.

ii) la dissimulation de faits importants

Si la fraude est un stratagème, la sophistication de son exécution ne doit pas pour autant en compromettre son efficacité. Or, il est beaucoup plus simple de se terrer dans un silence complaisant que de se lancer dans un jeu d'affirmations maquillées par des demi-vérités. Alors que certains articles²⁰¹ du Code criminel font expressément du silence un élément matériel de leur infraction, celui relatif à la fraude n'a pas le mérite d'être aussi clair.

Punir la réticence n'est pas sans soulever le délicat problème relatif à la criminalisation de l'abstention²⁰². Car l'abstention, faut-il le rappeler, ne basculera dans le champ du droit criminel que lorsque la loi impose un devoir d'agir²⁰³. À cet égard, l'article 380 C.cr. reste silencieux.

Même en reconnaissant une obligation légale d'agir, il va de soi que ce ne sont pas tous les types de silence qui s'attireront les foudres de la justice criminelle²⁰⁴. Ainsi la

²⁰¹ Voir notamment les art. 385(1a); 386b); 411; 426 C.cr.

²⁰² J.GAGNÉ et P.RAINVILLE, *op.cit.*, note 53, p.168 : « C'est qu'il y a un danger inhérent à sévir contre celui dont le seul défaut fut de se taire. »

²⁰³ *Id.*, p.165.

²⁰⁴ J.-C. HÉBERT, *op.cit.*, note 43, p.467 : « Tout est affaire de contexte. La poursuite doit toujours prouver que l'accusé savait, en temps utile, que sa conduite allait mettre le patrimoine d'autrui en péril. »

simple déclaration inexacte faite par négligence ne sera pas suffisamment grave pour se qualifier comme manoeuvre dolosive²⁰⁵.

Les tribunaux comprennent le silence comme une sorte de mensonge passif²⁰⁶. Certes, si cette situation peut être source de problèmes en ce qui a trait à la preuve de l'impact de l'omission, puisque moins facilement identifiable que celui découlant de la déclaration mensongère²⁰⁷, il demeure que la ruse de laisser sa victime dans l'erreur est tout autant condamnable selon notre droit que celle d'amener sa victime à croire en un état de fait mensonger. À ce titre, la non-divulgence peut donc donner lieu à des accusations de fraude, et ce, malgré le chevauchement possible en certaines circonstances avec des infractions voisines comme les commissions secrètes²⁰⁸.

²⁰⁵ R. c. Théroix, précité, note 6, 26 : « L'exigence d'un acte frauduleux intentionnel exclut la simple déclaration inexacte faite par négligence. [...] »

²⁰⁶ Émond c. La Reine, précité, note 136, 284 « Le mensonge peut consister en un acte positif, mais aussi parfois en une simple réticence, c'est-à-dire en une situation où, par son silence, un individu cache à l'autre un élément capital et essentiel. » C'est ce que Madame la juge Beverly McLachlin appelle, dans l'arrêt Théroix [1993] 2 R.C.S 5, la « dissimulation de faits importants. [...] »

²⁰⁷ J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, op.cit., note 53, p.174 : « La preuve de l'incidence du silence sur la décision de la victime peut en effet s'avérer plus difficile à faire que s'il s'agissait par exemple d'un mensonge. Le mensonge proféré par l'accusé peut faire suite à une question de la victime, laquelle prouvera l'importance qu'elle accordait au renseignement demandé. Or, pareil échange n'existe généralement pas dans le cas d'une réticence. Le fraudeur prend soin de ne pas aborder un sujet donné afin de ne pas éveiller les soupçons de son interlocuteur.»

²⁰⁸ Id., p.138:« L'existence d'infractions voisines telle l'escroquerie ou le vol n'a nullement convaincu les tribunaux de confiner la fraude à des hypothèses ne relevant pas de ces crimes. L'article 380 (1) C. cr. A une portée qui lui est propre et qui n'est pas amoindrie par la présence de ces autres crimes dans le Code criminel. Il est donc possible d'inculper de fraude celui qui se serait également rendu coupable de vol, d'escroquerie, ou par défaut de rendre compte.»

C'est probablement l'arrêt Wagman²⁰⁹ qui eut le mérite de clarifier l'état du droit sur la question et de faire en sorte que l'omission, en certaines circonstances, puisse se qualifier comme appartenant à la catégorie des moyens dolosifs.

L'affaire met en cause un homme d'affaires oeuvrant dans le domaine de l'immobilier et accusé d'avoir fraudé une compagnie de prêts hypothécaires (mortgage). Cette dernière ne s'était engagée qu'à verser 75% du montant total du prêt. Selon cette convention de prêt les 25% restants ne seraient versés que lorsque la compagnie de l'accusé aurait vendu toutes les maisons. Afin de contourner cette condition et ainsi obtenir le plein montant du prêt, l'accusé a fait parvenir à la compagnie de prêts des promesses d'achat de la part de personnes associées à sa compagnie, notamment le comptable, tout en omettant de mentionner ce fait à la principale intéressée. Cette démarche fut perçue comme une manoeuvre dolosive suffisante pour supporter une condamnation pour fraude :

"The making by the appellant of a representation [by submitting the agreements of sale] that the properties were sold to named purchasers, without disclosure to [the mortgagee] that the purchasers were at best acting as trustees for [the accused's company], constituted sufficient grounds upon which the trial Judge could make a finding of dishonesty on the part of the appellant."

Ici, il ne s'agissait pas d'un mensonge puisque le consentement avait déjà été donné.

Le tout portait sur les modalités du contrat.

²⁰⁹ R. c. Wagman, 60 C.C.C. (2d) 23.

À quel moment la réticence équivaudra-t-elle à un moyen dolosif au sens de l'article 380 du Code criminel? Pour les professeurs Gagné et Rainville²¹⁰, le silence est criminel lorsque trois conditions sont réunies : premièrement, le silence doit être tel qu'une personne raisonnable aurait pu être induite en erreur, deuxièmement, il doit faire l'objet d'une sanction en droit privé; et, enfin avoir un effet probant. Nous proposons d'examiner plus en détail chacun de ces critères.

- la référence à la personne raisonnable

Dans un premier temps, puisqu'il n'est pas souhaitable qu'une perception erronée et ne reposant sur aucune base solide serve de fondement à une condamnation criminelle, on s'en remettra à la perception de la personne raisonnable. En effet, le simple malentendu n'a jamais correspondu à un acte criminel. De même, en vertu des arrêts Skoke-Graham²¹¹ et Lohnes²¹², le caractère répréhensible d'une conduite se doit d'être facilement identifiable. Pour les professeurs Gagné et Rainville, le droit en matière de fraude doit se développer en conformité avec ce principe :

« Les impératifs sont les mêmes en matière de fraude. L'article 380 (1) C. Cr. doit être interprété de façon à permettre à un individu de saisir d'avance le caractère répréhensible de son comportement. Voilà pourquoi il ne faut pas sévir contre celui qui s'est tu lorsque son interlocuteur a tiré de ce silence une conclusion non fondée. Il n'y a pas usage de moyen dolosif puisque l'erreur même de la victime est imprévisible²¹³. »

²¹⁰ J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op.cit.*, note 53

²¹¹ R. c. Skoke-Graham, [1985] 1 R.C.S. 106.

²¹² R. c. Lohnes, [1992] 1 R.C.S. 167 et J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op.cit.*, note 53, p.170 : « La première considération a trait à la justice fondamentale et, en particulier, au principe de la légalité, qui confirme que chaque personne a le droit de savoir d'avance si sa conduite est illégale. »

²¹³ Id., p. 170.

Rappelons qu'il en va de même en droit privé en matière de dol :

« Par ailleurs, elle n'a pas oublié qu'une victime qui s'est comportée avec une légèreté blâmable, en raison de sa naïveté, de sa crédulité ou autrement, ne pourra recevoir la protection des dispositions pertinentes du Code civil²¹⁴. »

L'arrêt Émond²¹⁵ illustre bien ce principe. Cette affaire concerne une fraude ayant eu lieu en contexte immobilier. L'accusé, en personne ou par le biais d'une compagnie à numéro sous son contrôle, négociait l'achat d'immeubles qu'il revendait par la suite à un groupe d'investisseurs. Cette manoeuvre lui faisait réaliser d'importants profits qu'il se gardait évidemment de déclarer aux acheteurs. Aux fins de la vente, l'accusé avait préparé un prospectus faisant mention des avantages reliés à l'investissement proposé. Ce prospectus contenait la mention suivante : "We have negotiated the acquisition of the building described in the pro-forma agreement". Cette mention fut perçue par le tribunal comme susceptible d'induire une personne raisonnable en erreur et partant comme une manoeuvre dolosive :

"It appears to me, and I am in agreement with the trial judge on this point, that a reasonable person could only see in this sentence the affirmation by the appellant that he had negotiated, for the group, and in its interest, the purchase of the building in question at the best price or at the very least at a price which allowed the objectives set to be reached, in particular the making of a capital gain on it. In other words, the appellant represented himself here in certain respects as the agent of the investors, all the while not disclosing to them that he had made a hidden profit of several hundreds of thousands of dollars on the purchase-resale, which profit restricted or eliminated the perspective of a capital gain, which profit was already pocketed by the appellant. He deceived them therefore as to the true value of the building which he was selling them, a value which had been artificially inflated by the secret profit which he made on the double transaction.

The interpretation which he gives to this text in his testimony to the effect that, because he was the one selling, the substantial profits which he was making on

²¹⁴ Bissonnette c. Banque Nationale du Canada, précité, note 85, n° 47.

²¹⁵ R. c. Émond, précité, note 136.

the secret purchase were not important, appears to me not tenable, having regard to the test of the reasonable person wanting to invest. It seems to me that the reasonable investor, after reading the prospectus, was inevitably led to conclude that the appellant had, by his ability and his talents as a sharp negotiator, made for his clients a good purchase, the profits from which would all go to them. All the more so since, as we have seen, he also profited and was paid the moneys, this time declared, that he charged each of them as their investment counsellor. The fees so received could only be seen as compensation for the steps which he had taken in the very interests of the group.

The appellant in addition did not mention as he should have, in my view, in order to eliminate all ambiguity, that he had acquired the building and that he was offering to resell it to the investors, which would have allowed them to know or at least to suspect the possibility of a substantial difference between the purchase price and the resale price.

The first dishonest means appears to me therefore to be the intended and planned non-disclosure of the objective reality²¹⁶."

En second lieu, le silence doit lui-même être sanctionné par le droit civil.

- la référence au droit privé

L'intervention du droit criminel doit, en effet, être réservée aux actes les plus graves

« Deux raisons justifient la non-intervention du droit criminel dans cette hypothèse. La première a trait à la prévisibilité du caractère répréhensible du comportement du justiciable. Le droit civil ne sanctionne pas cette conduite et tout individu est en droit d'en conclure que ce comportement est légitime. La seconde raison porte sur la gravité du comportement reproché. La permissivité du droit privé au sujet de cette conduite indique du même coup qu'elle n'a pas la gravité voulue pour entraîner des sanctions criminelles²¹⁷. »

Enfin, et en conformité avec l'exigence d'un lien de causalité, le silence doit avoir un effet probant.

- le lien de causalité

À cet égard, les professeurs Gagné et Rainville ajoutent :

²¹⁶ Id., 285 et 286.

²¹⁷ J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, op.cit., note 53, p.171.

« Il est pourtant primordial d'établir que la victime n'aurait pas contracté avec l'inculpé ou du moins, qu'elle ne l'aurait pas fait selon les modalités consenties. Ce critère n'est pas sans rappeler celui qu'emploie le droit civil afin de déterminer s'il y a eu dol. [...] Le droit criminel de la fraude s'apparente en ce sens au droit privé. La preuve du rôle causal du silence de l'accusé est obligatoire. Le fait de taire à dessein un renseignement de peu d'importance ne suffira pas le plus souvent à faire condamner l'accusé. Il incombe à la poursuite de prouver que la victime présumée aurait jugé ce renseignement pertinent et que les modalités de son contrat s'en seraient trouvées modifiées. Ainsi, les fondateurs d'une compagnie qui s'abstiennent de révéler l'existence des commissions qu'ils s'accordent ne se rendent pas forcément coupables de fraude envers les nouveaux actionnaires. Il faut prouver au surplus que ceux-ci se seraient abstenus de devenir membre de la compagnie s'ils avaient connu la vérité²¹⁸. »

Nous nous rapportons, à ce titre, à la fameuse affaire du marché Central²¹⁹, à l'occasion de laquelle des religieuses furent frustrées d'importantes sommes d'argent notamment par le biais de la fraude et du vol. Un des accusés dans cette affaire, Schmouth, agissait à titre de conseiller auprès de la congrégation pour les demandes de prêtres, de même que comme membre du conseil d'administration du Marché Central et comme vérificateur de la comptabilité et co-signataire des chèques destinés à l'avancement des travaux.

« En l'espèce, l'accusé a été coupable d'un silence criminel. Les Sœurs du Bon Conseil, tel que l'a précisé Sœur Dicaire, n'auraient jamais investi dans une entreprise aussi aléatoire, n'eût été de la bienveillance coupable de l'accusé servant au mieux ses intérêts personnels²²⁰. »

Si on compare cette situation avec celle qui prévaut en droit corporatif, on se rendra compte que le devoir de divulgation est, en contexte commercial, beaucoup plus étendu :

²¹⁸ *Id.*, p.174.

²¹⁹ *R. c. Schmouth*, [2004] A.Q. (Quicklaw) no.862 (C.Q.).

²²⁰ *Id.*, n°258.

« Un troisième aspect du devoir de loyauté de l'administrateur consiste en son obligation de divulguer à la compagnie (c'est-à-dire aux autres administrateurs) toute information qui est pertinente ou importante pour elle. Ce devoir de divulgation englobe celui de révéler ses conflits d'intérêts, dont il est question plus loin, mais il va au-delà de cela [...]»²²¹. »

C'est là une distinction importante quant à l'intensité du devoir de loyauté. La sanction du silence n'est conditionnelle en droit commercial qu'à un seul critère, soit la pertinence de l'information :

"In his fidelity, the fiduciary is responsible for complete disclosure of any material information, materiality being governed by the principle that only a fully informed beneficiary can adequately advise the fiduciary. Being in a position of highest confidence, the fiduciary is obliged to make his beneficiary aware of all matters of relevance to the mandate which that confidence is reposed [...] This duty of disclosure is in respect of "material" information so that the obligation is limited only by an evaluation of materiality. Interestingly, materiality has been interpreted to limit the requirement of disclosure only to that information within the mandate of the fiduciary and does not extend to requiring disclosure of facts that would show the beneficiary's requests to be improvident"²²².

En droit criminel, le critère n'est pas uniquement la pertinence de l'information mais également l'existence d'un devoir issu de la loi.

iii) le détournement de fonds ou de biens

La juge McLachlin a, en donnant des exemples de moyens dolosifs, cité plusieurs arrêts en guise de précisions. L'arrêt Rosen²²³, auquel elle a référé, demeure le seul arrêt pertinent en ce qui concerne la question du détournement de fonds. Dans cette affaire, l'accusé faisait l'objet de trois chefs d'accusation, soit un de fraude, de vol et d'abus de confiance. Or, dans ce cas la fraude se rapportait aux fausses

²²¹ M.MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, note 10, p. 23-56.1

²²² Mark Vincent ELLIS, Fiduciary Duties in Canada, Ontario, DeBoo, 1988, 1-6.1.

