

Bank of Montreal Appellant

v.

Philippe Kuet Leong Ng Respondent

and

Elizabeth Tan Yan Wong Mis en cause

and

**Pierre Shin Pong and Bank of Montreal
Tiers-saisis**

INDEXED AS: BANK OF MONTREAL v. KUET LEONG NG

File No.: 20473.

1989: March 16; 1989: September 28.

Present: Lamer, Wilson, La Forest, Gonthier and
Cory JJ.ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Contracts — Employment contract — Mandate — Breach of employee's obligation of honesty and loyalty toward his employer — Trader employed by bank to purchase and sell foreign currencies — Trader making transactions for his own benefit using bank's funds and making transactions on behalf of bank's clients but requesting secret commission — Whether bank may recover profits made by trader — Whether trader considered a mandatary of the bank — Civil Code of Lower Canada, arts. 411, 1713.

The respondent was employed by the appellant as its chief foreign currency trader for Quebec. His principal function was to purchase and sell foreign currencies on behalf of the appellant. He was also called upon to give advice and make foreign exchange transactions on behalf of major clients of the appellant. He was authorized on his own initiative to commit the appellant in respect of foreign currency transactions up to a limit of \$40,000,000 per day. The respondent, in the course of his activities, carried out transactions which enabled him to realize large profits. These transactions fell into two categories: first, transactions for the account of a client, without the client's knowledge, and made in fact for the respondent's own account using appellant's funds. There were also smaller transactions in the name of the respondent's sister. Second, transactions made for two of appellant's clients on the secret condition that he receive one half of any trading profits. Respondent's actions

Banque de Montréal Appelante

c.

Philippe Kuet Leong Ng Intimé

a

et

Elizabeth Tan Yan Wong Mise en cause

et

b

**Pierre Shin Pong et Banque de Montréal
Tiers-saisis**RÉPERTORIÉ: BANQUE DE MONTRÉAL c. KUET
LEONG NG

c

N° du greffe: 20473.

1989: 16 mars; 1989: 28 septembre.

Présents: Les juges Lamer, Wilson, La Forest, Gonthier
d et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrats — Contrat de travail — Mandat — Manquement à l'obligation d'honnêteté et de loyauté de l'employé envers son employeur — Cambiste au service de la banque pour acheter et vendre des devises étrangères — Le cambiste a effectué des opérations pour son propre profit en utilisant les fonds de la banque, ainsi que des opérations pour des clients de la banque moyennant des commissions secrètes — La banque peut-elle recouvrer les profits réalisés par le cambiste? — Le cambiste est-il considéré mandataire de la banque? — Code civil du Bas-Canada, art. 411, 1713.

L'intimé était au service de l'appelante en qualité de cambiste en chef pour le Québec. Il avait pour fonction principale l'achat et la vente de devises étrangères pour le compte de l'appelante. Il était aussi appelé à donner des avis et à effectuer des opérations de change pour le compte de clients importants de l'appelante. Il était autorisé, de sa propre initiative, à engager l'appelante à l'égard des opérations de change jusqu'à concurrence de 40 000 000 \$ par jour. L'intimé, dans l'exercice de ses fonctions, a effectué des opérations qui lui ont permis de réaliser pour son propre compte des profits considérables. Ces opérations se divisent en deux catégories: premièrement, des opérations pour le compte d'un client à l'insu de ce dernier, qui étaient effectuées en réalité pour le propre compte de l'intimé à l'aide des deniers de l'appelante. Il y avait aussi quelques opérations de moindre importance au nom de la sœur de l'intimé. Deuxièmement, des opérations effectuées pour deux clients de

contravened the ethical regulations imposed upon the appellant's employees and his employment was terminated. The appellant then instituted an action against the respondent to recover the profits. The appellant did not allege any loss or damage attributable to the acts of the respondent. The Superior Court dismissed the action and the judgment was affirmed by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed.

With respect to the first group of transactions, inasmuch as these were carried out contrary to the employer's instructions and, therefore, without authority by the respondent for his own benefit, using the appellant's funds, the respondent was in the position of a possessor in bad faith (art. 411 C.C.L.C.) and was obligated to remit to the appellant not only the capital of the funds which he used, but also any increase in value and fruits thereof. In effect, he appropriated to himself funds of the appellant fraudulently and without colour of right and has no legal title to the benefits of his fraud.

With respect to the second group of transactions, although the respondent's entitlement to the profits was by reason of a private arrangement with the clients, the trading itself which produced the profits was conducted by the respondent acting in the course of his employment and as representative of the appellant. Whether the respondent's relationship with the appellant be characterized purely as one of lease and hire of services, that is of employer and employee, or one of mandate in this respect, the fact remains that the respondent was acting in a representative capacity for the appellant, carrying on its business. (This is also true for the first group of transactions carried on for his own benefit under fictitious names.) Under these circumstances, the principle set forth in art. 1713 C.C.L.C., whereby the mandatary is bound to render an account of his administration and to deliver and pay over all that he has received under the authority of the mandate, even if it were not due, must be given effect to. This obligation, while expressly imposed by art. 1713 dealing with the contract of mandate, attaches rather to the underlying function and relationship between the parties to the contract. It indeed gives effect to a much broader policy of the civil law for the protection of honesty and good faith in the execution of contracts, including contracts of employment. An employee's obligation of good faith encompasses, at a minimum, conscientious execution of his contractual obligations. The intensity of the employee's obligation of good faith increases with the

l'appelante à la condition secrète que l'intimé touche la moitié des profits réalisés. Les actes de l'intimé contrevenaient aux règles de déontologie imposées aux employés de l'appelante et il a été congédié. L'appelante a alors engagé une action contre l'intimé pour recouvrer les profits réalisés. L'appelante n'a pas allégué l'existence d'un préjudice ou de dommages imputables aux actes de l'intimé. La Cour supérieure a rejeté l'action et son jugement a été confirmé par la Cour d'appel.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

En ce qui concerne le premier groupe d'opérations, dans la mesure où elles ont été effectuées contrairement aux instructions de l'employeur, et par conséquent sans que l'intimé soit autorisé à les effectuer, pour son propre compte, à l'aide des deniers de l'appelante, l'intimé se trouvait dans la situation du possesseur de mauvaise foi (art. 411 C.c.B.-C.) et il était tenu de remettre à l'appelante non seulement le principal des fonds utilisés, mais aussi sa plus-value et ses fruits, le cas échéant. De fait, il s'est emparé des deniers de l'appelante frauduleusement et sans apparence de droit, et il n'a aucun droit aux bénéfices de sa fraude.

Pour ce qui est du second groupe d'opérations, même si le droit de l'intimé aux profits réalisés procédait d'une entente intervenue privément avec les clients, les opérations de change elles-mêmes dont découlent les profits ont été effectuées par l'intimé dans le cadre de son emploi et en sa qualité de représentant de l'appelante. Peu importe que les rapports entre l'intimé et l'appelante soient qualifiés simplement de louage de services, c'est-à-dire de rapports entre employeur et employé, ou de mandat à cet égard, il reste que l'intimé agissait en qualité de représentant de l'appelante, voyant aux affaires de celle-ci. (Cela s'applique aussi à la première catégorie d'opérations que l'intimé a effectuées pour son propre compte sous des noms fictifs.) Dans ces circonstances, il faut appliquer le principe énoncé à l'art. 1713 C.c.B.-C., selon lequel le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de remettre et payer au mandant tout ce qu'il a reçu sous l'autorité de son mandat, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au mandant. Cette obligation, bien qu'elle soit expressément imposée par l'art. 1713 qui traite du mandat, se rattache plutôt à la fonction et aux rapports sous-jacents entre les parties au contrat. En réalité, elle met à exécution un principe beaucoup plus général du droit civil qui vise à garantir l'honnêteté et la bonne foi dans l'exécution des contrats, y compris les contrats de travail. L'obligation de bonne foi qui incombe à l'employé comprend, à tout le moins, l'exécution consciencieuse de ses obligations contractuelles. L'intensité de l'obligation de bonne foi imposée à

responsibility attached to the position held by the employee.

In this case, to allow the respondent to retain the profits would go contrary to the principle that no one should profit from his own wrongdoing. Respondent's actions constituted a breach of good faith and loyalty and indeed an appropriation by the respondent to his own benefit of services which he had committed to the appellant. His status as an employee does not signify that the respondent need not, like senior officers or directors, account for his conduct. If good faith is the foundation of every contract of employment, it requires that to each measure of trust and authority placed in the employee correspond a like measure of responsibility and obligation. A senior employee, such as the respondent, who enjoys control over large sums of the employer's money must be held accountable for his disposition of those funds and is required to turn over to the employer profits made through the abuse of his position. Without such accountability, the respondent's commitment to execute in good faith his obligations under the contract of employment is without substance, just as the mandatary's obligation to exercise the skill and care of a prudent administrator would be empty without the obligation to render an account of his administration, or the director's obligation to act in the best interests of the corporation would be meaningless if the director was not required to disgorge profits gained in breach of that obligation.

Cases Cited

Referred to: *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Thompson v. Sénécal* (1894), 3 Q.B. 455; *McDonald v. Rankin* (1890), 7 M.L.R. 44 (S.C.); *Giguère v. Colas* (1915), 48 C.S. 198; *Entreprises Rock Ltée (In re): Nozetz v. Habitations C.J.C. Inc.*, [1986] R.J.Q. 2671; *N.F.B.C. National Financial Brokerage Center Inc. v. Investors Syndicate Ltd.*, [1986] R.D.J. 164; *Resfab Manufacturier de Ressort Inc. v. Archambault*, [1986] R.D.J. 32.

Statutes and Regulations Cited

Bankruptcy Act, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 69.
Civil Code of Lower Canada, arts. 411, 610, 1049, 1056c, 1484, 1485, 1701, 1706, 1713.
Code pénal (France), art. 177.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 426 [am. c. 27, (1st Supp.), s. 56].

Authors Cited

Camerlynck, G. H. *Le contrat de travail*, 2^e éd. Dans G. H. Camerlynck, éd., *Droit du travail*, t. 1. Paris: Dalloz, 1982.

l'employé augmente avec la responsabilité qui se rattache au poste qu'il occupe.

En l'espèce, permettre à l'intimé de conserver les profits réalisés serait aller à l'encontre du principe selon lequel nul ne doit tirer profit de ses mauvaises actions. Les actes de l'intimé constituaient une violation de l'obligation de bonne foi et de loyauté qui lui incombait et, voire même, un détournement à son propre profit des services qu'il s'était engagé à rendre à l'appelante. Sa qualité d'employé ne signifie pas que l'intimé n'avait pas, à l'instar des cadres supérieurs et des administrateurs, à rendre compte de ses actes. Si la bonne foi est le fondement de tout contrat de travail, elle exige qu'à la confiance et à l'autorité accordées à l'employé corresponde une part égale de responsabilités et d'obligations. Un employé supérieur qui, à l'instar de l'intimé, jouit d'un contrôle sur de larges sommes d'argent, l'employeur doit être tenu responsable de l'usage qu'il en fait, et il lui faut remettre à l'employeur les profits réalisés grâce à l'exercice abusif de ses fonctions. S'il n'était tenu de rendre compte, l'engagement de l'intimé à exécuter de bonne foi les obligations afférentes à son contrat de travail serait dévalorisé, tout comme d'ailleurs l'obligation du mandataire de faire preuve de la compétence et de la diligence propres à un administrateur prudent s'il n'avait pas à rendre compte de sa gestion, ou que l'obligation de l'administrateur d'une société d'agir dans l'intérêt de celle-ci s'il n'était pas tenu de rendre les profits réalisés en violation de cette obligation.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Thompson v. Sénécal* (1894), 3 B.R. 455; *McDonald v. Rankin* (1890), 7 M.L.R. 44 (C.S.); *Giguère v. Colas* (1915), 48 C.S. 198; *Entreprises Rock Ltée (In re): Nozetz c. Habitations C.J.C. Inc.*, [1986] R.J.Q. 2671; *N.F.B.C. National Financial Brokerage Center Inc. v. Investors Syndicate Ltd.*, [1986] R.D.J. 164; *Resfab Manufacturier de Ressort Inc. v. Archambault*, [1986] R.D.J. 32.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 411, 610, 1049, 1056c, 1484, 1485, 1701, 1706, 1713.
Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 426 [mod. chap. 27 (1^{er} supp.), art. 56].
Code pénal (France), art. 177.
Loi sur la faillite, L.R.C. (1985), chap. B-3, art. 69.

Doctrine citée

Camerlynck, G. H. *Le contrat de travail*, 2^e éd. Dans G. H. Camerlynck, éd., *Droit du travail*, t. 1. Paris: Dalloz, 1982.

Catala, Nicole et Jacques Aaron. *Le personnel et les intermédiaires de l'entreprise*. Paris: Librairies techniques, 1971.

Javillier, Jean-Claude. *Manuel de droit du travail*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986.

Martel, Maurice et Paul. *La compagnie au Québec: les aspects juridiques*. Montréal: Éditions Thélème, Inc., 1982.

Troplong, M. *Droit civil expliqué*, t. 16. Paris: Charles Hingray, 1846.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1987), 11 Q.A.C. 254, [1987] R.L. 160, affirming a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

Colin K. Irving, for the appellant.

No one appeared for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J.—At issue in the present case are the obligations of an employee who, having the authority and duty to enter into binding contracts on behalf of his employer, enters upon such contracts for his own account or the account of others, using the funds of the employer or of others, and thereby receives secret commissions for his own profit.

The respondent, having been declared bankrupt following the entering of the appeal to this Court, the case proceeded to hearing with leave of the Court, [1987] 2 S.C.R. v, and consent of the trustee in bankruptcy *ex parte* in the absence of any representation on behalf of the respondent or the trustee.

1. The Facts

The respondent since 1979 was employed by the appellant Bank as its chief foreign currency trader for Quebec reporting only to the senior manager foreign exchange of the Bank for Canada in Toronto. His principal function was the purchase and sale of foreign currencies on behalf of the appellant which included determining the price thereof. He was also called upon to give advice and make foreign exchange transactions on behalf of major clients of the appellant who had been

Catala, Nicole et Jacques Aaron. *Le personnel et les intermédiaires de l'entreprise*. Paris: Librairies techniques, 1971.

Javillier, Jean-Claude. *Manuel de droit du travail*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1986.

Martel, Maurice et Paul. *La compagnie au Québec: les aspects juridiques*. Montréal: Éditions Thélème, Inc., 1982.