²²³ R. c. Rosen, précité, note 135.

représentations et non au détournement. Le détournement pour sa part ne se trouvait visé que par le chef relatif au vol.

Pour nous, il est erroné d'inclure dans la catégorie des autres moyens dolosifs l'infraction de détournement de fonds. La fraude par détournement de fond n'existe tout simplement pas. Le détournement est plutôt visé par le vol. À cet effet, nous tenons à souligner le libellé de l'article 322d) :

322. (1) Vol- Commet un vol quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit, ou *détourne* à son propre usage ou à l'usage d'une autre personne, frauduleusement et sans apparence de droit, une chose quelconque, animée ou inanimée avec l'intention [...] [nos italiques]

En droit corporatif, la Cour suprême du Canada a fourni une définition intéressante du détournement de fonds à l'occasion de l'affaire 373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal²²⁴. Dans cette affaire, le séquestre d'une compagnie en faillite avait intenté une action pour détournement de fonds contre une banque. Le dirigeant, unique actionnaire et âme dirigeante de l'entreprise faillie, possédait également une autre compagnie au profit de laquelle il avait déposé un chèque initialement destiné à l'entreprise faillie. On se référa à la définition de détournement développée dans l'arrêt Boma Manufacturing Ltd. :

« Le délit de détournement comporte une ingérence illégitime dans les objets appartenant à autrui, comme le fait de prendre, utiliser ou détruire ces objets d'une façon incompatible avec le droit de possession de leur propriétaire²²⁵. »

²²⁴ [2002] 4 R.C.S. 312.

²²⁵ Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce, [1996] 3 R.C.S. 727, n°31.

Cette définition, de par la place qu'elle accorde au droit de propriété, nous semble davantage rejoindre la situation en droit criminel et faire du détournement une infraction de vol.

iv) l'usurpation de fonds ou de biens

Nous avons cru intéressant de nous interroger sur le cas de l'usurpation d'une occasion d'affaires. En effet, en droit corporatif, il existe certaines autorités à l'effet que l'occasion d'affaires est un actif de la compagnie²²⁶.

En droit corporatif, le devoir d'honnêteté et de loyauté est au cœur de cette interdiction. Bien qu'en matière de mandat, certains auteurs²²⁷ aient départagé les sens de l'honnêteté et de la loyauté, dans le contexte de l'article 322 C.c.Q., les deux expressions forment, à notre avis, un tout. Un accroc au devoir de loyauté constituera ainsi un acte malhonnête. Nous référons le lecteur aux propos suivants de Mes Martel:

« En ce qui concerne les administrateurs de compagnies, ils sont dorénavant et indubitablement assujettis à une double série de devoirs d'honnêteté et de loyauté, soit ceux d'un mandataire et ceux d'un administrateur de personne morale²²⁸. »

²²⁶ Voir à cet effet l'affaire Prosig c. Lebel, précité, note 103, n°41 et 42 : « M. LeBel adopte une position ambivalente. Il soutient, en premier lieu, que les honoraires perçus de Bombardier sont liés à des services non envisagés avant sa démission. Ensuite, il déclare que lui seul pouvait obtenir ces contrats, donc la Compagnie n'a subi aucun dommage.

Le Tribunal retient que cette relation privilégiée avec Bombardier était un actif de la Compagnie assimilable à de l'achalandage. En quittant, il menait avec lui cet actif qu'il ne pouvait toutefois dissocier de sa personne, ce qui atténuera les dommages. »

²²⁷ C. FABIEN, op.cit., note 52.

²²⁸ M. MARTEL et P. MARTEL, op.cit., note 10, p.23-44.

Le droit criminel ne perçoit pas, à prime abord, l'usurpation d'une occasion d'affaires comme une conduite suffisamment grave pour faire l'objet d'une poursuite criminelle:

« L'exigence d'un acte frauduleux intentionnel exclut la simple déclaration inexacte faite par négligence. Elle exclut également le comportement commercial imprudent ou le comportement qui est déloyal au sens de profiter d'une occasion d'affaires au détriment d'une personne moins astucieuse. L'accusé doit intentionnellement tromper, mentir ou accomplir quelque autre acte frauduleux pour que l'infraction soit établie. Une déclaration inexacte faite par négligence ou une pratique commerciale déloyale sont insuffisantes puisque, dans ni l'un ni l'autre cas, on ne trouve l'intention requise de priver par un moyen dolosif. Une déclaration faite par négligence, même si elle est inexacte, ne constitue pas un mensonge intentionnel du point de vue subjectif. De même, le fait de sauter sur une occasion d'affaires sans être motivé par l'intention subjective de causer une privation en trompant ou en induisant autrui en erreur ne constituera pas une fraude. Encore une fois, la supercherie employée négligemment sans s'attendre à des conséquences, comme par exemple, la plaisanterie innocente ou la déclaration faite au cours d'un débat, à laquelle on ne veut pas donner suite, ne constituerait pas une fraude, parce que l'accusé ignorerait que sa plaisanterie mettrait en péril le bien de ceux qui l'ont entendue. Il reste donc les actes frauduleux accomplis délibérément qui, à la connaissance de l'accusé, mettent vraiment en péril le bien d'autrui. À mon avis, une telle conduite peut-être à bon droit criminalisée [nos italiques]²²⁹. »

Il s'agit-là d'une différence importante avec le droit corporatif où, à l'occasion de l'affaire Scandia, la Cour avait expliqué la règle prohibant l'usurpation d'une information comme visant à enrayer la malhonnêteté :

« Il découle de la jurisprudence consultée... que cette notion vise surtout à contrer une malhonnêteté, ou encore, à empêcher une conduite que n'aurait pas un bon père de famille. Si le tribunal comprend bien la portée de cette doctrine, l'article 1053 C.c. permet de l'introduire dans notre droit, mais dans le cadre précis d'une conduite malhonnête, déloyale ou encore contraire à celle du bon père de famille²³⁰. »

²²⁹ R. c. Théroux, précité, note 6, 26.

²³⁰ Scandia shipping agencies Ltd. c. Ashraf, 1988 CarswellQue 1243, n°4 (C.S.).

Alors que le droit corporatif voit une équivalence entre la malhonnêteté et le manque de loyauté, le droit criminel ne fait pas ce rapprochement. Comme l'expliquent les professeurs Gagné et Rainville :

« La Cour suprême perçoit une différence entre le comportement déloyal et le comportement malhonnête. Le premier est affaire de conscience tandis que le second est affaire criminelle. [...]

L'objectif avoué de la jurisprudence de ne pas assortir de sanction criminelle le comportement qui ne satisfait pas aux exigences les plus élevées de la morale sans être pour autant foncièrement malhonnête ne doit pas étonner. L'intervention du droit criminel est réservée aux actes suffisamment odieux ou dangereux²³¹. »

De même, la disqualification de l'usurpation d'une occasion d'affaires comme crime économique trouve une seconde explication. En effet, elle n'entraîne qu'une privation théorique. Qui peut affirmer que l'affaire en question aurait engendré des profits pour la compagnie? Comment calculer ces profits hypothétiques? Le droit criminel n'est pas un droit approximatif. Partant, la place de la privation dans le discours sur la malhonnêteté est loin d'être la même :

« Une déclaration inexacte faite par négligence ou *une pratique commerciale déloyale sont insuffisantes puisque, dans ni l'un ni l'autre cas, on ne trouve l'intention requise de priver par un moyen dolosif*²³². »

C'est donc en fonction d'une atteinte au droit de propriété que se définit la malhonnêteté en droit criminel.

²³¹ J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op.cit.*, note 53, p.184 et 186.

²³² *R. c. Théroux*, précité, note 6, 26.

Nous sommes conscients que théoriquement, la malhonnêteté et la privation devraient être considérées comme deux éléments distincts. Il demeure qu'en pratique la confusion entre la malhonnêteté et la privation est bien réelle comme en fait foi l'affaire Olan²³³. Basher commenta ainsi cet arrêt :

« [...] la Cour opère un télescopage des notions de malhonnêteté et de perte économique. Juridiquement parlant, une telle confusion est regrettable dans la mesure où la perte économique et la malhonnêteté sont tous deux, à la teneur même de l'article 380 C.cr. des éléments constitutifs distincts de l'infraction²³⁴. »

Comme le soulignait la juge McLachlin en précisant le sens de l'expression « autres moyens dolosifs ». Ainsi :

« *La malhonnêteté de l'« autre moyen dolosif »* tient essentiellement à l'emploi illégitime d'une chose sur laquelle une personne a un droit, *de telle sorte que ce droit d'autrui se trouve éteint ou compromis*. L'emploi est « illégitime » dans ce contexte s'il constitue une conduite qu'une personne honnête et raisonnable considérerait malhonnête et dénuée de scrupules [nos italiques]²³⁵. »

Il en va autrement en droit corporatif où la privation n'a pas à se concrétiser. Comme le mentionne la Cour dans l'affaire Canadian Aero Service :

« Et pourtant, il peut exister des situations où un profit doit être restitué, *bien qu'il n'ait pas été acquis aux dépens de la compagnie*, pour le motif qu'un administrateur ne doit pas avoir le droit de se servir de sa position comme telle aux fins de faire un profit, même si la compagnie n'avait pas la faculté, à cause, par exemple, d'une incapacité légale de participer à l'opération [nos italiques]²³⁶. »

²³³ R. c. Olan, précité, note 5.

²³⁴ J.-L. BACHER, loc.cit., note 22, 138.

²³⁵ R. c. Théroux, précité, note 6, 45.

²³⁶ Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley, précité, note 104, 609.

L'arrêt Zlatic²³⁷ vient toutefois jeter une ombre à ce tableau et endosse une conception de la privation relevant davantage de la tradition civiliste. Rappelons-nous que dans cette affaire, la Cour a conclu à une privation bien que les victimes n'aient encouru aucune perte économique puisque les sommes jouées ne leur appartenaient pas. L'élément de privation découla du fait que Zlatic ayant joué tout l'actif de son entreprise, il n'était plus en mesure de répondre à ses obligations :

« En l'espèce, les sommes jouées par l'accusé représentaient le moyen par lequel les créanciers, qui avaient fourni les marchandises ayant rapporté ces sommes, pouvaient être payés. Dans cette mesure, les créanciers avaient un intérêt pécuniaire dans ces sommes d'argent. L'appelant avait le droit d'utiliser le produit de la vente des marchandises. Dans ce sens, sa situation est semblable à celle des parties qui ont réalisé la prise de contrôle dans l'arrêt *Olan*, ou à celle du marchand de motocyclettes dans l'arrêt *Geddes*²³⁸. »

Certains ont remis en question la nécessité d'établir une privation affirmant ainsi que l'infraction de fraude s'était métamorphosée, à la lumière des développements récents et du souci constant de sécuriser les échanges économiques, en une infraction de mise en danger :

« Le droit pénal s'efforce de contrer les risques économiques à la fois en aval et en amont, soit avant et après la réalisation de ceux-ci. D'une part, pour prévenir la création de risques économiques, la jurisprudence de la Cour hausse considérablement ses attentes à l'endroit du justiciable en inventant la fraude par mise en danger des intérêts économiques d'autrui et en admettant que la fraude puisse être commise par un certain degré de négligence. Ce faisant, la Cour fournit un nouvel exemple de cette propension à vouloir confier au droit la tâche de sanctionner des situations de « mise en danger des intérêts économiques. » Elle joue avec l'idée périlleuse de se doter d'un droit criminel qui, non content de punir la négligence, pourrait bien s'atteler bientôt à punir la faute de tiers et, ultimement, à consacrer le principe de la *peona sine culpa*²³⁹. »

Se référant à l'affaire Zlatic, la professeure Boisvert ajoute :

²³⁷ R. c. Zlatic, précité, note 7.

²³⁸ Id., 47.

²³⁹ J.-L. BACHER, loc.cit., note 22, 150.

« Si la victime ne s'est départie de rien, et si le préjudice n'a pas à se matérialiser, d'infraction de résultat qu'elle était, la fraude devient plutôt une infraction de mise en danger et ce, malgré que l'on continue d'affirmer que la privation constitue un élément essentiel du crime de fraude. Il faut à cet égard noter que le nouveau crime de fraude, entendu comme réprimant dorénavant la mise en péril du patrimoine d'autrui, présente une similitude frappante avec la négligence criminelle et les infractions de mise en danger de la personne humaine, telles la conduite dangereuse d'un véhicule à moteur ou l'utilisation négligente d'armes à feu²⁴⁰. »

À l'occasion de l'affaire Zlatic²⁴¹, la Cour a interprété la privation de la même façon que dans le contexte de la fraude paulienne, c'est-à-dire comme une atteinte au gage général qu'ont les créanciers sur les biens du débiteur. En cela, il est intéressant de référer à la description suivante qui traduit la perception que les tribunaux de droit civil ont de la privation :

« Quant au préjudice, il découle de l'appauvrissement du patrimoine du débiteur car, ainsi, le créancier se voit privé d'une partie de son gage. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'intention de nuire, il suffit que le contrat ait cet effet. Or, faire perdre à un créancier le droit d'exécuter sa créance parce qu'on a volontairement et frauduleusement soustrait un bien de son patrimoine constitue le préjudice au sens de l'article 1033 C.c.B.C. si la distraction d'un actif a rendu le débiteur insolvable ou a limité l'étendue du recours du créancier²⁴². »

Quoi qu'il en soit, à notre sens, la privation demeure un élément essentiel à une condamnation au criminel et si l'arrêt Zlatic semble à première vue changer l'état du droit sur la question, il n'ouvre pas pour autant la porte à la privation théorique comme la perte d'une occasion d'affaires.

²⁴⁰ R. c. Zlatic, précité, note 7, 450.

²⁴¹ Id.

²⁴² Peluso c. Réalisations Mont-Chatel Inc., [1998] R.J.Q. 2245, 2249 (C.A.).

v) l'utilisation d'un véhicule corporatif à des fins malhonnêtes

Tout comme en droit corporatif, nous croyons qu'en plus des exemples fournis par la juge McLachlin, nous pouvons ajouter l'utilisation d'une compagnie à des fins malhonnêtes comme autre moyen dolosif. En effet, comme le mentionne la professeure Anne-Marie Boisvert :

« Tous les gestes qui tendent à maquiller, d'une manière ou d'une autre, la vérité peuvent donc à notre avis se qualifier d'actes dolosifs au sens de l'article 380 du code. À cet égard, l'utilisation d'un véhicule corporatif pour masquer un stratagème destiné à s'appropriier des fonds en lui donnant toutes les apparences de la légitimité des transactions commerciales normales constitue un écran de fumée destiné à détourner l'attention et peut, à juste titre être qualifié de moyen dolosif au sens de l'article 380 [nos italiques]²⁴³. »

L'arrêt Théroux²⁴⁴ fournit à ce titre une illustration. Comme mentionné précédemment, par le biais de sa compagnie, l'accusé obtenait des dépôts devant être utilisés pour la construction de maisons, et qu'il prétendait être garantis. Or, la situation était tout autre :

« En réalité, les déclarations selon lesquelles les dépôts étaient garantis étaient fausses. Co-Hab n'a jamais payé les primes dues à la suite d'une première demande de participation au plan de garantie; une deuxième demande n'a jamais été remplie. Le juge du procès a conclu qu'à titre d'âme dirigeante de Co-Hab Théroux était responsable de ces fausses déclarations²⁴⁵. »

Non seulement la responsabilité des administrateurs de la compagnie pourrait-elle être retenue, mais celle de la compagnie elle-même, et ce, bien qu'elle soit également victime de fraude.