Troplong, M. *Droit civil expliqué*, t. 16. Paris: Charles Hingray, 1846.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1987), 11 Q.A.C. 254, [1987] R.L. 160, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Colin K. Irving, pour l'appelante.

Personne n'a comparu pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER—La question en litige en l'espèce porte sur les obligations d'un employé qui, délégué à la passation de contrats exécutoires pour le compte de son employeur, conclut de tels contrats pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, en se servant des deniers de son employeur ou de ceux d'autrui et touche ainsi des commissions secrètes pour son propre profit.

L'intimé ayant été déclaré en faillite après que cette Cour eut été saisie de ce pourvoi, l'affaire a été instruite *ex parte* avec l'autorisation de la Cour, [1987] 2 R.C.S. v, et le consentement du syndic, en l'absence de représentations pour le compte de l'intimé ou du syndic.

1. Les faits

L'intimé, au service de la Banque appelante depuis 1979 en qualité de cambiste en chef pour le Québec, était responsable uniquement auprès du directeur des opérations sur devises de la Banque pour le Canada, à Toronto. Il avait pour fonction principale l'achat et la vente de devises étrangères pour le compte de l'appelante, et il devait notamment en établir le prix. Il était aussi appelé à donner des avis et à effectuer des opérations de change pour le compte de clients importants de

authorized to deal with him directly rather than through their own branch of the Bank. He was authorized on his own initiative to commit the appellant in respect of foreign currency transactions up to a limit of \$40,000,000 per day.

A document entitled "Employee Relations" issued by the appellant to its employees, including the respondent, contains the following policy statement:

Employees must not involve themselves in any outside activities or accept any gifts, inducements, or rewards which could compromise them in the fulfillment of their duties or which could affect their sound judgment or the performance of their duties. Examples of situations which could contravene this part of the policy are:—

- a) Ownership of any significant financial share in or personal involvement in a business which deals with the Bank either as a customer or as a supplier; in certain instances, the ownership of equity by an employee in a competing business enterprise might create or appear to create a conflict situation.
- b) Holding a position with or acting as an agent of or consultant for an outside firm. Exception: an employee may be asked or authorized to act as a director or officer of an outside business where it is felt to be in the Bank's interest.
- c) Taking advantage, for personal gain, of a business opportunity known because of one's position with the Bank.
- d) Accepting from any individual or organization monetary inducements, free travel or discounts on goods or services in any amount, or entertainment or gifts beyond a nominal value.
- e) Speculating in any commodity or real estate that is or is likely to be required by the Bank.

These are examples of activities which might influence or, equally important, might appear to influence an employee to act contrary to the ethical standards we expect.

All employees are required to disclose to their superiors, in writing or as may be otherwise authorized, all business, commercial or financial interests or activities where such interests or activities might be construed as creating an actual or potential conflict with their duties of employment. Managers are required to see that such

l'appelante qui avaient été autorisés à traiter avec lui directement plutôt que par l'entremise de leur propre succursale de la Banque. Il était autorisé, de sa propre initiative, à engager l'appelante à l'égard des opérations de change jusqu'à concurrence de 40 000 000 \$ par jour.

Un document intitulé «Relations de travail» publié par l'appelante à l'intention de ses employés, y compris l'intimé, contient la déclaration de principe suivante:

Il est interdit à notre personnel d'accepter des cadeaux, des offres attrayantes ou des récompenses et de s'engager dans des activités extérieures susceptibles de le compromettre dans l'exercice de ses fonctions, d'affecter son jugement ou de nuire à l'exécution de son travail. Voici quelques situations de nature à contrevenir à cette norme:—

- a) Avoir des intérêts financiers importants dans une entreprise qui fait affaire avec la Banque, à titre de client ou de pourvoyeur, ou y jouer un rôle actif; dans certains cas, le fait d'être actionnaire d'une entreprise concurrente peut placer ou sembler placer un employé dans une situation embarrassante à l'égard de la Banque.
- b) Occuper un poste dans une autre entreprise ou être son agent ou son conseiller. Exception: la Banque peut demander à un employé de (ou l'autoriser à) faire partie du conseil d'administration ou des cadres d'une autre entreprise si elle juge cette exception dans l'intérêt de la Banque.
- c) Profiter, en vue d'un gain personnel, d'une transaction avantageuse grâce au poste que l'on occupe à la Banque.
- d) Accepter d'un particulier ou d'une entreprise des avantages financiers, un voyage gratuit, des remises sur des produits ou des services de quelque montant que ce soit, des repas, des consommations ou des cadeaux dépassant une valeur modeste.
- e) Spéculer sur des biens meubles ou immeubles dont la Banque a besoin ou qu'elle est susceptible d'acquérir.

Ce sont là des activités qui pourraient inciter ou, ce qui importe autant, pourraient sembler inciter un employé à agir contrairement aux normes d'éthique que nous exigeons.

Les employés sont tous tenus de dévoiler à leurs supérieurs, par écrit ou sous toute autre forme autorisée, toutes entreprises, tous intérêts commerciaux ou financiers et toutes activités extérieures auxquels leur participation pourrait être considérée comme une situation venant actuellement ou éventuellement en conflit avec

statements are submitted and that actions taken and decisions made within their jurisdictions are free from any influence of conflicting interest.

In addition, the Bank's inspectors are directed to report on any situation or circumstance which is thought to give rise to an actual or apparent conflict of interest.

The respondent in the course of his activities as foreign currency trader carried out transactions which enabled him to realize profits for his own account in an amount of \$660,135.82. These fell into two major categories:

- 1) Foreign exchange transactions for the account of one Joseph Kruger or the Kruger Paper group of companies. However, these transactions were unknown to the Kruger principals and were in fact made for the respondent's own account, using the funds or credit of the appellant. In the same category were also a few smaller transactions in the name of the respondent's sister.
- 2) In the other category were transactions for two clients of the appellant who had been authorized to deal directly with the respondent. The respondent agreed to trade for them on the condition that he receive one half of any trading profits.

2. The Courts Below

Superior Court of Quebec

The trial judge rejected the appellant's contention that the respondent must be considered as its mandatary and that, by virtue of art. 1713 C.C.L.C., it was entitled to the profits received by him under the authority of his mandate. Marquis J. observed that the importance and nature of the respondent's work did not alter the nature of the legal relationship between the employer and the employee. He remained an employee of the appellant which hired his expert services in return for a salary. He had no administrative duties. The acts committed by the respondent were not of themselves illegal and the fact that they contravened the ethical regulations imposed upon the appellant's employees did not result in the application of art. 1713.

leurs fonctions à la Banque. Les directeurs sont tenus d'exiger de telles déclarations et d'éviter que toute décision qui relève de leur compétence soit incompatible avec les intérêts de la Banque.

- a En outre, les inspecteurs de la Banque doivent signaler toute situation ou circonstance qu'ils jugent incompatible avec les intérêts de la Banque, même en apparence.

L'intimé, dans l'exercice de ses fonctions de cambiste, a effectué des opérations qui lui ont permis de réaliser des profits pour son propre compte s'élevant à 660 135,82 \$. Ces opérations se divisent en deux catégories principales:

- 1) Des opérations de change pour le compte d'un certain Joseph Kruger ou du groupe de compagnies Kruger Paper. Or, les mandants Kruger n'étaient pas au courant de ces opérations qui étaient faites en réalité pour le propre compte de l'intimé à l'aide des deniers ou du crédit de l'appelante. Dans la même catégorie, se trouvaient aussi quelques opérations de moindre importance au nom de la sœur de l'intimé.
- 2) L'autre catégorie comprend des opérations effectuées pour deux clients de l'appelante qui avaient été autorisés à traiter directement avec l'intimé. Ce dernier avait convenu d'effectuer des opérations de change pour eux à la condition de toucher la moitié des profits réalisés.