²⁴³ A.-M. BOISVERT, *loc.cit.*, note 17, 459.

²⁴⁴ R. c. Théroux, précité, note 6.

²⁴⁵ *Id.*, 12.

Nous soulignons à cet égard l'arrêt Canadian Dredge and Dock²⁴⁶ dont nous avons traité précédemment. Dans cette affaire, quatre compagnies faisaient l'objet d'accusations de fraude et de complot en vue de frauder. Le tout se rapportait à divers contrats intervenus entre les autorités publiques et les accusées et se rapportant à l'exécution de travaux de dragage dans le fleuve St-Laurent ainsi que dans les Grands Lacs.

Le ministère public alléguait qu'il y avait eu collusion concernant les soumissions en ce que ces offres étaient gonflées.

En défense à ces accusations, on invoquait qu'il n'était pas possible de retenir la responsabilité criminelle d'une entité lorsque ses administrateurs avaient agi frauduleusement envers elle et au détriment de son propre intérêt contrairement aux directives reçues dans le cadre de leur fonction.

La Cour suprême du Canada rejeta le pourvoi. En effet, celle-ci rappela que la responsabilité d'une compagnie, selon la théorie de l'identification se trouvait engagée dès lors que l'on pouvait établir celle de ses âmes dirigeantes. On apporta toutefois une nuance dans le cas où la compagnie se voyait également victime de fraude. En effet, dès lors que son âme dirigeante cessait d'agir dans son intérêt on établit que sa responsabilité ne serait pas retenue. Or, en l'espèce, les compagnies

²⁴⁶ Précité, note 96.

ayant bénéficié de certains avantages de par la perpétration de la fraude, on a retenu leur responsabilité :

« [...] La preuve établit de façon incontestable que, grâce au système conçu par leurs âmes dirigeantes respectives, les appelantes ont reçu des avantages qui comprenaient notamment des contrats, des sous-traitances et des paiements directs et autres. De plus, il est évident que les âmes dirigeantes, auteurs de cette conduite illégale en ont bénéficié elles-mêmes de différentes façons; notamment elles ont reçu des paiements en argent, des actions des compagnies participantes et d'autres avantages. Il s'agissait en fait d'un plan qui profitait à tous les intéressés à la seule exception des autorités publiques qui ont adjudé les contrats de dragage. Cela étant, on ne peut arriver à une autre conclusion que celle tirée par le juge du procès et la Cour d'appel, savoir quelles âmes dirigeantes agissaient en partie pour l'avantage de leurs employeurs respectifs (les appelantes en l'espèce) et en partie pour leur propre avantage. Par conséquent, dans ces pourvois, il n'existe pas de faits qui permettraient aux compagnies en cause de plaider comme moyen de défense qu'elles n'ont reçu aucun avantage et qu'elles n'étaient pas censées en recevoir²⁴⁷. »

Les modifications récemment apportées au Code criminel et exposées précédemment ont néanmoins apportés certaines précisions. À cet égard, nous avons cru bon rappeler le libellé de cet article :

22.2 S'agissant d'une infraction dont la poursuite exige la preuve d'un élément moral autre que la négligence, toute organisation est considérée comme y ayant participé lorsque, avec l'intention, même partielle, de lui en faire tirer parti, l'un de ses cadres supérieurs, selon le cas :

- a) participe à l'infraction dans le cadre de ses attributions;
- b) étant dans l'état d'esprit requis par la définition de l'infraction, fait en sorte, dans le cadre de ses attributions, qu'un agent de l'organisation accomplisse le fait -- action ou omission -- constituant l'élément matériel de l'infraction;
- c) sachant qu'un tel agent participe à l'infraction, ou est sur le point d'y participer, omet de prendre les mesures voulues pour l'en empêcher.

²⁴⁷ Id., 715.

La responsabilité criminelle de la personne morale se trouve donc élargie. Bien qu'il n'y ait pas une grande différence entre la notion d'âme dirigeante et de cadre supérieur²⁴⁸, il en va autrement en ce qui concerne la notion d'agent. En vertu de l'alinéa 22.2 c) la responsabilité de la compagnie pourra également être engagée si un de ses cadres supérieurs omet d'agir bien que sachant qu'un des agents de la compagnie participera à une infraction. Partant, la responsabilité pourra également découler d'un geste d'un agent selon la définition du code, c'est-à-dire son «administrateur, associé employé, membre, mandataire ou entrepreneur de celle-ci. »

2. Les délits d'initiés

Le 15 septembre 2004 entrainé en vigueur la loi C-13 créant entre autres le crime de délit d'initié. Le Code criminel contenait déjà certaines dispositions concernant le marché boursier²⁴⁹. Les récents scandales ayant ébranlé l'économie n'auront que confirmé le législateur quant à la nécessité de poursuivre sur cette voie :

« Des événements récents aux États-Unis ont ébranlé la confiance portée aux marchés financiers, non seulement dans ce pays, mais partout dans le monde. Le gouvernement travaille étroitement avec toutes les parties concernées pour renforcer la confiance des investisseurs et améliorer le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers canadiens. À cette fin, il passera en revue et, si nécessaire, changera ses propres lois et renforcera les moyens de les appliquer, afin que les normes de gouvernance auxquelles sont astreintes les institutions financières et les entreprises constituées en vertu des lois fédérales soient du plus haut niveau²⁵⁰. »

²⁴⁸ Cette dernière notion se rapportant à « un agent jouant un rôle important dans l'élaboration des orientations de l'organisation visée ou assurant la gestion d'un important domaine d'activités de celle-ci, y compris, dans le cas d'une personne morale, l'administrateur, le premier dirigeant ou le directeur financier »

²⁴⁹ Voir 380 C.cr. (fraude); 382 C.cr. (manipulations frauduleuses d'opérations boursières); 400 C. cr. (distribution de faux prospectus, états ou comptes).

²⁵⁰ Discours du Trône 2002, 30 septembre 2002 (http://www.sft-ddt.gc.ca/vnav/06_2_f.htm).

La loi C-13 a entraîné la codification de trois nouveaux crimes soit le délit d'initié (382.1 (1)), la communication de renseignements confidentiels (382.1 (2)) ainsi que la menace de représailles envers l'employé qui s'apprête à dénoncer une conduite illégale de la part de son employeur (425.1)²⁵¹. Nous nous contenterons de traiter des deux premières infractions. Ces amendements étant fort récents, il ne nous est pas encore possible d'étayer notre raisonnement par de la jurisprudence.

Les délits d'initiés faisant déjà l'objet de sanctions en regard de la L.V.M. et de la L.C.S.A., on peut s'interroger sur l'opportunité de faire intervenir le droit criminel dans un domaine qui semble déjà passablement contrôlé. Pourtant, au-delà des considérations relatives au devoir de confidentialité lié à l'obligation de loyauté des administrateurs²⁵², il y a également là un argument de protection du public qui rejoint le propos du droit criminel. La décision du législateur de s'inspirer du droit corporatif et de criminaliser le délit d'initiés ne doit donc pas surprendre.

²⁵¹ La loi C-13 s'inspire directement de la loi américaine Sarbanes-Oxley. Or, ceci n'est pas sans danger, comme l'on fait remarquer certains Jean-Claude HÉBERT, « La responsabilité pénale des organisations », Montréal, Hôtel Hyatt Regency, 13 et 14 septembre 2004. [non-publié], p.11 : « La matrice législative canadienne diffère de l'approche américaine où le concept de fraude se trouve disséminé dans plusieurs lois fédérales et étatiques. Chez nos voisins du sud, le réflexe des élus est de concevoir, à la pièce, des mesures pénales en réaction à un problème ponctuel. La médiatisation extrême des affaires liées à la responsabilité pénale des chefs d'entreprise explique la surchauffe de la machine législative. Cela étant, le gouvernement de l'heure détourne son regard des effets indésirables susceptibles de se produire à long terme. En effet, le recours abusif à l'arme pénale peut nuire à l'entrepreneuriat en paralysant les initiatives des gens d'affaires et en minant la confiance des investisseurs. La théorie de l'élimination des pommes pourries risque d'alimenter la méfiance des consommateurs quant au reste du baril. »

²⁵² M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, note 10, p.23-56.1 : « Le devoir de loyauté de l'administrateur peut prendre plusieurs formes [...] L'administrateur doit par ailleurs s'efforcer de respecter la confidentialité des délibérations du conseil et des documents internes remis à ses membres [...] À ce sujet, l'administrateur doit toujours être conscient que le fait de communiquer des renseignements confidentiels sur la compagnie peut entraîner sa responsabilité personnelle en tant « qu'initié » [...] »

a) Le délit d'initiés

L'article 382.1 (1) C. cr. se lit comme suit

Délit d'initiés

Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans la personne qui, même indirectement, vend ou achète de valeurs mobilières en utilisant sciemment des renseignements confidentiels que, selon le cas

- a) elle détient à titre d'actionnaire de l'émetteur des valeurs mobilières en cause;
- b) elle détient ou a obtenus dans le cadre de ses activités professionnelles auprès de l'émetteur;
- c) elle détient ou a obtenus à l'occasion d'une proposition - prise de contrôle, réorganisation, fusion ou regroupement similaire d'entreprises - concernant l'émetteur;
- d) elle détient ou a obtenus dans le cadre de son emploi, de sa charge ou de ses fonctions auprès de l'émetteur ou de toute personne visée à l'un ou l'autre des alinéas a) à c);
- e) elle a obtenus auprès d'une personne qui les détient ou les a obtenus dans les circonstances visées à l'un ou l'autre des alinéas a) à d).

Il importera donc, en vertu de cette disposition, de faire état d'une transaction d'une valeur mobilière effectuée sur la base d'information à caractère confidentiel.

i) les éléments matériels

- la vente ou l'achat de valeurs mobilières par un initié

Certaines personnes, de par la fonction qu'elles occupent au sein de l'entreprise, se trouvent grandement avantagées. Elles connaissent en effet la santé financière de l'entreprise ainsi que les projets futurs auxquels celle-ci sera appelée à participer dans les mois à venir. Permettre à ces privilégiés de réaliser des gains sur le marché boursier sur la base de ces informations serait pour le moins injuste. En vue d'assurer un meilleur équilibre, le droit criminel prohibe à ces personnes d'effectuer certaines opérations sur les titres de la société.

Concernant les personnes visées par les amendements, mentionnons d'abord l'actionnaire de l'émetteur des valeurs mobilières en cause. Il est à noter que contrairement aux législations précitées, à savoir la L.C.S.A. et la L.V.M., le code criminel ne quantifie pas la détention d'actions. De même il ne qualifie pas le type d'actions (votantes, participantes) à être possédées. En cela, même un actionnaire possédant moins de 10% des actions d'une compagnie entre dans la définition d'initié au sens du Code criminel, ce qui n'est pas le cas en vertu de la L.V.M.

Outre l'actionnaire, la loi inclut la personne qui détient ou a obtenu des renseignements confidentiels dans le cadre de ses activités professionnelles auprès de l'émetteur. Est également initiée la personne qui détient ou a obtenu des renseignements confidentiels à l'occasion d'une proposition - prise de contrôle, réorganisation, fusion ou regroupement similaire d'entreprises - concernant l'émetteur, de même que celle qui détient ou a obtenu des renseignements dans le cadre de son emploi, de sa charge ou de ses fonctions auprès de l'émetteur ou de toute personne visée à l'un ou l'autre des alinéas a) à c).

- grâce à l'utilisation de renseignements confidentiels

Afin de ne pas pénaliser indûment les initiés, le Code ne prohibe pas toute opération sur les valeurs de l'émetteur, mais uniquement celles qui se sont réalisées sur la base de renseignements confidentiels. Cette expression est définie au paragraphe 4 de l'article 382.1 C.cr. Il s'agit d'informations n'ayant pas été préalablement divulguées

au public et pouvant « être raisonnablement considérées comme susceptibles d'avoir une influence importante sur la valeur ou sur le prix des valeurs de l'émetteur. »

Si la formulation choisie rejoint sensiblement celle utilisée par les autres provinces canadiennes ainsi que la L.C.S.A, elle s'écarte néanmoins de celle retenue au Québec. On aura ainsi fait fi des avertissements de la doctrine québécoise et préféré le critère de l'impact de l'information sur la valeur du titre plutôt que le critère de l'impact de l'information sur la décision d'un investisseur raisonnable.

En effet, bien que l'article 5 de la L.V.M. ait longtemps défini l'information privilégiée comme « toute information encore inconnue du public et susceptible d'affecter la valeur ou le cours des titres d'un émetteur » les affaires Blaikie²⁵³, Szaszkiewicz²⁵⁴ et Bennett-Doman²⁵⁵ ont amené le législateur à revoir ses positions. Mentionnons qu'aucune de ces affaires n'avait à l'époque valu à son auteur une condamnation, ce qui amena plusieurs commentateurs à remettre en question la définition de l'article 5 notamment pour l'importance qu'elle laissait à l'opinion des experts :

« La question qui demeure, cependant, est de savoir si, au niveau de son application, le critère adopté au Québec ne suscite pas plus de problèmes que celui adopté chez nos voisins du Sud. À la lumière des arrêts Blaikie et Szaszkiewicz, il semble, en effet, qu'il soit très difficile de déterminer si la

²⁵³ Précité, note 118. Pour un résumé complet de l'affaire, nous référons le lecteur au commentaire suivant R.L. SIMMONDS, « Commentary-Penaliability for Insider Trading in Canada : Commission des Valeurs mobilières c. Blaikie », (1988) 14 C.B.L.J. 477

²⁵⁴ Commission des valeurs mobilières c. Szaszkiewicz, [1989] R.J.Q. 458

²⁵⁵ R. v. Bennett, [1989] B.C.J. (Quicklaw) No. 1884 (Prov. Ct.)

divulgarion d'une information peut affecter la valeur ou le cours d'un titre. Dans ces deux décisions, il a fallu avoir recours à l'opinion des experts. [...]»²⁵⁶.

Bien que soulevées au regard de la L.V.M., ces critiques n'en demeurent pas moins pertinentes en ce qui a trait au domaine du droit criminel. La nécessité d'établir l'effet de l'information sur la valeur du titre, combinée à l'exigence que le ministère public établisse hors de tout doute raisonnable la commission de l'infraction, risque d'alourdir considérablement les procès et même, si on s'en remet aux dénouements des affaires précitées, de mener inévitablement à des acquittements. En effet, les mots « susceptibles d'avoir une influence importante » référant à un événement pour le moins incertain, il sera presque toujours possible pour la défense de créer un doute raisonnable :

« [...] il (l'investisseur) peut toutefois être rassuré par le fait qu'en cas de poursuite la même bataille d'experts que celles à laquelle nous avons assisté au cours des procès de messieurs Blaikie et Szaszkiewicz risque d'être tranchée en sa faveur, vu la complexité du problème et la perplexité qu'il crée dans l'esprit des juges. C'est d'ailleurs ce qui l'amène à conclure qu'on devrait peut-être adopter le critère du comportement de l'investisseur raisonnable²⁵⁷. »

Selon nous, la loi C-13 aurait grandement gagné en efficacité si elle avait suivi le critère de l'investisseur raisonnable²⁵⁸. Un tel critère (personne raisonnable) n'est

²⁵⁶ R. CRÊTE et M. WEISS, *loc.cit.*, note 119, 403

²⁵⁷ Paul FORTUGNO, « Les opérations d'initiés et l'usage de l'information privilégiée », dans Conférences Commémoratives Meredith, Le droit des affaires face au droit pénal, Cowansville, Yvon Blais, 1990, p.26.

²⁵⁸ Outre l'ouverture aux batailles d'experts, nous croyons que ce critère est beaucoup trop flou. En effet, comme le mentionne à cet égard certains auteurs R. CRÊTE et M. WEISS, *loc.cit.*, note 119, 404 : « Le critère permettant de définir la notion d'information privilégiée doit remplir deux fonctions. Premièrement, il doit servir de guide aux investisseurs lorsque ceux-ci sont appelés à déterminer s'ils peuvent effectuer ou non une opération dans les cas où ils possèdent une information encore inconnue du public. Deuxièmement, il doit permettre aux autorités administratives et judiciaires d'établir s'il y a eu violation de la loi [...] En outre, le critère adopté dans la législation québécoise et l'interprétation donnée par la jurisprudence à ce sujet *peuvent*

d'ailleurs pas étranger au droit criminel en matière d'opérations frauduleuses. Considérant que le délit d'initié se retrouve sous le chapitre des opérations frauduleuses incluant, entre autres, la fraude, introduire le concept de personne raisonnable n'aurait que permis au législateur de faire montre de cohérence.

b) La communication de renseignements confidentiels

Une personne se rend également coupable, en vertu de l'article 382.1 (2) C.cr. si elle communique des renseignements confidentiels en étant consciente du risque que le destinataire utilise ces renseignements pour acheter ou vendre une valeur mobilière concernée par le renseignement.

3. Les commissions secrètes 426 C. cr.

Le crime de commissions secrètes met bien en évidence l'importance accordée au mandat au sein de la société²⁵⁹. À cet égard, nous croyons que le discours de la Cour suprême, quant à cette infraction, rejoint sensiblement celui tenu à l'occasion de l'affaire Kuet Leong Ng. La préservation de l'intégrité de l'institution et le déficit informationnel se trouvent ainsi relégués à l'avant plan des préoccupations du plus haut tribunal.

difficilement guider le comportement des investisseurs [...] ». Le droit criminel est lourd de conséquence. Il est de son essence d'être précis afin d'avertir le citoyen quant au type de conduite qui peut être adoptée. Il est malheureux que le législateur fédéral n'ait pas porté attention aux difficultés liées au critère de la fluctuation de la valeur [nos italiques]. »

²⁵⁹ J.-C. HÉBERT, *op.cit.*, note 43, p.556 : « Lorsqu'un juge constate l'existence d'un lien fiduciaire explicite ou d'une obligation de loyauté entre le bénéficiaire d'un profit clandestin et un partenaire d'affaires, une inférence d'action malhonnête fait surface.»

426. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas :

a) par corruption :

(i) donne ou offre, ou convient de donner ou d'offrir, à un agent,

(ii) étant un agent, exige ou accepte ou offre ou convient d'accepter, de qui que ce soit, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque sorte à titre de contrepartie pour faire ou s'abstenir de faire, ou pour avoir fait ou s'être abstenu de faire, un acte relatif aux affaires ou à l'entreprise de son commettant ou pour témoigner ou s'abstenir de témoigner de la faveur ou de la défaveur à une personne quant aux affaires ou à l'entreprise de son commettant;

b) avec l'intention de tromper un commettant, donne à un agent de ce commettant, ou étant un agent, emploie avec l'intention de tromper son commettant, quelque reçu, compte ou autre écrit :

(i) dans lequel le commettant a un intérêt,

(ii) qui contient une déclaration ou un énoncé faux ou erroné ou défectueux sous un rapport essentiel,

(iii) qui a pour objet de tromper le commettant.

(2) Commet une infraction quiconque contribue sciemment à la perpétration d'une infraction visée au paragraphe (1).

(3) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque commet une infraction prévue au présent article

(4) Au présent article, « agent » s'entend notamment d'un employé, et « commettant » s'entend notamment d'un patron.

a) Les éléments matériels

C'est à l'occasion des arrêts Kelly²⁶⁰ et Arnold²⁶¹ que la Cour suprême a eu l'occasion de définir les éléments nécessaires à une condamnation au regard de l'article 426 C.cr. relatif aux commissions secrètes. Elle en profita également pour préciser le sens de l'expression « par corruption » afin de déterminer si cette notion nécessitait la

²⁶⁰ R. c. Kelly, précité, note 30.

²⁶¹ R. c. Arnold, [1992] 2 R.C.S. 208.

preuve de corruption entre l'auteur des paiements et l'acceptant ou référait seulement à la non-divulgation de l'obtention d'une commission par l'acceptant.

L'actus reus sera établi par la preuve de l'existence d'un mandat, l'acceptation d'une somme d'argent à titre de contrepartie pour influencer la gestion des affaires de l'agent sur celles de son commettant et, finalement, par la preuve d'une omission de divulguer cette situation à son commettant. C'est ce dernier élément qui fut considéré comme découlant de l'expression « par corruption ».

i) l'existence d'un mandat la protection de son intégrité et le déficit informationnel

Dans l'affaire Kelly²⁶², l'accusé était un des dirigeants d'une compagnie (KPA) se spécialisant dans le domaine de la planification financière. Les accusations visaient une entente intervenue entre une société immobilière (Qualico Ltd) aux termes de laquelle, la compagnie de l'accusé s'engageait, moyennant une commission, à acheter des unités d'IRLM de Qualico Ltd afin de les revendre à ses clients. Les clients de KPA ignoraient que cette dernière recevait une commission chaque fois qu'elle vendait une unité d'IRLM. En effet, lors d'une rencontre initiale avec le client, généralement d'une durée d'une heure et demie, seulement cinq minutes étaient consacrées à l'explication des sources de rémunération de la société. L'accusé avait en effet informé ses associés qu'il ne voulait pas donner davantage de précisions relativement à l'entente visant les IRLM.

²⁶² R. c. Kelly, précité, note 30.

D'entrée de jeu, la Cour insista sur l'importance du mandat²⁶³ et sur la nécessité d'en préserver l'intégrité, partageant là les préoccupations soulevées en droit corporatif²⁶⁴ :

« Les tribunaux ont adopté une ligne de conduite stricte, cherchant non seulement à interdire les véritables actes frauduleux commis par un agent à l'endroit de son commettant, mais aussi à empêcher que les agents ne se trouvent pas dans une situation qui invite à la corruption. On trouve dans *Bowstead on Agency* (14e éd. 1976) plusieurs exemples où l'agent a un intérêt personnel et doit, par conséquent, faire une divulgation complète (à la p. 130) :

Le mandat est extrêmement important pour le fonctionnement de notre société. Ce rapport est fondé sur la confiance et il est de nature fiduciaire. Il est essentiel d'en préserver l'intégrité²⁶⁵. »

Il reste cependant que ce n'est pas tant le statut de mandataire en tant que tel que l'utilisation abusive des privilèges qui découle de cette position qui inquiète nos tribunaux :

"While the primary focus of our courts is upon the misuse of a position and not upon its definition, in law, of the relationship between the parties, the courts are, nevertheless, concerned with one particular kind of relationship which exists between an accused and a complainant. This relationship is one in which an accused undertakes to act in the interest of a complainant and thereby has

²⁶³ Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng, précité, note 121, 183 : « Avant d'examiner l'objet de l'art. 426, je tiens à faire ressortir l'importance du mandat dans la société contemporaine. Celle-ci ne pourrait tout simplement pas fonctionner en l'absence de mandataires ou d'agents. Il existe une multitude de rapports commettant-agent. Mentionnons notamment qu'il est difficile de vendre une maison ou un immeuble commercial sans un agent immobilier ou encore de s'assurer sans consulter un agent d'assurance. Les agents de voyages organisent les vacances, et les courtiers agissent à titre d'agents dans le cadre d'opérations financières fort complexes et difficiles. Les avocats agissent également à titre d'agents pour le compte de leurs clients.

De plus en plus, les conseillers financiers agissent à titre d'agents pour leurs clients. Très souvent, les gens d'affaires et les professionnels qui ont un revenu élevé sont trop accaparés par leur travail pour bien organiser leurs affaires financières. Ils font alors appel aux services de conseillers financiers. Le rapport commettant-agent est presque toujours fondé sur la divulgation de renseignements confidentiels par le commettant à l'agent. Ce rapport repose sur la confiance que le commettant peut avoir dans les conseils et les services que l'agent lui fournit. »

²⁶⁴ Id., 438-439 : « En France, comme au Canada, la violation de l'obligation d'honnêteté et de loyauté auquel est tenu l'employé envers son employeur est sanctionnée non seulement par le droit privé mais aussi par le droit criminel. [...] Au Canada, les mandataires ou les employés qui, par corruption exigent ou acceptent des commissions secrètes commettent un acte criminel punissable d'une peine d'emprisonnement d'au plus cinq ans. »

²⁶⁵ R. c. Kelly, précité, note 30, 183 à 185.

responsibility for the preservation or protection of the complainant's interests. The courts are concerned with relationships in which the complainant has reposed trust or confidence in the accused, has relied upon the accused and in which a notion of dependency is implicit in the relationship²⁶⁶."

L'article 426 C. cr. s'attaque donc également à l'inégalité dans les rapports entre mandant et mandataire et à la vulnérabilité de l'un par rapport à l'autre :

« Il n'y a pas de doute que l'art. 426 reconnaît à la fois l'importance du mandat et la nécessité de préserver l'intégrité du rapport qu'il implique. Cet article vient confirmer qu'un agent ne devrait pas être placé dans une situation qui entre en conflit avec celle du commettant. Par exemple, le bénéfice qu'un agent accepte d'une tierce partie le placera dans une situation de conflit d'intérêts à l'égard de son commettant, sauf si l'existence de ce bénéfice est divulgué avec diligence et d'une façon appropriée. Il est interdit à quiconque d'offrir à un agent un bénéfice, que l'on sait secret, afin de l'influencer quant aux affaires de son commettant. Une telle action vient corrompre et détruire le rapport découlant d'un mandat. Le versement d'un bénéfice secret rend les conseils et les services fournis par l'agent tellement suspects qu'ils ne peuvent être acceptés²⁶⁷. »

La notion de mandat n'est pas définie en droit criminel. Peut-on alors se référer aux règles prévalant en droit civil? Nous croyons qu'il convient de rester prudent puisque le droit criminel doit être appliqué de façon uniforme à travers le pays. En effet, en common law, on fait référence non pas au mandat mais à la notion « d'agency » qui présente certaines différences d'avec notre droit. La référence au terme « agent » dans le libellé de l'article 426 C.cr. vient cependant réduire les difficultés pouvant découler de cette situation. En effet, l'article 2 C.cr. prévoit que sont considérés comme agent dans le contexte d'une organisation tout administrateur. Ainsi, dès que l'on parle d'une relation administrateur-compagnie, nous croyons pouvoir satisfaire au premier critère de l'article 426 C.cr.

²⁶⁶ B.L. NIGHTINGALE, *op.cit.*, note 166, p. 3-26.

²⁶⁷ *R. c. Kelly*, précité, note 30, 185 et 186.

ii) l'acceptation par l'agent d'un bénéfice à titre de contrepartie pour faire ou s'abstenir de faire un acte relatif aux affaires de son commettant

Ce qu'il est intéressant de noter c'est qu'en matière de commissions secrètes le manque de loyauté est particulièrement visé et sanctionné par le droit criminel alors que règle générale, la loyauté ne demeure pertinente que pour le dépistage de la malhonnêteté. On se rappellera à cet égard les propos de la juge McLachlin lors de l'arrêt Théroux à propos des occasions d'affaires.

iii) l'omission de la part de l'agent de divulguer d'une façon appropriée et en temps opportun la source, le montant et la nature du bénéfice.

Dans sa tentative de dégager le sens de l'expression « par corruption », la Cour s'est appuyée sur l'inégalité des rapports agent-commettant de même que sur la vulnérabilité en découlant pour orienter son interprétation :

« Quelle interprétation doit-on donner à l'expression « par corruption » dans cet article? On soutient que la perpétration de l'infraction est complète dès que l'agent accepte le bénéfice à titre de contrepartie pour influencer les affaires du commettant. Cette thèse se fonde notamment sur les arrêts *Cooper c. Slade* (1858), 6 H.L.C. 746, 10 E.R. 1488, et *R. c. Gallagher* (1985), 16 A. Crim. R. 215 (C.C.A. Vict.). Je ne peux accepter cette prétention car elle se fonde sur une jurisprudence ancienne sur la corruption des électeurs. Il est exact que ces arrêts et ceux qui ont trait à la corruption de fonctionnaires portent sur l'interprétation du terme « corruption ». Toutefois, ils se distinguent facilement des affaires de commissions secrètes. Dans les cas de corruption de fonctionnaires, l'existence d'un mandat n'est pas nécessaire. Cependant, l'art. 426 est entièrement axé sur la protection du commettant vulnérable et la préservation de l'intégrité du rapport agent-commettant. De plus, la nature d'une commission est fort différente de celle d'un pot-de-vin.

L'expression « par corruption » doit être interprétée dans le contexte de l'art. 426. Il est bien établi dans le domaine de l'interprétation législative qu'il faut conférer un sens à chaque terme d'une loi. Il serait superflu d'inclure l'expression « par corruption » dans l'article si la perpétration de l'infraction était complète dès l'acceptation du bénéfice dans les circonstances décrites dans l'article. L'expression « par corruption » doit donc ajouter quelque chose à l'infraction.

À mon avis, l'expression « par corruption », au sens où elle est utilisée dans cet article, implique le secret. C'est en raison de la non-divulgation de l'existence de la commission qu'il est impossible pour le commettant de déterminer s'il doit suivre les conseils de l'agent ou admettre les actes accomplis par ce dernier. C'est la non-divulgation qui rend la réception de la commission ou de la récompense entachée de corruption. Dans ce contexte, l'expression « par corruption » ajoute l'élément de non-divulgation à l'*actus reus* de l'infraction.