2. Les tribunaux d'instance inférieure

La Cour supérieure de la province de Québec

- g Le juge de première instance a rejeté la prétention de l'appelante que l'intimé devait être considéré comme étant son mandataire et qu'en vertu de l'art. 1713 C.c.B.-C., elle avait droit aux profits qu'il a réalisés dans l'exercice de son mandat. Le juge Marquis a souligné que l'importance et la nature du travail de l'intimé ne modifiait pas la nature des rapports juridiques entre l'employeur et l'employé. Il demeurait un employé de l'appelante qui retenait ses services d'expert en contrepartie d'un salaire. Il n'avait aucune fonction administrative. Les actes de l'intimé n'étaient pas illégaux en soi, et le fait qu'ils aient contrevenu aux règles de déontologie imposées aux employés de l'appelante n'entraînait pas l'application de l'art. 1713.

In arriving at his conclusion, the trial judge noted that the appellant had neither alleged nor proven any loss of damage attributable to the acts of the respondent. The actions were judged reprehensible by the employer and the respondent's employment was terminated. They did not however give rise to an obligation by the respondent to account to the appellant for the profits he received.

Court of Appeal

The Court of Appeal agreed with the trial judge's conclusion that, despite the importance of his position, the respondent was simply an employee of the appellant and not a mandatary: (1987), 11 Q.A.C. 254, [1987] R.L. 160. The appellant had not entrusted the respondent with the management of a lawful business within the meaning of art. 1701 C.C.L.C. and, therefore, he was not subject to any fiduciary duty. For these reasons, the Court of Appeal held that the present case must be distinguished on its facts from the decision of the Supreme Court of Canada in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592.

Nor was the Court of Appeal persuaded that the respondent was required to turn over the profits to his employer in accordance with a directive issued by the appellant to its employees because he had effected the transactions for his own purposes during working hours and made use of confidential information. Although the respondent may have violated the terms of his employment by conducting his personal affairs during business hours and thereby may have exposed himself to the risk of being fired, it did not follow that he was required to remit the profits to the appellant. Furthermore, the evidence did not establish that the respondent had acted upon confidential information in the sense of the directive in question.

3. Analysis

With respect to the first group of transactions, inasmuch as these were carried out contrary to the employer's instructions and, therefore, without authority by the respondent for his own personal account or benefit, using the appellant's funds or

En parvenant à sa conclusion, le juge de première instance a noté que l'appelante n'avait ni allégué ni prouvé l'existence d'un préjudice ou de dommages imputables aux actes de l'intimé. Ces actes avaient été jugés répréhensibles par l'employeur, qui avait congédié leur auteur, mais ils n'imposaient toutefois pas l'obligation à l'intimé de rendre compte à l'appelante des profits qu'il avait touchés.

La Cour d'appel

La Cour d'appel s'est dite d'accord avec la conclusion du juge de première instance que, malgré l'importance de ses fonctions, l'intimé était simplement un employé de l'appelante et non son mandataire: (1987), 11 Q.A.C. 254, [1987] R.L. 160. L'appelante ne lui avait pas confié la gestion d'une affaire licite au sens de l'art. 1701 C.c.B.-C. et, par conséquent, il n'était tenu à aucune obligation de fiduciaire. Pour ces motifs, la Cour d'appel a statué que les faits en l'espèce devaient se distinguer de ceux qui étaient en cause dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592.

La Cour d'appel n'était pas convaincue non plus que l'intimé était tenu de remettre les profits à son employeur, conformément à une directive de l'appelante à l'intention de ses employés, parce qu'il avait effectué les opérations litigieuses pour son propre compte pendant les heures ouvrables et qu'il s'était servi de renseignements confidentiels. Bien que l'intimé puisse avoir violé les conditions de son emploi en s'occupant de ses affaires personnelles au cours des heures ouvrables et qu'il puisse s'être ainsi exposé au risque d'être congédié, il ne s'ensuit pas qu'il est tenu de remettre à l'appelante les profits réalisés. En outre, la preuve n'établissait pas que l'intimé avait agi en se servant de renseignements confidentiels au sens de la directive en question.

3. Analyse

En ce qui concerne le premier groupe d'opérations, dans la mesure où elles ont été effectuées contrairement aux instructions de l'employeur et, par conséquent, sans que l'intimé soit autorisé à les effectuer, pour son propre compte ou avantage, à

credit, the respondent was in the position of a possessor in bad faith (art. 411 *C.C.L.C.*) and was obligated to remit to the appellant not only the capital of the funds which he used, but also any increase in value and fruits thereof. In effect, he appropriated to himself funds of the appellant fraudulently and without colour of right and has no legal title to the benefits of his fraud.

With reference to the other profits realized by the respondent by way of a 50 percent share of the profits obtained from foreign exchange trading for two clients of the appellant by private arrangement between the respondent and these clients, even though the respondent's entitlement to them was by reason of this private arrangement with the two clients, the trading itself which produced the profits was conducted by the respondent acting in the course of his employment and as representative of the appellant Bank. The respondent's authority to conduct these transactions was as a representative of the appellant carrying on its affairs, albeit for the benefit of the appellant's clients. Whether the respondent's relationship with the appellant be characterized purely as one of lease and hire of services, that is of employer and employee, or one of mandate in this respect, the fact remains that the respondent was acting in a representative capacity for the appellant, carrying on its business. This is also true, moreover, for the first group of transactions carried on for his own benefit under fictitious names.

Under these circumstances, the principle set forth in art. 1713 *C.C.L.C.*, whereby the mandatar is bound to render an account of his administration and to deliver and pay over all that he has received under the authority of the mandate, even if it were not due, must be given effect to. This obligation, while expressly imposed by art. 1713 dealing with the contract of mandate, and obviously applicable to this contract, attaches rather to the underlying function and relationship between the parties to the contract. It indeed gives effect to a much broader policy of the civil law for the protection of honesty and good faith in the execution of contracts.

l'aide des deniers ou du crédit de l'appelante, l'intimé se trouvait dans la situation du possesseur de mauvaise foi (art. 411 *C.c.B.-C.*) et il était tenu de remettre à l'appelante non seulement le principal des fonds utilisés, mais aussi sa plus-value et ses fruits, le cas échéant. De fait, il s'est emparé des deniers de l'appelante frauduleusement et sans apparence de droit, et il n'a aucun droit aux bénéfices de sa fraude.

Pour ce qui est des autres profits réalisés par l'intimé grâce à sa part de 50 pour 100 des profits découlant des opérations de change effectuées pour deux clients de l'appelante à la suite d'une entente intervenue privément entre l'intimé et ces clients, même si le droit de l'intimé à cet égard procédait de cette entente privée avec les deux clients, les opérations de change elles-mêmes dont découlent les profits ont été effectuées par l'intimé dans le cadre de son emploi et en sa qualité de représentant de la Banque appelante. L'intimé était autorisé à effectuer ces opérations en sa qualité de représentant de l'appelante voyant aux affaires de celle-ci, bien que ce fût pour le bénéfice des clients de l'appelante. Peu importe que les rapports entre l'intimé et l'appelante soient qualifiés simplement de louage de services, c'est-à-dire de rapports entre employeur et employé, ou de mandat à cet égard, il reste que l'intimé agissait en qualité de représentant de l'appelante, voyant aux affaires de celle-ci. Cela s'applique également à la première catégorie d'opérations que l'intimé a effectuées pour son propre compte sous des noms fictifs.

Dans ces circonstances, il faut appliquer le principe énoncé à l'art. 1713 *C.c.B.-C.*, selon lequel le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de remettre et payer au mandant tout ce qu'il a reçu sous l'autorité de son mandat, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au mandant. Cette obligation, bien qu'elle soit expressément imposée par l'art. 1713 qui traite du mandat et qu'elle soit manifestement applicable à ce contrat, se rattache plutôt à la fonction et aux rapports sous-jacents entre les parties au contrat. En réalité, elle met à exécution un principe beaucoup plus général du droit civil qui vise à garantir l'honnêteté et la bonne foi dans l'exécution des contrats.

This appears to me implicit in the decision of the Court of Appeal in *Thompson v. Sénécal* (1894), 3 Q.B. 455, dealing with secret commissions obtained by the defendant, a salaried employee holding the position of superintendent of the Printing Bureau of the Federal Government, whose duties included purchasing.

Lacoste C.J. writes, at pp. 458-59:

[TRANSLATION] However, his bribes were due to his capacity as an agent and the transactions he made in that capacity. The considerations that led merchants to pay them to him arose out of the sales he made to the government. The bribes thus arose from those sales, made as part of the mandate. They were incidental to an act authorized by the mandator. I think it is sound law to say that a mandatary is not permitted to derive secret profits from the transactions he carries out for his mandator, whatever name is given to those profits. The rejection of such a rule would continually place the mandator's interests at risk. Everything the mandatary receives in connection with the transactions carried out in the course of a mandate belongs to the mandator as of right. That is the general rule, and bribes received are no exception. French writers agree on this point with the English courts.

This principle is summarized in the judgment itself, as follows:

[TRANSLATION] Whereas in principle the mandatary, to avoid rendering an account to his mandator for the illicit profits he may have made in performing his mandate, or in connection therewith, cannot argue his own wrongdoing;

However, the consequences of the obligation of good faith in contracts of employment as such have not been, to my knowledge, examined by either the courts or by academics in Quebec. In France, however, both the jurisprudence and the doctrine accept that the principle of good faith gives rise to an obligation of loyalty. The following excerpts of recognized labour law texts illustrate the extent of this obligation of loyalty:

[TRANSLATION] By the contract of employment the employer has undertaken to provide work corresponding to the employment held by the employee. The latter does the work in accordance with conditions determined by the contract or established in the trade. Such performance must be personal (art. 1237, C. civ.) and conscien-

Cela me paraît implicite dans l'arrêt de la Cour d'appel *Thompson v. Sénécal* (1894), 3 B.R. 455, qui concernait des commissions secrètes versées au défendeur, un employé salarié qui occupait le poste de surintendant de l'Imprimerie du gouvernement fédéral, et dont les fonctions comprenaient notamment celle d'acheteur.

Le juge en chef Lacoste écrit, aux pp. 458 b et 459:

Mais c'est cependant à sa qualité de mandataire et aux transactions qu'il a faites en cette qualité qu'il doit ses pots de vin. Les motifs qui ont induit les marchands à les lui payer venaient des ventes qu'ils faisaient au gouvernement. Les pots de vin découlaient donc de ces ventes faites dans l'exécution du mandat. Ils forment un incident d'un acte autorisé par le mandant. 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 d 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. Tout ce que le mandataire reçoit en rapport avec des transactions faites dans l'exécution d'un mandat revient de droit au mandant. Voilà la règle générale et les pots de vin reçus e ne font pas exception. Les auteurs français sont d'accord sur ce point avec la jurisprudence anglaise.

Le jugement lui-même résume ainsi le principe en cause:

f Considérant qu'en principe, le mandataire ne peut arguer de sa propre turpitude, pour se dispenser de rendre compte à son mandant des profits illicites qu'il a pu faire dans l'exécution de son mandat, ou à l'occasion d'icelui;

g Cependant, à ma connaissance, ni les tribunaux ni les commentateurs au Québec ne se sont penchés sur les conséquences de l'obligation de faire preuve de bonne foi dans les contrats de travail. h Mais en France, aussi bien dans la jurisprudence que dans la doctrine, on reconnaît que le principe de la bonne foi engendre une obligation d'être loyal. Les extraits suivants de textes reconnus en matière de droit du travail illustrent l'étendue de cette obligation de loyauté:

i Par le contrat de travail, l'employeur s'est engagé à fournir du travail correspondant à l'emploi occupé par le salarié. Ce dernier exécute le travail dans les conditions j déterminées par le contrat ou pratiquées par la profession. Cette exécution doit être effectuée personnellement (art. 1237 C. civ.), de façon consciencieuse, en s'abste-

tious and one must refrain from any act of competition, as well as observing professional secrecy. The performance must be loyal (art. 1134(3), C. civ.)

(Javillier, *Manuel de droit du travail* (1986), at pp. 142-43.)

[TRANSLATION] The employee, on the other hand, is expected to give *loyal and indeed faithful service*. Legally, one cannot require of him devotion beyond the correct performance of his duties; as a matter of fact, he will be unable in some cases to avoid employer pressure. From his managers especially, an employer expects such devotion and fidelity that he can place complete confidence in them.

This duty of loyalty clearly implies that the employee will devote all his efforts during working hours to the undertaking; if he works for third parties outside those hours, he should *avoid competing with his employer directly or indirectly*. In general, any act of unfair competition with the employer (such as clandestine cooperation with a representative of another business, luring an employee away to another company and so on) would make the employee liable.

(Catala and Aaron, *Le personnel et les intermédiaires de l'entreprise* (1971), at pp. 67-68.)

[TRANSLATION] Under art. 1134(3) of the Code Civil, agreements must be performed in good faith. In view of the personal nature of working relations, such an obligation would seem to apply here with particular force.

(Camerlynck, ed., *Droit du travail*, t. 1: *Le contrat de travail* (2nd ed. 1982), at p. 244.)

In summary, then, an employee's obligation of good faith encompasses, at a minimum, conscientious execution of his contractual obligations. However, the intensity of the employee's obligation of good faith increases with the responsibility attached to the position held by the employee. As Catala and Aaron state, *op. cit.*, "[f]rom his managers especially, an employer expects such devotion and fidelity that he can place complete confidence in them."

In France, as in Canada, a breach of the employee's obligation of honesty and loyalty toward his employer is sanctioned not only in private law but by the criminal law as well. Article

nant de tout acte de concurrence et en respectant le secret professionnel. L'exécution doit être loyale (art. 1134, al. 3, C. civ.)

(Javillier, *Manuel de droit du travail* (1986), aux pp. 142 et 143.)

Du salarié, d'autre part, on attend un *comportement loyal, voire fidèle*. Juridiquement, on ne peut exiger de lui un dévouement excédant l'accomplissement correct de sa tâche; en fait, dans certains cas, il ne pourra se dérober à la pression patronale. De ses cadres, surtout, l'employeur escompte un dévouement et une fidélité qui lui permettent d'avoir en eux une totale confiance.