En conférant à l'expression « par corruption » le sens de « secrètement » ou de « non-divulgation », on renforce l'objet de l'art.426, qui est de préserver l'intégrité du rapport agent-commettant. Cette interprétation est également appuyée par la rubrique introductive intitulée « Commissions secrètes ». C'est le caractère secret du bénéfice et non le bénéfice en soi qui constitue l'élément essentiel de l'infraction. L'appelant Kelly soutient que les termes de cette rubrique sont de simples notes marginales dont on ne doit pas tenir compte dans l'interprétation de l'article. Je ne puis souscrire à cette opinion. L'arrêt *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, établit clairement qu'il est approprié de tenir compte des rubriques des lois et de l'historique d'un article comme moyen d'en interpréter l'objet.

Bref, dans le contexte des commissions secrètes, l'expression « par corruption » signifie que leur existence n'a pas été divulguée. Cette définition offre une certaine symétrie entre les deux infractions constituées par l'al. 426(1)a). En ce qui concerne l'acceptant-agent, l'expression « par corruption » signifie que l'agent n'a pas divulgué l'existence du paiement au commettant d'une façon appropriée et en temps opportun. En ce qui concerne le donneur, l'expression « par corruption » signifie que la récompense a été donnée dans l'espoir et avec l'intention que l'agent *n'en divulgue pas* l'existence au commettant, d'une façon adéquate et en temps opportun [nos italiques]²⁶⁸ .»

Ainsi donc, même si le donneur est innocent, l'acceptant pourra être reconnu coupable de l'infraction de commissions secrètes.

Compte tenu que l'article 426 C.cr. vise précisément à prévenir les conflits d'intérêts, il va de soi qu'une divulgation s'impose. Le mandataire ne se sera acquitté de son devoir que s'il informe le mandant de la source, du montant et de la nature du bénéfice. Mais au-delà de ces considérations se rapportant au contenu, la Cour a également ajouté le facteur temps : la divulgation devra être faite le plus rapidement possible.

²⁶⁸ Id., 187 à 189.

« De nouveau, l'examen de l'objet de l'art. 426 peut nous aider à déterminer la norme requise de divulgation. L'interdiction des commissions secrètes repose sur le principe de la protection des commettants vulnérables et de la préservation de l'intégrité du mandat. En exigeant de l'agent qu'il divulgue la réception d'une commission, on contribue à l'atteinte de l'objectif de l'article. En fait, la divulgation de l'existence d'une commission est essentielle pour attirer l'attention du commettant sur les risques de conflits d'intérêts. En cas de non-divulgation, le commettant n'a aucun moyen de savoir si l'agent agit réellement au mieux des intérêts qu'il représente et il ne peut déterminer s'il devrait accepter les conseils de l'agent.

Pour atteindre l'objet de l'article, on doit exiger de l'agent qu'il divulgue d'une façon appropriée et en temps opportun l'existence d'une commission. Une divulgation générale et vague du fait que l'agent reçoit des commissions ne permet pas d'atteindre cet objectif. L'agent doit divulguer *la nature du bénéfice reçu, son montant calculé le mieux possible ainsi que sa source*. Il se peut que l'agent ne soit pas en mesure de déterminer avec exactitude le montant de la commission qu'il recevra. Il suffira qu'il déploie des efforts raisonnables pour attirer l'attention du commettant sur le montant approximatif et la source de la commission à recevoir. De toute évidence, le commettant sera influencé par le montant du bénéfice reçu par l'agent. *Plus le bénéfice de l'agent sera élevé, plus le conflit d'intérêts sera important et, toute proportion gardée, plus le risque sera grand pour le commettant. La divulgation doit être faite en temps opportun en ce sens que le commettant doit être informé de l'existence du bénéfice dès que possible*. Certes, la divulgation doit être faite au moment où la récompense risque d'influencer l'agent relativement aux affaires du commettant. *En conséquence, il est essentiel que l'agent divulgue clairement au commettant d'une façon aussi diligente que possible la source et le montant, exact ou approximatif, du bénéfice.*

Le rapport découlant du mandat ne sera protégé que dans le cas où la divulgation est à la fois appropriée et faite en temps opportun. Muni de ces renseignements, le commettant pourra alors déterminer s'il doit se fier aux conseils de l'agent et dans quelle mesure. Il serait préférable que cette divulgation soit faite par écrit [nos italiques]²⁶⁹. »

Rappelons qu'en droit corporatif, la divulgation a également toute son importance. En effet, le Code civil par le biais des articles 2146 et 323 prohibe le profit personnel sauf autorisation donnée par les actionnaires. En ce qui concerne les éléments à déclarer, il va de soit que le montant du profit est un élément essentiel²⁷⁰.

²⁶⁹ *Id.*, 190-191.

²⁷⁰ M. MARTEL et P. MARTEL, *op.cit.*, note 10, p. 23-89 : « Le montant du profit est crucial à cette fin, et doit leur être divulgué; plus ce montant est élevé, que ce soit dans l'absolu ou en proportion

b) Les éléments subjectifs

En ce qui a trait aux éléments subjectifs du crime de fraude, la Cour suprême se fait plus laconique.

i) la connaissance de l'existence du mandat

Il ne sera pas nécessaire que le ministère public fasse la preuve que l'accusé savait que la relation qu'il entretenait avec la victime était susceptible de se qualifier juridiquement de mandat. En effet, dès que l'accusé est au courant des faits donnant naissance à une telle relation, la preuve est suffisante.

Ce raisonnement découle de l'affaire R. c. Hudec²⁷¹. L'accusé, un agent d'assurance-vie avait ici reçu certaines sommes d'argent de diverses compagnies à titre de récompense pour avoir amené ses clients à investir dans ces compagnies et en omettant de divulguer ce fait.

L'accusé prétendait qu'il n'avait pas connaissance que sa fonction le qualifierait d'agent au sens de l'article 426 C. cr. Le tribunal rejeta cet argument :

"There can be no doubt that the accused was aware of the agency relationship; that is, that he was aware of the existing of the facts and circumstances which in law amount to such a relationship, including, critically, the fact that he enjoyed a position of trust with his clients such that he possessed the power or authority to determine their investment decision²⁷²."

du contrat qui l'a généré, moins les actionnaires seront enclins à fermer les yeux et à y faire renoncer la société. »

²⁷¹ 1992 CarswellOnt 3501 (Ont. Ct of Just.).

²⁷² Id., n°54.

Cette conclusion est conforme au principe énoncé à l'article 19 C.cr. à l'effet que l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse.

ii) l'acceptation d'un bénéfice à titre de contrepartie pour un acte à être fait relativement aux affaires du commettant

C'est à la nature clandestine que l'on s'attaque particulièrement :

« Pour établir la *mens rea* requise relativement à ce deuxième élément, le ministère public doit prouver que l'acceptant a sciemment accepté la commission à titre de contrepartie pour agir dans le cadre des affaires de ses clients ou de ses commettants. Il faut se rappeler que les infractions portant sur les « commissions secrètes » sont, de par leur nature même, secrètes. Elles découlent d'opérations qui sont intrinsèquement clandestines. Il s'ensuit que les tribunaux doivent faire preuve de bon sens et tirer les déductions raisonnables et appropriées des faits²⁷³. »

Ici, comme pour l'infraction de fraude, c'est la connaissance par l'accusé des circonstances qui entourent sa conduite qui doit être établie. Un individu ne pourra donc pas se voir reprocher sa négligence. L'aveuglement volontaire peut cependant ici se substituer à l'élément de connaissance. Celui qui reçoit un montant d'argent substantiel de la part d'un tiers sans se poser de questions sera tout aussi coupable que celui qui reçoit ce même montant en sachant pertinemment ce qu'on attend de lui. L'insouciance ne peut cependant pas, selon nous, être suffisante. En effet, la définition même de cet élément ne s'applique pas aux commissions secrètes. L'insouciance résulte en l'attitude de celui qui, conscient d'un risque, persiste néanmoins dans sa conduite. On voit mal comment cette attitude pourrait s'appliquer en l'espèce.

²⁷³ R. c. Kelly, précité, note 30, 186.

iii) la connaissance de l'étendue de la divulgation au commettant ou de l'absence de divulgation

Il s'agit-là d'un élément purement factuel. Considérant que c'est la volonté de l'accusé de garder secrète une information pertinente qui est au cœur de l'infraction, le ministère public devra établir une intention coupable de l'accusé quant à l'absence de divulgation.

La malhonnêteté à la base de l'infraction de commissions secrètes est celle qui se rapproche le plus de celle sanctionnée par le droit corporatif. Le manque de loyauté est ici directement visé.

B. Les infractions contre les droits de propriété

1. Le vol

Aux termes de l'article 322 du Code criminel, l'infraction de vol se définit comme suit :

322. (1) Commet un vol quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit, ou détourne à son propre usage ou à l'usage d'une autre personne, frauduleusement et sans apparence de droit, une chose quelconque, animée ou inanimée, avec l'intention :

a) soit de priver, temporairement ou absolument, son propriétaire, ou une personne y ayant un droit de propriété spécial ou un intérêt spécial, de cette chose ou de son droit ou intérêt dans cette chose;

b) soit de la mettre en gage ou de la déposer en garantie;

c) soit de s'en dessaisir à une condition, pour son retour, que celui qui s'en dessaisit peut être incapable de remplir;

d) soit d'agir à son égard de telle manière qu'il soit impossible de la remettre dans l'état où elle était au moment où elle a été prise ou détournée.

(2) Un individu commet un vol quand, avec l'intention de voler une chose, il la déplace ou fait en sorte qu'elle se déplace, ou la fait déplacer, ou commence à la rendre amovible.

La prise ou le détournement d'une chose peut être entaché de fraude, même si la prise ou le détournement a lieu ouvertement ou sans tentative de dissimulation.

Est sans conséquence, pour l'application de la présente loi, la question de savoir si une chose qui fait l'objet d'un détournement est soustraite en vue d'un détournement ou si elle est alors en la possession légitime de la personne qui la détourne.

Pour l'application du présent article, une personne qui a une créature sauvage vivante en captivité est réputée avoir un droit spécial de propriété ou un intérêt spécial dans cette créature pendant que celle-ci est en captivité et après qu'elle s'est échappée de captivité.

C'est le mépris du droit de propriété qui se trouve ici à être sanctionné. Commet donc un vol celui qui s'approprie ou détourne une chose appartenant à quelqu'un d'autre.

a) Les éléments matériels

i) L'appropriation ou le détournement de la propriété

En ce qui a trait aux règles relatives au droit de propriété, notons que le droit privé est loin d'avoir un effet déterminant, tel qu'en atteste l'affaire Milne²⁷⁴. Dans cette affaire, l'accusé, par le biais de sa compagnie, fournissait certains services à la compagnie de la Baie d'Hudson. Cette dernière, par erreur, le paya deux fois pour services rendus. Celui-ci s'appropriait tout de même les fonds. Il s'agissait pour la Cour de déterminer si l'accusé en agissant ainsi s'était rendu coupable de vol. Afin de répondre à cette question, il importait de déterminer s'il y avait eu transfert de propriété. La Cour d'appel s'était référée au droit des biens dont la solution rejoignait le droit commercial et où, selon le droit en cause, le tout dépendait du type d'erreur

²⁷⁴ R. c. Milne, [1992] 1 R.C.S. 697.

commis. Suivant ce raisonnement, l'erreur portant sur l'objet du transfert ou sur la personne à qui le bien est remis faisait en sorte qu'il n'y aurait pas transfert de propriété. Par contre, le bon objet remis à la bonne personne emportait transfert de propriété quoiqu'il puisse arriver par la suite.

Le caractère distinct du droit commercial et du droit criminel y fut souligné :

« Ayant ainsi exposé les règles de droit civil relatives aux biens, le juge Côté fait observer *qu'il n'est pas impérieux* que le droit civil en matière de biens et le droit criminel en matière de vol s'accordent complètement. Il en découlerait toutefois des anomalies s'il en était autrement. De fait, selon le juge Côté, *la réalité commerciale tend vers le même résultat que les principes de droit civil*. Par exemple, les règlements des comptes qui ont constamment lieu entre deux sociétés sont souvent complexes et les paiements excédentaires, ainsi que les allégations de paiement excédentaire, sont fréquents. Le juge Côté a noté que si un paiement en trop effectué par erreur n'opérait pas un transfert de propriété, il existerait alors en matière de faillite un nouveau type de privilège du créancier, dont on ne s'était pas rendu compte auparavant. Le juge Côté ajoute que, du point de vue commercial, la mesure la plus pratique à prendre sur réception d'un chèque émis par erreur peut souvent être de le déposer pour ensuite faire tirer un chèque de remboursement. Or, si, au départ, il n'y a aucun transfert de propriété, *même une telle mesure pourrait constituer un vol* [nos italiques]²⁷⁵. »

Ayant ainsi fait valoir ces arguments, la Cour d'appel, bien que reconnaissant la nature malhonnête des agissements de l'accusé, l'acquitta :

« Le juge Côté souligne enfin que M. Milne a certes agi malhonnêtement en ce qui concerne le second chèque, mais que cette forme particulière de malhonnêteté ne constitue pas un vol et qu'il existe, aux termes du *Code criminel*, plusieurs autres façons de la sanctionner²⁷⁶. »

Cet arrêt laisse voir que la protection des tiers ne semble pas au programme du droit criminel en matière de vol.

« La nature de la distinction relevée par le juge Côté ne va donc nullement à l'encontre des préceptes généraux du droit criminel. En fait, cette distinction est, dans un sens, en accord avec ces préceptes dans la mesure où elle est axée sur l'intention plutôt que sur le motif. Dans l'hypothèse toutefois où la méthode par

²⁷⁵ *Id.*, 702.

²⁷⁶ *Id.*, 706.

laquelle le juge Côté fait la distinction entre les transferts erronés entachés de nullité et ceux qui sont susceptibles d'annulation soit la bonne, que ce soit du point de vue du droit des biens ou du droit criminel, il reste qu'il convient, en toute logique, de se demander préalablement si la distinction elle-même est nécessaire ou si elle a sa raison d'être dans le contexte du droit criminel. Comme l'indique l'arrêt *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, les questions touchant le droit des biens peuvent, dans le contexte du droit criminel, se présenter sous un aspect tout à fait différent de celui sous lequel elles se présentent dans le contexte du droit civil, lorsque ces deux branches du droit diffèrent quant à leurs objets.