Ce devoir de loyauté implique évidemment que le salarié consacre à l'entreprise tous ses efforts pendant les heures de service; si, en dehors de ces heures, il travaillait pour des tiers, il devrait *éviter de concurrencer directement ou indirectement son employeur*. De façon générale, tout acte de concurrence déloyale à l'égard de l'employeur (ex.: collaboration clandestine avec l'agent d'une autre entreprise, débauchage d'un salarié au profit d'une autre société, etc.) engagerait la responsabilité du travailleur.

(Catala et Aaron, *Le personnel et les intermédiaires de l'entreprise* (1971), aux pp. 67 et 68.)

Aux termes de l'article 1134, alinéa 3 du code civil, les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Étant donné le caractère personnel des relations de travail, pareille obligation peut paraître s'imposer ici avec une force particulière.

(Camerlynck, éd., *Droit du travail*, t. 1: *Le contrat de travail* (2^e éd. 1982), à la p. 244.)

En résumé, donc, l'obligation de bonne foi qui incombe à l'employé comprend, à tout le moins, l'exécution consciencieuse de ses obligations contractuelles. Toutefois, l'intensité de l'obligation de bonne foi imposée à l'employé augmente avec la responsabilité qui se rattache au poste qu'il occupe. Comme le disent plus haut Catala et Aaron, *op. cit.*, «[d]e ses cadres, surtout, l'employeur escompte un dévouement et une fidélité qui lui permettent d'avoir en eux une totale confiance».

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

177, para. 3, of the *Code pénal* reads in part as follows:

[TRANSLATION] Any clerk, employee or servant, salaried or paid in any manner whatever, who either directly or through an intermediary without the knowledge or consent of his employer, either solicits or accepts offers or promises or solicits or receives gifts, presents, commissions, discounts or premiums for doing or not doing any part of his duties shall be liable to imprisonment from one to three years and/or a fine of 900 to 20,000 Fr.

In Canada, agents or employees who corruptly demand or receive secret commissions commit an indictable offence, punishable by up to five years' imprisonment (s. 426 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46).

There is no doubt that a breach of the obligation of good faith can ground the dismissal of the employee; equally, a breach of the obligation of good faith can give rise, like a breach of any contractual obligation, to the employee's responsibility for damages caused to the employer by the breach. Neither of these traditional sanctions for breach of the contract of employment addresses the situation where, as in the case at bar, the employee profits from his misconduct, but causes no loss to the employer.

To admit that the law of Quebec allows the respondent in the case at bar to retain the \$660,135.82 he obtained through the breach of his contractual obligations to the appellant would go contrary to the principle that no one should profit from his own wrongdoing. However, Quebec jurisprudence has long held that in the case of senior officers and directors a breach of the obligation of loyalty entails the responsibility to disgorge gains made as a result of that breach. As early as 1890, and thus long before the elaboration of directors' and officers' fiduciary duties under the common law in this Court's decision in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, *supra*, the Quebec courts have considered that senior officers and directors are mandataries of the company which employs them and are therefore bound by the provisions of arts. 1701 to 1731 C.C.L.C.: *McDonald v. Rankin* (1890), 7 M.L.R. 44 (S.C.), *Giguère v. Colas*

le droit criminel. L'article 177, par. 3, du *Code pénal* est rédigé en partie ainsi:

Sera puni d'un emprisonnement d'une à trois années et d'une amende de 900 F à 20,000 F ou de l'une de ces deux peines seulement tout commis, employé ou préposé, salarié ou rémunéré sous une forme quelconque, qui, soit directement, soit par personne interposée, aura à l'insu et sans le consentement de son patron soit sollicité ou agréé des offres ou promesses, soit sollicité ou reçu des dons, présents, commissions, escomptes ou primes pour faire ou s'abstenir de faire un acte de son emploi.

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 (art. 426 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46).

Il ne fait aucun doute que la violation de l'obligation de faire preuve de bonne foi peut justifier le renvoi de l'employé. De la même façon, la violation de cette obligation peut, comme la violation de toute obligation contractuelle, engager la responsabilité de l'employé à l'égard du préjudice qu'il a ainsi causé à son employeur. Aucune de ces sanctions classiques pour violation d'un contrat de travail ne vise la situation où, comme en l'espèce, l'employé profite de sa mauvaise conduite, mais sans causer de préjudice à son employeur.

Admettre que le droit québécois permet à l'intimé en l'espèce de conserver les 660 135,82 \$ qu'il a tirés de la violation de ses obligations contractuelles envers l'appelante serait aller à l'encontre du principe selon lequel nul ne doit tirer profit de ses mauvaises actions. Cependant, la jurisprudence québécoise porte depuis longtemps que la violation de l'obligation de loyauté à laquelle sont tenus les cadres supérieurs engendre leur responsabilité de rendre les profits réalisés à la suite de cette violation. Dès 1890, et donc bien avant que cette Cour énonce dans l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, les obligations de fiduciaire qui incombent en *common law* aux dirigeants et aux cadres, les tribunaux du Québec ont considéré que les cadres supérieurs étaient des mandataires de la compagnie qui les emploie et qu'ils étaient par conséquent liés par les dispositions des art. 1701 à 1731 C.c.B.-C.; voir l'arrêt *McDonald v. Rankin*

(1915), 48 C.S. 198. The equation of the obligations of a mandatary to mandator with the obligations of director or senior officer to the company still forms part of Quebec law. Dugas J. in *Entreprises Rock Ltée (In re): Nozetz v. Habitations C.J.C. Inc.*, [1986] R.J.Q. 2671 (S.C.), writes at pp. 2672-73:

[TRANSLATION] If Entreprises C.J.C. Ltée had been created by letters patent issued in a province where common law rules govern the conduct of company directors, a simple reference to the Supreme Court judgment in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley* would suffice to censure respondents' conduct . . .

The civil law only recognizes a trust in exceptional cases and does not recognize the existence of a trust between a manager and the property of the company managed by him. The civil law defines the connection between a manager and the company he manages as a mandate . . .

As mentioned, among the obligations of the mandatary is the obligation to render account, as set out in art. 1713 C.C.L.C.:

1713. The mandatary is bound to render an account of his administration, and to deliver and pay over all that he has received under the authority of the mandate, even if it were not due; subject nevertheless to his right to deduct therefrom the amount of his disbursements and charges in the execution of the mandate . . .

Article 1713 requires the mandatary to account for and deliver not only all that he received in the execution in good faith of his mandate, but also all that he may have received through an abuse of the authority conferred upon him. This obligation exists even though the mandator may have no right to the property wrongfully received by the mandatary. Troplong, in his *Droit civil expliqué* (1846), t. 16, discusses, in the context of art. 1993 C.N., the justification for the obligation at pp. 406-9:

[TRANSLATION] Now, let us see what must be decided if the mandatary has used on its own the mandator's thing in order to obtain profits that are naturally unfair or illicit, for example to practise usury.