La distinction entre nul et annulable, en droit des biens, vise dans une large mesure (quoique peut-être non exclusivement) à protéger les tiers innocents qui se sont fiés à la légitimité de l'opération qui semble avoir eu lieu. Cet objet n'a pas de pendant en droit criminel. En droit criminel, on se préoccupe de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, de sorte que l'accent est mis sur les actes et la connaissance de ce dernier. Le droit criminel n'a pas, sur les intérêts de tiers, l'incidence que peut avoir le droit des biens. Le fait que M. Milne puisse, dans une affaire comme celle qui nous occupe, être exposé à une sanction pénale à cause de ses actes n'aurait aucune incidence sur la réclamation, fondée sur le droit des biens, d'un tiers innocent à qui la propriété avait été transférée dans l'intervalle [nos italiques]²⁷⁷. »

C'est néanmoins la définition du terme « chose » qui rend l'infraction de vol difficilement transposable en contexte commercial.

ii) d'une chose quelconque

En contexte commercial, bien souvent les actifs les plus précieux d'une compagnie sont les informations qu'elle possède. Qu'elles concernent ses clients ou se rapportent à la fabrication de produits, celles-ci résultent de nombreuses années de travail. Aussi importe-t-il de savoir si ces dernières peuvent se qualifier de chose et ainsi être susceptibles de vol. En droit criminel, la qualification des informations à titre de chose a donné lieu à une polémique²⁷⁸. C'est l'arrêt *Stewart*²⁷⁹ qui est venu trancher le débat définitivement.

²⁷⁷ *Id.*, 706.

²⁷⁸ Voir J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op.cit.*, note 53 qui ont fait un bon résumé de la situation qui prévalait alors.

Dans cette affaire, un syndicat recherchant les coordonnées du personnel d'un hôtel avait engagé M. Stewart afin de les obtenir. Celui-ci s'adressa à un gardien de sécurité et lui offrit une somme d'argent en contrepartie des renseignements obtenus. La Cour avait, dans un premier temps, à déterminer si des renseignements confidentiels étaient susceptibles de faire l'objet d'un vol. Reconnaissant qu'un document contenant des renseignements confidentiels peut faire l'objet d'un vol, le juge Lamer a néanmoins examiné l'hypothèse où les mêmes renseignements seraient plutôt copiés sur un autre support ou simplement mémorisés. Ceci amena la Cour à interpréter l'expression « une chose quelconque ». On a reconnu que l'expression ne référerait pas uniquement à des biens tangibles mais également, en certaines circonstances à des biens intangibles comme un crédit bancaire²⁸⁰. Pour la Cour, il s'agissait donc de se prononcer sur la possibilité que des choses intangibles autre que des droits incorporels soient compris dans l'expression « une chose quelconque ».

En se référant au texte de l'infraction, le juge Lamer a vu dans le libellé deux restrictions concernant l'interprétation à donner à l'expression « chose ». Dans un premier temps, cette chose devait être à même de faire l'objet d'un droit de propriété. De même, son détournement devait être susceptible d'occasionner une privation à sa victime.

²⁷⁹ R. c. Stewart, [1988] 1 R.C.S. 963.

²⁸⁰ R. c. Scallen, (1974) 15 C.C.C. (2d) 441.

Concernant la première exigence, le juge Lamer n'a pas considéré les renseignements confidentiels comme des biens pouvant faire l'objet d'un droit de propriété en droit criminel :

« Il est possible de soutenir, comme le fait le professeur Weinrib dans « Information and Property » (1988), 38 *U.T.L.J.* 117, que les renseignements confidentiels sont des biens aux fins du droit civil. En effet, ils possèdent plusieurs des caractéristiques des autres types de biens: par exemple, un secret industriel, qui est un genre particulier de renseignements confidentiels, peut être vendu; il peut faire l'objet d'une licence ou être légué; il peut aussi faire l'objet d'une fiducie ou être transmis à un syndic de faillite. Dans le domaine commercial, il existe des raisons d'accorder une certaine protection au détenteur de renseignements confidentiels: ceux-ci sont le fruit de travail, d'habileté et de dépenses et leur utilisation non autorisée minerait des efforts productifs qui doivent plutôt être encouragés. Comme le terme « propriété » désigne simplement l'ensemble des droits dont jouit le propriétaire, cette protection pourrait être accordée sous la forme de droits de propriété. Il ressort de la jurisprudence que le droit civil anglais et le droit civil canadien protègent les renseignements confidentiels. Le fondement juridique de cette protection n'a toutefois pas été clairement établi par les tribunaux. Certaines décisions ont traité les renseignements confidentiels comme des biens et ont en conséquence permis au propriétaire d'empêcher autrui de s'en servir: [...]

Il appert que la protection accordée aux renseignements confidentiels dans la plupart des affaires civiles résulte davantage d'une obligation de bonne foi ou de l'existence de relations fiduciaires que d'un droit de propriété. Jusqu'à présent aucun tribunal canadien n'a conclu définitivement que les renseignements confidentiels sont des biens, avec tout ce qu'une telle décision entraînerait comme conséquences sur le plan civil. La jurisprudence nous est donc de peu de secours en l'espèce.

Peut-être qu'un jour les renseignements confidentiels finiront par être considérés comme des biens en droit civil, ou même qu'on adoptera un texte législatif leur accordant une protection légale spéciale. Mais même si les renseignements confidentiels devaient être assimilés à des biens aux fins du droit civil, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils seraient des biens en droit criminel. De même, le fait qu'une chose n'est pas un bien en droit civil n'est pas concluant en ce qui concerne le droit criminel. En effet, *c'est en fonction du droit criminel que doit être tranchée la question de savoir si les renseignements confidentiels sont des biens aux fins du Code criminel* [nos italiques]²⁸¹. »

²⁸¹ *R. c. Stewart*, précité, note 279, 974 à 976.

C'est donc dans le propos du droit criminel et dans son rôle de protection d'ordre public que l'honorable juge Lamer est venu appuyer son raisonnement concernant l'interprétation à donner à l'expression « chose. »

« De plus, pour qualifier les renseignements confidentiels de biens, il faut examiner dans chaque cas les buts et le contexte du droit civil et du droit criminel. Il est compréhensible qu'une personne qui possède des renseignements importants soit désireuse de les protéger contre une utilisation et une reproduction non autorisées. Dans un litige au civil, cette protection peut être offerte par les tribunaux parce qu'ils n'ont qu'à peser les intérêts des parties à l'action. Le droit criminel, par contre, vise à prévenir la perpétration de méfaits contre la société dans son ensemble. Du point de vue social, la question de l'opportunité de protéger les renseignements confidentiels exige qu'on mette dans la balance des intérêts de portée beaucoup plus large que ceux des parties intéressées. Il se peut bien que l'intérêt de la société, par opposition à celui du prétendu propriétaire des renseignements, soit le mieux servi si l'on favorise la libre circulation de l'information et qu'on la rende plus accessible à tous. La société voudrait-elle poursuivre en justice la personne qui divulguerait au public un remède contre le cancer que son inventeur désire garder confidentiel?²⁸² »

Concernant la deuxième exigence relative à la privation, le juge Lamer a fait une association entre privation et chose tangible :

« Bien que cette conclusion suffise pour trancher le pourvoi relativement à l'accusation d'avoir conseillé de commettre un vol, je tiens également à traiter de la seconde restriction applicable à l'expression « une chose quelconque », c'est-à-dire qu'un bien doit pouvoir être pris ou détourné d'une manière qui entraîne une privation pour la victime. Les choses tangibles ne présentent aucune difficulté à cet égard, car on conçoit facilement qu'elles puissent être prises et détournées. Les choses purement intangibles, par contre, comme elles n'ont pas d'existence matérielle, ne peuvent évidemment faire l'objet que d'un détournement; elles ne peuvent être prises. La « prise » d'une chose intangible ne peut se produire que lorsque cette chose fait corps avec un objet tangible, par exemple un chèque, un certificat d'actions ou une liste contenant des renseignements. Toutefois, il ne s'agirait pas alors de la prise de la chose intangible elle-même, mais plutôt de l'objet matériel qui en constate l'existence.

La question est donc de savoir si les renseignements confidentiels sont par leur nature susceptible d'être pris ou détournés. À mon avis, mis à part certaines

²⁸² Id., 977; Selon nous, cette disqualification de l'information à titre de chose pour des motifs d'ordre public n'apparaît pas convaincante lorsqu'on se réfère au droit privé et à l'article 1472 C. c.Q. qui précise que : « Toute personne peut se dégager de sa responsabilité pour le préjudice causé à autrui par suite de la divulgation d'un secret commercial si elle prouve que l'intérêt général l'emportait sur le maintien du secret et, notamment, que la divulgation de celui-ci était justifiée par des motifs liés à la santé ou à la sécurité du public. »

circonstances extrêmement rares et très exceptionnelles, ils ne le sont pas. Comme nous l'avons déjà vu, les renseignements eux-mêmes ne peuvent pas être pris. Quant au détournement, il est défini comme un acte accompli à l'égard d'un bien meuble, qui est incompatible avec le droit d'une autre personne et qui la prive de l'usage et de la possession dudit bien. Les renseignements confidentiels ne sont pas d'une nature telle qu'ils peuvent être détournés parce que, si l'on s'approprie des renseignements confidentiels sans s'emparer d'un objet matériel, par exemple en mémorisant ou en copiant des renseignements ou en interceptant une conversation privée, le prétendu propriétaire ne se voit privé ni de l'usage ni de la possession de ces renseignements. Puisqu'il n'y a pas de privation, il ne peut y avoir de détournement. La victime ne serait alors privée que de la confidentialité des renseignements. Or, selon moi, la confidentialité ne peut faire l'objet d'un vol parce qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'expression « une chose quelconque » définie précédemment²⁸³. »

Il faut donc que le support de cette information confidentielle soit dérobé pour valoir à son auteur une condamnation pour vol. Cette position a fait l'objet de plusieurs commentaires et critiques²⁸⁴ sur lesquels nous ne comptons pas nous attarder.

²⁸³ Id., 979-980.

²⁸⁴ J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, op.cit., note 53, p.51 : « La malhonnêteté qu'impliquent (sic) ces trois comportements est la même. Or la répression criminelle se voit subordonnée à un examen somme toute farfelu de la technique employée par l'accusé. Pis encore, la règle actuelle semble favoriser le criminel accompli qui aura préféré agir sur place afin de ne point laisser de trace de son geste. Il lui suffira de mémoriser ou de transcrire les renseignements plutôt que de s'approprier le support matériel qui les constate. Au criminel fêru de droit pénal, la règle actuelle va jusqu'à dicter la conduite à emprunter pour se soustraire à toute condamnation... »

L'arrêt Stewart a fait l'objet de plusieurs commentaires et analyses chez les auteurs. Voir par exemple: David H. Doherty, "Stewart: When is a Thief not a Thief? When he Steals the 'Candy' but Leaves the 'Wrapper'" (1988) 63 C.R. (3d) 322; où l'auteur fait référence à l'arrêt Carpenter v. Us. Dans cette affaire, la cour est parvenue à la conclusion qu'une information confidentielle peut faire l'objet d'un droit de propriété: "Both courts below expressly refer to the Journal's interest in the confidentiality of the contents and timing of the column as a property right [...] We agree with that conclusion Confidential business information has long been recognized as property [...] "Confidential information acquired or compiled by a corporation in the course and conduct of its business is a species of property to which the corporations has the exclusive right and benefit, and which a court of equity will protect through the injunctive process or other appropriate remedy"[...] The Journal had a property right in keeping confidential and making exclusive use, prior to publication, of the schedule and contents of the "Hearst" column [...] As the court has observed before: "[N]ews matter, however little susceptible of ownership or dominion in the absolute sense, is stock in trade, to be gathered at the cost of enterprise, organization, skill, labour, and money, and to be distributed and sold to those who will pay money for it, as for any other merchandise."[...]

Petitioner's argument that they did not interfere with the Journal's use of the information or did not publicize it and deprive the Journal of the first public use of it, see Reply Brief for Petitioners 6, miss the point. The confidential information was generated from the business, and the business had a right to decide how to use it prior to disclosing it to the public. Petitioners cannot

L'arrêt Desroches²⁸⁵ illustre également cette situation. Dans cette affaire, l'accusé, insatisfait de ses conditions de travail avait décidé de changer d'emploi. Afin d'augmenter ses chances, il s'était emparé de plusieurs documents contenant des renseignements confidentiels. En première instance, l'accusé fut reconnu coupable de vol. En appel, l'accusé arguait que sa condamnation ne pouvait pas être maintenue à la lumière de l'arrêt Stewart²⁸⁶ et des développements qui en découlaient. Selon la défense, des renseignements confidentiels ne pouvaient en aucun temps faire l'objet d'un vol. Quant au support de ces informations, il s'agissait-là d'un bien sans valeur.

La Cour d'appel rejeta cette position :

« Je ne puis accepter cette proposition, comme je ne pourrais accepter que celui qui me volerait une modeste chaise en bois puisse me dire que tout ce qu'il m'a pris c'est quelques barreaux et bouts de bois usagés tout juste bons pour faire une attisée.

Il me semble aussi que je serais victime de vol si un intrus pénétrait dans mon bureau et en repartait avec cette opinion de 15 feuillets que je viens de rédiger à la main et dont je n'ai évidemment aucune copie. Et pourtant, le contenu objectif de cette opinion ce ne sont que des concepts juridiques, des détails tirés des factums, des citations de jurisprudence et de doctrine, toutes choses qui continuent d'exister de fait et qui demeurent disponibles. De cette existence et de cette disponibilité peut-on tirer l'argument qu'on ne m'a rien pris sinon 10 feuilles de papier usagées et de valeur à peu près nulle. Ne suis-je pas privé non seulement du produit matériel de mon travail mais aussi de l'avantage que je suis en droit d'en tirer? J'en suis convaincu.

Ce qui est en cause, c'est toute la valeur qu'ajoute le travail à la matière première, pour produire l'oeuvre. Dans la confection d'une chaise, c'est le temps, l'habileté, l'expérience et le talent de l'artisan. Dans la confection d'une soumission ou autre document élaboré, c'est non seulement le papier, support matériel mais aussi le temps, le talent, les connaissances, l'expérience, la capacité de l'auteur de réunir, organiser et présenter la matière, c'est enfin le produit fini, le résultat de l'ensemble de l'opération. Encore faut-il ajouter que ce document, une soumission par exemple, n'est pas un lot informe de données, de statistiques, de renseignements épars, mais un arrangement préparé d'après un

successfully contend based on Associated Press that a scheme to defraud requires a monetary loss, such as giving the information to a competitor, it is sufficient that the Journal has been deprived of its right to exclusive use of the information, for exclusivity is an important aspect of confidential business information and most private property for that matter.”

²⁸⁵ R. c. Desroches, 1992 CarswellQue 15 (C.A.).

²⁸⁶ R. c. Stewart, précité, note 279.

plan et orienté vers un objectif précis. Ainsi, il se distingue également de l'information brute, générale et accessible à tous.

Dans le cas de la chaise comme dans ceux de la soumission ou de l'opinion, ce qui est en cause c'est, je l'ai dit, le travail qu'on y a investi, mais aussi l'utilité qui en résulte pour son possesseur. Dans tous les cas cette utilité est telle que pour la retrouver, il faut construire une nouvelle chaise, établir une nouvelle soumission, rédiger une nouvelle opinion. La victime se trouve donc privée d'une chose et de l'utilité qu'elle est en droit d'en retirer, c'est un vol.