(1890), 7 M.L.R. 44 (C.S.), *Giguère v. Colas* (1915), 48 C.S. 198. Le droit du Québec établit toujours un parallèle entre les obligations qu'assume le mandataire envers son mandant et celles qu'assume le cadre supérieur envers sa compagnie. Le juge Dugas, dans la décision *Entreprises Rock Ltée (In re): Nozetz c. Habitations C.J.C. Inc.*, [1986] R.J.Q. 2671 (C.S.), écrit aux pp. 2672 et 2673:

Si la compagnie Entreprises C.J.C. Ltée avait été créée par lettres patentes émises dans une province où les règles de la *common law* gouvernent la conduite des administrateurs de compagnies, il suffirait de se référer à l'arrêt de la Cour suprême *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley* pour censurer la conduite des intimés . . .

Le droit civil ne reçoit la motion (*sic*) de fiducie qu'exceptionnellement et n'admet pas qu'une fiducie s'établisse entre l'administrateur et les biens de la compagnie qu'il administre. Le droit civil définit le lien qui s'établit entre l'administrateur et la compagnie qu'il administre comme un mandat . . .

Comme on l'a dit, parmi les obligations du mandataire figure celle de rendre compte, comme le prévoit l'art. 1713 C.c.B.-C.:

1713. Le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de remettre et payer au mandant tout ce qu'il a reçu sous l'autorité de son mandat, même si ce qu'il a reçu n'était pas dû au mandant; sauf néanmoins son droit de déduire du montant, ses déboursés et son dû à raison de l'exécution du mandat . . .

L'article 1713 exige que le mandataire rende compte non seulement de tout ce qu'il a reçu dans l'exécution de bonne foi de son mandat et le remette, mais qu'il agisse de la même façon à l'égard de tout ce qu'il peut avoir reçu en abusant de l'autorité qui lui était conférée. Cette obligation existe même si le mandant peut n'avoir aucun droit sur le bien que le mandataire a acquis illicitement. Troplong, dans son ouvrage intitulé *Droit civil expliqué* (1846), t. 16, traite, dans le contexte de l'art. 1993 du C.N., de la justification de cette obligation, aux pp. 406 à 409:

Maintenant, voyons ce qui doit être décidé si le mandataire s'est servi de son chef de la chose du mandant pour en retirer des profits naturellement injustes ou illicites, par exemple, pour faire l'usure.

It does not matter whether the capital loaned by the mandatary produced legitimate interest or interest at a usurious level. The mandatary must account for everything to his mandator.

Should these ideas be applied under the Code Civil? I think they should, and to find the reason for this solution it is necessary to go back to the concepts I explained in my commentary on *Gambling*, on the theory of *condictio ob turpem causam*.

The mandator and the mandatary are not in an equal position. The latter has committed a wrong and the former is innocent. On what basis then could the alleged retention by the mandatary rest? Could he rely on the rule *In pari causâ melior est causa possidentis*?

Besides this unequal situation which makes an estoppel inapplicable, there is another consideration: the public interest and morality require that the perpetrator of a wrongful act should not profit thereby, as that would encourage wrongdoing; and in case of doubt it is always better to opt for the interpretation the least favourable to the person who has transgressed public standards of conduct, and the most conducive to his punishment!! After all, it is to be hoped that the mandator will correct a wrong that was not due to turpitude on his part.

The obligation of mandataries, and by analogy, of directors and senior officers, to turn over all that they have gained through their position, even though ill-gotten, rests, at least in part, on the simple moral principle that "the perpetrator of a wrongful act should not profit thereby, as that would encourage wrongdoing". The application of this simple principle in the case at bar would require the respondent to turn over to the appellant the profits he made through the abuse of his position as foreign exchange broker with the Bank of Montreal. The Superior Court and the Court of Appeal both took the position that the principle could not apply since the respondent was a mere employee rather than a mandatary or a senior officer or director of the appellant. But the principle that one should not profit from one's own bad faith or wrongdoing is not exclusive to the contract of mandate. The principle appears elsewhere in the *Civil Code*: it is, after all, a fundamental moral precept. Thus, for example, the heir who has been convicted of killing or attempting to kill the

Que les capitaux prêtés par le mandataire aient rapporté des intérêts légitimes, qu'ils en aient rapporté d'usuraires, il n'importe. Le mandataire doit compte à son mandant de la totalité.

Ces idées doivent-elles être suivies sous le Code civil? Je le pense, et, pour trouver la raison de cette solution, il faut remonter aux notions que j'ai exposées, dans mon commentaire du *Jeu*, sur la théorie de la *condictio ob turpem causam*.

Entre le mandant et le mandataire la position n'est pas égale. Le second a commis un délit, le premier en est innocent. Sur quoi donc se fonderait la rétention préten due par le mandataire? Pourrait-il se prévaloir de la règle: *In pari causâ melior est causa possidentis*?

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 des profits qui l'encouragent à mal faire». L'application de ce simple principe en l'espèce exigerait que l'intimé remette à l'appelante les profits qu'il a réalisés en abusant de ses fonctions de cambiste auprès de la Banque de Montréal. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont toutes deux été d'avis que ce principe ne pouvait s'appliquer puisque l'intimé était un simple employé plutôt qu'un mandataire ou un cadre supérieur de l'appelante. Mais le principe voulant que l'on ne doive pas tirer profit de sa mauvaise foi ou de ses mauvaises actions ne s'applique pas exclusivement au mandat. Ce principe se trouve ailleurs dans le *Code civil*: après tout, il constitue un précepte moral fondamental. Ainsi, l'héritier qui a été déclaré coupable d'avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt est

deceased is excluded from the succession (art. 610); the possessor in bad faith of property must give the produce as well as the thing itself to the true owner (art. 411); the person who receives what is not due is bound to restore the thing received with the interest and profits it ought to have produced (art. 1049). Indeed, the *Civil Code* looks with disfavour upon situations inductive to persons turning to personal benefit activities which are to be carried out for the benefit of others. Articles 1484 and 1485 *C.C.L.C.* go so far as making administrators, agents and other persons under a duty to the owner of a property incapable of becoming buyers of such property either by themselves or by persons interposed. A similar prohibition is found in art. 1706. Likewise, a double mandate is held to be contrary to public policy unless it is disclosed to both parties or is implied in the duties of the mandatary, as in the case of brokers, factors and other commercial agents.

The fact that there is no express provision in the *Civil Code* to the effect that an employee who profits from the breach of his obligation of good faith to his employer must turn over those profits to the employer does not necessarily indicate that such a rule is no part of the law of Quebec. There is no express provision requiring the directors and senior officers of a company to turn over profits they have gained through the abuse of their position, but that did not prevent the courts from achieving that very result by recognizing the similarity in the relationship between the director or senior officer and corporation and between mandator and mandatary, even though directors and senior officers are not true mandataries of a corporation (see Martel, *La compagnie au Québec: les aspects juridiques* (1982), at pp. 21-4 to 21-6).

The obligations of directors and senior officers are imposed upon them not because they are true mandataries of their corporation or of the shareholders, but because of the nature of the control they exercise over the affairs of the corporation. This control resembles in many aspects the control a mandatary may have over the affairs of his

exclu de la succession (art. 610); le possesseur de mauvaise foi est tenu de rendre les produits avec la chose au propriétaire véritable (art. 411); celui qui reçoit ce qui ne lui est pas dû est tenu de restituer la chose reçue, avec les intérêts ou les profits qu'elle aurait dû produire (art. 1049). En fait, le *Code civil* réproouve les situations qui incitent les gens à tourner à leur propre profit des activités qui doivent être exercées au profit d'autres personnes. Les articles 1484 et 1485 *C.c.B.-C.* vont jusqu'à frapper les administrateurs, mandataires et autres personnes qui ont des obligations envers le propriétaire d'un bien d'incapacité de s'en porter acquéreurs, soit par eux-mêmes, soit par parties interposées. On trouve une disposition semblable à l'art. 1706. De même, le double mandat est considéré contraire à l'ordre public à moins qu'il ne soit révélé aux deux parties ou compris implicitement dans les obligations du mandataire, comme dans le cas des courtiers, facteurs et autres agents de commerce.