C'est là aussi une différence essentielle avec les listes d'employés de l'affaire *Stewart*. Elles seraient demeurées en la possession de l'hôtelier, il n'aurait pas eu à les reconstituer, il en aurait conservé toute l'utilité. Seule la connaissance de leur contenu aurait été divulguée²⁸⁷. »

L'infraction de vol, par l'interprétation étroite qu'elle réserve à la notion de chose, se veut donc de bien peu de secours en droit corporatif où une bonne partie de l'actif est composé d'informations (formules, listes de clients...).

b) Les éléments subjectifs

Le vol est une infraction de *mens rea*²⁸⁸. L'intention requise présente plusieurs volets la chose doit avoir été détournée frauduleusement, sans apparence de droit et dans l'une des intentions décrite aux paragraphes a) à d) de l'article 322.

i) frauduleusement

L'expression frauduleusement a été interprétée par les tribunaux comme signifiant que l'accusé doit être conscient qu'il n'a aucun droit dans la chose dérobée.

²⁸⁷ Id., n° 26 à 30.

²⁸⁸ R. c. Vaillancourt, [1984] 2 R.C.S. 636, n°28 : « Cependant, quelle que soit la *mens rea* minimale requise pour l'acte ou le résultat, il existe, quoiqu'ils soient très peu nombreux, des crimes pour lesquels, en raison de la nature spéciale des stigmates qui se rattachent à une déclaration de culpabilité de ceux-ci ou des peines qui peuvent être imposées le cas échéant, les principes de justice fondamentale commandent une *mens rea* qui reflète la nature particulière du crime en question. Tel est le cas du vol dont, selon moi, on ne peut être déclaré coupable que s'il y a preuve d'une certaine malhonnêteté. »

L'expression « frauduleusement » a un sens distinct de l'expression « sans apparence de droit ». Toutefois, dans les faits, cette distinction est difficile à conserver. Comme l'ont fait remarquer les professeurs Gagné et Rainville, les tribunaux, en réaction à cette difficulté ont eu tendance à interpréter le mot « frauduleusement » comme signifiant « malhonnêtement ». Pour cet auteur, le mot « frauduleusement » référerait à une prise de conscience par l'accusé que sa conduite risque de nuire aux intérêts patrimoniaux du véritable propriétaire²⁸⁹. De même, par cette expression, le législateur se trouve à exclure la simple négligence.

ii) sans apparence de droit

L'apparence de droit fait référence à une croyance sincère mais erronée quant au fait de posséder un droit dans le bien dérobé. Cet élément ouvre ainsi la porte à la défense d'erreur de fait.

Qu'en est-il de la défense d'erreur de droit? Considérant l'article 19 du Code criminel, le premier réflexe serait de répondre que cette défense n'est pas recevable. L'état du droit n'est cependant pas encore stable à ce sujet. Les professeurs Gagné et Rainville²⁹⁰ répertorient, à ce sujet, deux écoles de pensée : l'école restrictive dont l'arrêt Shymkowich²⁹¹ représente le meilleur exemple, ainsi que l'école libérale.

²⁸⁹ J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op.cit.*, note 53, p.62 : «Il nous semble possible de définir le mot « frauduleusement » de façon à ce qu'il se distingue des mots l'enserrant à l'article 322 C.Cr. tout en lui faisant connoter un élément de turpitude morale. Il suffit de le définir comme l'exigence que l'accusé ait eu conscience de risquer de nuire aux intérêts patrimoniaux de la victime.»

²⁹⁰ *Id.*, p.80 à 82.

²⁹¹ R. c. Shymkowich, [1954] R.C.S. 606.

L'école restrictive n'admet pas l'erreur de droit comme un moyen de défense valable. L'école libérale, elle, interprète les mots « apparences de droit » comme comprenant autant les erreurs de fait que les erreurs de droit.

Afin d'évaluer la sincérité de la croyance on aura dans la plupart des cas recours à un critère subjectif.

iii) dans l'intention de priver

Cet ajout fait en sorte que le vol fait partie des infractions dites d'intention spécifique par opposition aux infractions d'intention générale. Ceci suppose que l'intention doit aller au-delà de la simple commission de l'infraction. Le geste doit avoir été accompli à une fin particulière à savoir de priver quelqu'un.

c) L'éclairage du droit en matière de vol par le droit commercial ou relecture du droit criminel

L'infraction de vol est une infraction visant précisément le droit de propriété. Dans le cas des administrateurs de compagnie, en ce qui a trait à l'information que ceux-ci colligent dans l'exercice de leurs fonctions, le devoir de respecter la propriété de la compagnie tel que compris à l'article 323 C.c.Q. relève davantage de leur obligation de loyauté et d'honnêteté que d'une obligation de respecter le droit de propriété en tant que tel.

Le droit relatif au vol ne se préoccupe pas des rapports unissant la victime au voleur, il ne fait que se concentrer sur la violation du droit de propriété. C'est pourquoi la Cour suprême a refusé de faire entrer en ligne de compte les obligations fiduciaires

dans son interprétation de l'expression « chose ». En témoignent les propos suivants du juge Lamer :

« Il appert que la protection accordée aux renseignements confidentiels dans la plupart des affaires civiles résulte davantage d'une obligation de bonne foi ou de l'existence de relations fiduciaires que d'un droit de propriété. Jusqu'à présent aucun tribunal canadien n'a conclu définitivement que les renseignements confidentiels sont des biens, avec tout ce qu'une telle décision entraînerait comme conséquences sur le plan civil. La jurisprudence nous est donc de peu de secours en l'espèce²⁹². »

Certes il existe des cas de vol visant particulièrement les devoirs « fiduciaires ». C'est le cas du crime d'abus de confiance criminel prévu à l'article 336 C.cr. Cette infraction ne peut cependant pas s'appliquer aux administrateurs du Québec. En effet, le crime d'abus de confiance fait référence à la définition de fiduciaire prévue à l'article 2 C.cr. or, selon les termes même de l'article 2, la relation fiduciaire doit découler d'une fiducie explicite. C'est donc dire que c'est dans la loi ou dans un contrat que prendra naissance cette obligation. Au Québec, les administrateurs étant des mandataires aux yeux de la loi, ils échappent donc au régime de l'article 336 C.cr.

L'occasion d'affaires découlant d'informations, il va de soi qu'un administrateur ne pourra être reconnu coupable dans le contexte actuel à moins que ce dernier ait dérobé le support matériel constatant ces informations, ce qui au regard de la technologie actuelle reste fort peu probable.

c) Synthèse

²⁹² R. c. Stewart, précité, note 279, 975 et 976.

Bien que les développements récents du droit criminel s'inscrivent dans une tendance laissant plus de place à la moralité contractuelle, il demeure que c'est la privation subie par la victime qui occupe une place centrale dans la répression des infractions économiques du droit criminel²⁹³. Le tout se comprend mieux lorsque l'on pense que le droit criminel se doit d'être clair et précis afin de fournir un avertissement raisonnable aux citoyens, exigence à laquelle n'est pas soumis le droit corporatif.

²⁹³ J. GAGNÉ et P. RAINVILLE, *op.cit.*, note 53, p.182 « Le droit criminel n'a pas pour mission de susciter l'émulation. Il se doit d'être plus modeste et réaliste. Il se contente donc de sévir à l'encontre des comportements qui dénotent une malhonnêteté avérée. »

CONCLUSION

La malhonnêteté ne peut se comparer sans garder en tête les missions, mais également les objets différents du droit corporatif et du droit criminel. En effet, alors que le droit corporatif a pour seul et unique objet la réalité corporative et cible principalement la survie, le développement et la croissance de l'entreprise, le droit criminel a des visées beaucoup plus larges, se concentrant sur la protection du patrimoine de tous et chacun. Il regroupe ainsi une panoplie de conduites qui ne se campent pas toutes dans le contexte des relations d'affaires. Cette situation se répercute sur la définition même de la malhonnêteté. Il demeure néanmoins que certains arrêts, telle l'affaire Zlatic²⁹⁴, traduisent une certaine volonté de la part de la Cour suprême d'adapter les crimes économiques à la réalité du monde des affaires, bien que maladroitement par certains moments.

Ainsi, par le choix des exemples de conduites malhonnêtes auxquelles elle s'est référée, la Cour suprême dénonce clairement le manque de loyauté de la part des administrateurs. La notion d'intérêt de la compagnie présente donc toute sa pertinence et sert de guide aux tribunaux dans leur dépistage des conduites fautives.

La malhonnêteté gravite donc autour de la notion de l'intérêt de la compagnie, et ce, tant en droit criminel qu'en droit corporatif. La différence quant à la compréhension

²⁹⁴ R. c. Zlatic, précité, note 7

de ce dernier concept est cependant au cœur de certaines distinctions entre les deux domaines. Cette situation découle du fait que la propriété n'est pas évaluée de la même façon par le droit criminel et le droit corporatif.

En effet, que l'on comprenne la notion d'intérêt de la compagnie comme « l'atteinte des objets pour laquelle la compagnie a été formée » ou comme visant la maximisation de la valeur de la société²⁹⁵, il demeure que « l'avoir » occupe une place centrale dans l'appréciation des conduites et dans la détermination de leur impact sur l'intérêt de la compagnie. La protection du patrimoine se trouve donc reléguée à l'avant plan des agendas du droit corporatif et du droit criminel. Toutefois, la notion « d'avoir » en droit criminel ne se définit pas en relation avec les principes du droit civil. L'interprétation du terme « chose » à l'occasion de l'arrêt Stewart en est un exemple. La privation étant étroitement liée avec « l'avoir », il n'est pas surprenant que la place que les tribunaux lui accordent ne soit pas la même. Il serait en effet faux d'affirmer que la privation n'a pas d'importance en droit corporatif. Cependant, puisque l'actif de la compagnie regroupe autant les biens actuels que futurs, le droit corporatif permet de sévir avant même que la compagnie ne subisse une perte concrète. La privation future n'existant pas en droit criminel, l'usurpation d'une occasion d'affaires ne pourra pas faire l'objet d'une poursuite publique.

²⁹⁵ Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise, précité, note 11, n° 42 : « [...] Pour ce qui est de l'obligation fiduciaire prévue par la loi, il est évident qu'il ne faut pas interpréter l'expression « au mieux des intérêts de la société » comme si elle signifiait simplement « au mieux des intérêts des actionnaires ». D'un point de vue économique, l'expression « au mieux des intérêts de la société » s'entend de la maximisation de la valeur de l'entreprise. »

Ainsi, les conflits horizontaux identifiés par le droit corporatif, puisqu'ils ne mettent pas directement en jeu l'actif de la compagnie, ne trouvent pas en droit criminel d'équivalent. Les conflits verticaux, parce qu'ils se concentrent sur l'action des dirigeants sur la compagnie et résultent souvent en une certaine privation, rejoignent davantage le sens de la malhonnêteté dégagé en droit criminel.

Récemment, à l'occasion de l'arrêt Boulangier²⁹⁶, la Cour suprême, appelée à se prononcer sur les éléments matériels de l'abus de confiance d'un fonctionnaire s'exprimait ainsi :

« Il est certain qu'une description de l'infraction qui tenterait de la restreindre à des actes ou omissions précis ne permettrait pas de prévoir toutes les circonstances pouvant constituer un abus de confiance par un fonctionnaire. Cela dit, *tout* manquement aux normes de conduite applicables, quelle qu'en soit la gravité, ne constituera pas nécessairement un abus de confiance. Par exemple, il se peut que l'utilisation de l'ordinateur de bureau à des fins personnelles aille à l'encontre d'une ligne directrice relative à l'emploi, mais ce n'est pas du même ordre que l'abus de confiance. La notion d'abus de confiance par un fonctionnaire perdrait son sens si le seuil était placé aussi bas. Un tel seuil ne tiendrait pas compte non plus des règlements, lignes directrices et codes d'éthique auxquels les fonctionnaires sont assujettis et dont beaucoup prévoient de lourdes sanctions disciplinaires²⁹⁷. »

Bien que rendu dans le contexte de l'article 122 C.cr.²⁹⁸, cet arrêt demeure selon nous d'une grande pertinence pour notre analyse. Rappelons en effet que le libellé de

²⁹⁶ R. c. Boulangier, 2006 CSC 32.

²⁹⁷ Id., n°50.

²⁹⁸ L'article 122 C.cr. se lit comme suit « Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans tout fonctionnaire qui, relativement aux fonctions de sa charge, commet une fraude ou un abus de confiance, que la fraude ou l'abus de confiance constitue ou non une infraction s'il est commis à l'égard d'un particulier. »

l'article 122 sanctionne l'accomplissement d'une fraude ou d'un abus de confiance dans l'accomplissement d'une charge publique. Or, que la fraude ait pris naissance en contexte public ou privé ne devrait pas avoir d'incidence sur la détermination de la malhonnêteté qui y est sous-jacente. Le fonctionnaire comme l'administrateur bénéficient de larges pouvoirs en matière décisionnelle qui se doivent d'être encadrés par diverses règles. Le passage précité se veut le constat de cette réalité et réitère la volonté du plus haut tribunal de ne pas réduire indûment la portée des infractions de fraude par une définition précise du type de conduite sanctionnée. Il ne faudrait donc pas s'attendre dans les prochaines années à une définition précise de la malhonnêteté. Nous croyons néanmoins que certaines précisions furent fournies relativement à ce qui peut faire basculer une conduite fautive du droit corporatif au droit criminel.

En effet, dans cette affaire, un directeur de la sécurité publique, avait demandé à ce qu'un policier prépare un 2^e rapport plus détaillé, suite à l'accident de sa fille, afin de lui éviter de payer une franchise de 250\$.

Il y fut décidé qu'une telle conduite ne pouvait faire l'objet d'une poursuite en droit criminel. La Cour suprême y affirma que le droit criminel ne visait pas à sévir à l'encontre des simples erreurs de jugement :

« Les fonctionnaires doivent répondre de leurs actions devant le public d'une façon qui ne s'impose peut-être pas aux acteurs privés. Toutefois, cela n'a jamais voulu dire qu'ils étaient tenus à la perfection sous peine d'être déclarés coupables d'actes criminels; les « simples erreurs » et les « erreurs de jugement » ont toujours été exclues de l'infraction. Il faut davantage pour établir l'infraction d'abus de confiance par un fonctionnaire. La conduite en cause doit s'accompagner de la *mens rea* requise et elle doit aussi être suffisamment grave pour passer du domaine de la faute administrative à celui du comportement criminel. Cette préoccupation se reflète clairement dans

l'exigence de gravité énoncée dans *Shum Kwok Sher* et dans *Attorney General's Reference*. Il faut [TRADUCTION] « une conduite si éloignée des normes acceptables qu'elle équivaut à un abus de la confiance du public envers le titulaire de la charge ou de l'emploi public. » (*Attorney General's Reference*, par. 56). Comme il est mentionné dans *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3, « [e]n droit, nul n'est inconsidérément qualifié de criminel »²⁹⁹ (p. 59). »

Suivant ce passage, une conduite fautive en droit corporatif sera malhonnête en droit criminel si elle constitue un écart marqué face à celle qu'aurait adoptée une personne diligente de même que si elle occasionne une perte à la compagnie. Il faudra également que la conduite de l'administrateur s'accompagne d'un état d'esprit particulier. À ce titre, la Cour fit la remarque suivante :

« Dans les anciennes affaires de common law, l'élément moral de la faute dans l'exercice d'une charge ou d'un emploi public était imprécis et il variait d'une affaire à l'autre. Cependant, les juges des tribunaux de common law ont toujours insisté sur l'existence d'une quelconque intention vile ou malhonnête. Celle-ci est décrite sous différents termes: malhonnêteté, corruption, partialité, abus. Mais ces termes expriment tous le même souci, à savoir que les fonctionnaires, investis de fonctions à accomplir pour le bien public, s'en acquittent honnêtement et dans l'intérêt public et qu'ils n'abusent pas de leur charge pour des motifs illicites, notamment la corruption³⁰⁰. »

Le droit criminel des affaires est relativement récent mais certainement appelé à prendre de l'ampleur au cours des prochaines années. En effet, les modifications récentes apportées au Code criminel et la création de neuf escouades connues sous le nom des équipes intégrées des marchés financiers donneront sans aucun doute lieu à nombre de débats intéressants.

²⁹⁹ R. c. Boulanger, précité, note 296, n° 52.

³⁰⁰ Id., n° 55.

Ces équipes créées par la loi C-13 sont composées d'enquêteurs spécialisés en matière de crimes économiques ainsi que de juricomptables et de conseillers juridiques. Elles ont leur siège à Vancouver, Toronto, Ottawa, Montréal, et Calgary.

Elles devront être en mesure de mener des enquêtes relatives notamment à la fraude, au vol, aux commissions secrètes et aux délits d'initiés pour ne nommer que ces infractions.

Vu le manque de recul face aux événements récents, nous considérons que le législateur devrait éviter de céder à cette ère de panique. Comme le fait remarquer à juste titre le professeur Rousseau :

« En filigrane de ce débat se retrouve une discussion sur le rôle de la règle de droit dans l'encadrement de la gouvernance des sociétés. D'une part, nous retrouvons ceux qui préconisent un rôle plus directif pour la règle de droit en favorisant l'adoption de dispositions impératives en matière de gouvernance. D'autre part, se situent ceux qui conçoivent le rôle de la règle de droit comme étant d'instaurer un cadre permissif propice à l'autoréglementation. Bien que très pertinent, ce débat se déroule au regard d'événements particuliers qui sont survenus au moment de l'éclatement de l'une des plus importantes bulles spéculatives de l'histoire financière. Or, nous devons reconnaître qu'il est risqué de prendre des décisions de politiques législatives dans ces circonstances en se fondant sur certains cas pathologiques dont le caractère représentatif demeure incertain³⁰¹. »

³⁰¹ Stéphane ROUSSEAU, « La gouvernance d'entreprise à la croisée des chemins comment restaurer la confiance des investisseurs à la suite de l'affaire Enron? », dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Développements récents en droit des affaires (2003), vol. 187, Cowansville, Éditions Yvon Blais 2003, 23, p.37.

Le tout mérite un certain dosage. S'il est vrai que ces excès mettent en relief certaines failles du système corporatif et appellent à la réflexion, agir de façon précipitée ne mènera qu'à une chasse aux sorcières. Notre économie est loin d'en avoir besoin....

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et recueils

BAUDOUILN, J.-L. et P.-G. JOBIN, Les obligations, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, Dictionnaire de droit privé, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, Le vol et la fraude, Document de travail 19, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1977.

CRÊTE, R. & S. ROUSSEAU, Droit des sociétés par actions, Montréal, Éditions Thémis, 2002.

ELLIS, M.V., Fiduciary Duties in Canada, Ontario, DeBoo, 1988.

EWART, J.D., Criminal Fraud, Toronto, Carswell, 1986.

FABIEN, C., «Le nouveau droit du mandat», dans La réforme du code civil, vol.2, Textes réunis par le Barreau et la Chambre des notaires, Québec, P.U.L., 1993.

FORTUGNO, P., «Les opérations d'initiés et l'usage de l'information privilégiée», Conférences Commémoratives Meredith, Le droit des affaires face au droit pénal, Cowansville, Yvon Blais, 1990.

GAGNÉ, J. et P. RAINVILLE, Les infractions contre la propriété : le vol, la fraude et certains crimes connexes, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996.

GIGUÈRE, M., Les devoirs de dirigeants de sociétés par actions, Québec, P.U.L., 1967.

HÉBERT, J.-C., Droit pénal des affaires, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002.

LAUZON, Y., « La perception judiciaire des devoirs des administrateurs de personnes morales quel progrès », Développements récents en droit commercial (1998), Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

LLUELLES, D., Droit québécois des obligations, vol. 1, Cowansville, Éditions Thémis, 1998.

MARTEL, M. et P. MARTEL, La compagnie au Québec, « Les aspects juridiques », Montréal, Wilson & Lafleur/Martel ltée, 2004.

MCLACHLIN, B., «Le droit et la moralité», dans Pierre-Paul CÔTÉ et Christiane DUBREUIL (dir.), La morale et le droit des affaires-Les Journées Maximilien Caron, Montréal, Thémis, 1993.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, Commentaires du ministre de la justice : le Code civil du Québec, un mouvement de société, t.1, Québec, Publications du Québec, 1993.

NIGHTINGALE, B.L., The law of fraud and related offences, Toronto, Carswell, 1996.

OFFICE DE LA RÉVISION DU CODE CIVIL DU QUÉBEC, Rapport sur le code civil du Québec, vol. 1, Québec, Éditeur Officiel, 1978.

PROULX, M., «Le concept de la malhonnêteté dans la fraude pénale», dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Droit pénal-Orientations nouvelles, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1987.

REID, H., Dictionnaire du droit québécois et canadien, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.

ROSENBERG, M., «Corporate Fraud», dans Conférences Commémoratives Meredith, Le droit des affaires face au droit pénal, Cowansville, Yvon Blais, 1990.

ROUSSEAU, S., « La gouvernance d'entreprise à la croisée des chemins comment restaurer la confiance des investisseurs à la suite de l'affaire Enron? », dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Développements récents en droit des affaires (2003), vol. 187, Cowansville, Éditions Yvon Blais 2003, 23.

VANDUZER, J.A., The law of partnership and corporations, 2^e éd., Concord, Irwin Law, 2003.

WELLING, B., Corporate Law in Canada: The Governing Principles, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1991.

Articles de revue

BACHER, J.L., «Les velléités normalisatrices de la Cour suprême en matière d'échanges économiques: fraude et sens du risque», (1999) 14 R.C.D.S. 131.

BOISVERT, A.-M., «La fraude criminelle: Sommes-nous allés trop loin?», (1995) 40 R.D. McGill 415.

CRÊTE, R. et M. WEISS, «Qu'est-ce qu'une information privilégiée en matière d'opération d'initiés? Les suites de l'affaire Memotec», (1989) 15 Can.Bus.L.J. 385.

DAVIS, K. et J. ROY, «Fraud in the Canadian Courts: an unwarranted expansion of the scope of the criminal sanction», (1998) 20 Can.Bus.L.J. 210.

DOHERTY, D.H., "Stewart: When is a Thief not a Thief? When he Steals the 'Candy' but Leaves the 'Wrapper' ", (1988) 63 C.R. (3d) 322.

HÉBERT, J.-C., «La responsabilité pénale des organisations», Montréal, Hôtel Hyatt Regency, 13 et 14 septembre 2004. [non-publié].

IACONO, Michelangelo, « The strict Ethic of the Equitable Principle A comment on Canadian Aero Service v. O'Malley », 21 McGill L.J. 445.

KING, G. W., "Extending Fiduciary Principles to the Director-Creditor Relationship: A Canadian Perspective", (2002) 29 Man. L.J. 243.

MITCHELL, L.E., "A Theoretical and Practical Framework for Enforcing Corporate Constituency Statutes", (1992) 70 Tex. L. Rev. 579.

NEUMANN VU, S., «Corporate criminal liability : patchwork verdicts and the problem of locating a guilty agent », (2004) Colum. L. Rev. 459.

QUAID, J. A., «The Assessment of Corporate Criminal liability on the basis of corporate identity: An analysis», (1998) 43 R.D. McGill 67.

ROUSSEAU, S., «The duties of Directors of Financially Distressed Corporations: A Quebec Perspective On the Peoples Case (2004) 39 Rev. can. dr. comm. 368.

SIMMONDS, R.L., «Commentary-Penaliability for Insider Trading in Canada : Commission des Valeurs mobilières c. Blaikie », (1988) 14 C.B.L.J. 477.

Insider trading Task Force, «Illegal Insider trading in Canada: Recommendations on Prevention, Detection and Deterrence» Novembre 2003.

Discours du Trône 2002, 30 septembre 2002 (http://www.sft-ddt.gc.ca/vnav/06_2_f.htm).

Table des jugements

373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal, [2002] 4 R.C.S. 312.

2550-4366 Québec Inc. c. G.E.S.R.D. INC., 2001 CarswellQue 1776 (C.S.).

Air Canada c. M & L Travel Ltd., [1993] 3 R.C.S. 787.

Allen c. Gold Reefs of West Africa, [1900] 1 Ch. 656.

Avoine c. Gareau, [1999] R.J.Q. 2122 (C.Q.).

Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng, [1989] 2 R.C.S. 429.

Bâtiments J.D.L. inc. c. Lamoureux, [1995] R.R.A. 1067.

Biron c. Poirier, [1978] C.S. 1631.

Bissonnette c. Banque Nationale du Canada, [1993] R.L. 234 (C.A.).

Boma Manufacturing Ltd. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce, [1996] 3 R.C.S. 727.

Buanderie centrale de Montréal Inc. c. Montréal (Ville), [1994] 3 R.C.S. 29.

Caisse populaire Desjardins Terrebonne c. Bibeau, 1995 CarswellQue 2049 (C.S.).

Canadian Aero Service c. O'Malley, [1974] R.C.S. 592.

Canadian Dredge and Dock Co. c. R., [1985] 1 R.C.S. 662.

Commission des valeurs mobilières du Québec c. Blaikie, [1988] R.J.Q. 1461.

Commission des valeurs mobilières c. Szaszkievicz, [1989] R.J.Q. 458.

Corp. des maîtres électriciens du Québec c. Clément Jodoin Electricque inc., J.E.2000-548 (C.S.).

Cox and Paton, [1963] R.C.S. 500.

Demers c. Investmont 2000 ltée, [2004] R.J.Q. 2909.

Duchesne c. Labbé, [1973] C.A. 1002.

Entreprises Rock Ltée (In re), [1986] R.J.Q. 2671 (C.S.).

Foss c. Harbottle, 67 E.R. 189 (H.L.).

Greenhalgh c. Ardenne Cinemas Ltd, [1951] Ch. 286 (R.-U. CA).

Hodgkinson c. Simms, [1994] 3 R.C.S. 377.

Industrielle et financière Holding Genève S.A. c. Hydroforce Québec ltée, 1998 CarswellQue 1358 (C.S.).

La Compagnie de pulpe de Métabetchouan c. Paquet, (1906) 29 C.S. 211.

Laforce c. Perron, 2002 CarswellQue 1258 (C.S.).

Lagacé c. Lagacé, [1966] C.S.489.

Leclerc c. Ringuette, B.E., 2002 BE-203 (C.S.).

Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise, [2004] 3 R.C.S. 461.

Multiple Access Ltd. c. McCutcheon, [1982] 2 R.C.S. 161.

Peluso c. Réalisations Mont-Chatel Inc., [1998] R.J.Q. 2245 (C.A.).

Peoples Department Stores inc. c. Wise, 2003 CarswellQue 145 (C.A.).

Prosig Informatique Inc. c. Lebel, 1990 CarswellQue 1550 (C.S.).

R. c. Allsop, (1976) 64 Cr. Ap. R. 29(C.A. Ang.).

R. c. Arnold, [1992] 2 R.C.S. 208.

R. v. Bennett, [1989] B.C.J. (Quicklaw) No. 1884 (Prov. Ct.).

R. c. Black, (1983) 5 C.C.C. 313 (C.A. Ont.).

R. c. Boulanger, 2006 CSC 32.

R. c. Desroches, 1992 CarswellQue 15 (C.A.).

R.c. Émond, (1997) 117 C.C.C. (3d) 275 (C.A.).

R. v. Hudec, 1992 CarswellOnt 3501 (Ont. Ct of Just.).

R. c. Kelly, [1992] 2 R.C.S. 170.

- R. c. Knowles, (1979) 51 C.C.C. (2d) 237 (C.A. Ont.).
- R. v. Lazeo, (2000) 147 C.C.C. (3d) 388 (C.A. Colombie-Britannique).
- R. v. Littler (1975) 27 C.C.C. (2d) 234 (C.A.).
- R. c. Lohnes, [1992] 1 R.C.S. 167.
- R. c. Marquardt, (1972) 6 C.C.C. (2d) 372 (C.A. C.-B.).
- R. v. Milec, (1996), 110 C.C.C. (3d) 439 (C.A. Ontario).
- R. c. Milne, [1992] 1 R.C.S. 697.
- R. c. Olan, [1978] 2 R.C.S. 1175.
- R. c. Rosen, (1979) 55 C.C.C. (2d) 342 (C. Ct. Ont.).
- R. c. Salvo, [1980] V.R. 401.
- R. c. Scallen, (1974), 15 C.C.C. (2d) 441.
- R. c. Schmouth, [2004] A.Q. (Quicklaw) no.862 (C.Q.).
- R. c. Shymkowich, [1954] R.C.S. 606.
- R. c. Sinclair [1968] 3 ALL. ER 241.
- R. c. Skoke-Graham, [1985] 1 R.C.S. 106.
- R. c. Stewart, [1988] 1 R.C.S. 983.
- R. c. Théroux, [1993] 2 R.C.S. 5.
- R. c. Vaillancourt, [1984] 2 R.C.S. 636.
- R. c. Wagman 60 C.C.C. (2d) 23.
- R. c. Zlatic, [1993] 2 R.C.S. 29.
- Re London & Globe Finance Corp Ltd, [1903] 1 Ch. 728.
- Real Canadian Superstore (Saskatchewan) c. UFCW Local 1400, 1998 CarswellSask. 759.
- Regal (Hastings) Ltd. c. Gulliver, [1942] All E.R. 378.

Salomon c. Salomon & Co., [1897] A.C. 22 (H.L.).

Scandia shipping agencies Ltd. c. Ashraf, 1988 CarswellQue 1243, n°4 (C.S.).

Scott v. Metropolitan Police Commissioner, 1975 A.C. 819.

Thompson c. Sénécal, [1894] 3 B.R. 455.

Vêtements D.Z. c. Rossignol, 1997 CarswellQue 4226 (C.Q.).

Vézina et Côté c. La Reine, [1986] 1 R.C.S. 2.

Table de la législation**Textes québécois**

Code civil du Québec, L.R.Q., c. C-1991.

Code de procédure civile, L.R.Q. c. C-25.

Loi sur les Compagnies, L.R.Q. c. C-38.

Loi sur les Valeurs mobilières, L.R.Q. c. V-1.

Textes fédéraux

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46.

Loi canadienne sur les Sociétés par actions, L.R.C. (1985), c. C-44.