Le fait que le *Code civil* ne prévoit pas expressément que l'employé qui tire profit de la violation de son obligation de faire preuve de bonne foi envers son employeur doit remettre à ce dernier les profits qu'il a réalisés ne signifie pas nécessairement que ce principe ne fait pas partie du droit québécois. Il n'existe non plus aucune disposition qui oblige les administrateurs et les cadres supérieurs d'une compagnie à rendre les profits qu'ils ont réalisés en abusant de leurs fonctions, mais cela n'a pas empêché les tribunaux d'obtenir ce résultat en reconnaissant la similitude des rapports existant entre un administrateur ou un cadre supérieur et une société d'une part, et entre le mandant et son mandataire d'autre part, bien que les administrateurs et les cadres supérieurs ne soient pas de véritables mandataires de la société (voir Martel, *La compagnie au Québec: les aspects juridiques* (1982), aux pp. 21-4 à 21-6).

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 affai-

mandator, and thus the responsibilities and obligations imposed on senior officers and directors correspond to those fixed by the *Civil Code* for mandataries.

In this, the principles of civil law have been found no different from those of the common law: *N.F.B.C. National Financial Brokerage Center Inc. v. Investors Syndicate Ltd.*, [1986] R.D.J. 164 (C.A.), *Resfab Manufacturier de Ressort Inc. v. Archambault*, [1986] R.D.J. 32 (C.A.) The fiduciary obligation recognized in these circumstances in the common law translates in the civil law into terms of good faith and loyalty of the employee to the employer and the avoidance of conflict of interest including seeking an advantage which is incompatible with the terms of employment. Such incompatibility and conflict must be measured by the terms of the employment or other relationship between the parties.

Laskin J., as he then was, in expressing the reasons of this Court in the case of *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, *supra*, gives some illustration of the extent of the obligation (at p. 605-6):

Like Grant J., the trial judge, I do not think it matters whether O'Malley and Zarzycki were properly appointed as directors of Canaero or whether they did or did not act as directors. What is not in doubt is that they acted respectively as president and executive vice-president of Canaero for about two years prior to their resignations. To paraphrase the findings of the trial judge in this respect, they acted in those positions and their remuneration and responsibilities verified their status as senior officers of Canaero. They were "top management" and not mere employees whose duty to their employer, unless enlarged by contract, consisted only of respect for trade secrets and for confidentiality of customer lists. Theirs was a larger, more exacting duty which, unless modified by statute or by contract (and there is nothing of this sort here), was similar to that owed to a corporate employer by its directors. I adopt what is said on this point by Gower, *Principles of Modern Company Law*, 3rd ed., 1969, at p. 518 as follows:

res 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 mandataires.

À cet égard, on a considéré que les principes du droit civil ne différaient pas de ceux de la *common law*: *N.F.B.C. National Financial Brokerage Center Inc. v. Investors Syndicate Ltd.*, [1986] R.D.J. 164 (C.A.), *Resfab Manufacturier de Ressort Inc. v. Archambault*, [1986] R.D.J. 32 (C.A.) L'obligation de fiduciaire que la *common law* reconnaît dans ces circonstances trouve son équivalent en droit civil dans la bonne foi et la loyauté que doit témoigner l'employé à son employeur, et dans les efforts qu'il doit déployer pour éviter les conflits d'intérêts, notamment pour éviter de rechercher des avantages incompatibles avec les conditions de son emploi. L'incompatibilité et les conflits en question s'apprécient en fonction des conditions d'emploi et des autres rapports qui existent entre les parties.

Quand il a rendu les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, le juge Laskin, plus tard Juge en chef, a donné une idée de l'étendue de l'obligation en cause (aux pp. 605 et 606):

À l'instar du Juge Grant, le juge de première instance, je ne crois pas qu'il importe que O'Malley et Zarzycki aient été régulièrement nommés administrateurs de Canaero ou qu'ils aient agi ou non comme administrateurs. Ce qui est incontestable, c'est qu'ils ont respectivement exercé les fonctions de président et de vice-président exécutif de Canaero pendant environ deux ans avant leur démission. Pour paraphraser les conclusions du juge de première instance à ce sujet, ils ont exercé ces fonctions et leur rémunération et leurs responsabilités confirmaient leur situation de fonctionnaires supérieurs de Canaero. Ils faisaient partie de la «haute direction» et ils n'étaient pas de simples employés dont l'obligation envers leur employeur, à moins qu'elle n'ait été étendue par contrat, ne consistait qu'à respecter les secrets professionnels et le caractère confidentiel des listes de clients. Leur obligation est plus considérable, plus rigoureuse et, à moins que sa nature ait été modifiée par la loi ou par contrat (et rien ne l'indique en l'espèce), elle s'apparente à l'obligation qui lie les administrateurs à leur compagnie employeur. Sur ce point, j'adopte l'opinion suivante exprimée par Gower, *Principles of Modern Company Law*, 3^e éd., 1969, p. 518:

... these duties, except in so far as they depend on statutory provisions expressly limited to directors, are not so restricted but apply equally to any officials of the company who are authorized to act on its behalf, and in particular to those acting in a managerial capacity. [Emphasis added.]

In the case at bar, the terms of employment contained specific conditions pertaining to conflict of interest and dealings by employees for their own benefit. The courts below acknowledged that the respondent's actions were in breach of these terms and that this breach was a valid cause of dismissal. This breach, however, also constituted a breach of good faith and loyalty and indeed an appropriation by the respondent to his own benefit of services which he had committed to the appellant.

A senior employee, such as the respondent, may not exercise a control over the affairs of his employer that is as great as that of a senior officer or a director. Nonetheless, the respondent's position invested him with the power to commit up to \$40,000,000 per day in foreign currency transactions on behalf of the appellant, and his status as an employee does not signify that the respondent need not account for his conduct. If good faith is the foundation of every contract of employment, it requires that to each measure of trust and authority placed in the employee correspond a like measure of responsibility and obligation. An employee, such as the respondent, who enjoys control over large sums of the employer's money must be held accountable for his disposition of those funds and is required to turn over to the employer profits made through the abuse of his position. Without such accountability, the respondent's commitment to execute in good faith his obligations under the contract of employment is without substance, just as the mandatary's obligation to exercise the skill and care of a prudent administrator would be empty without the obligation to render an account of his administration, or the director's obligation to act in the best interests of the corporation would be meaningless if the director was not required to disgorge profits gained in breach of that obligation.

[TRANSLATION] ... ces obligations, sauf dans la mesure où elles sont assujetties à des dispositions légales qui ne s'appliquent expressément qu'aux administrateurs, ne sont pas ainsi limitées, mais s'appliquent également à tout fonctionnaire de la compagnie autorisé à agir en son nom, et, en particulier, à ceux qui exercent des fonctions de gestion. [Je souligne.]

En l'espèce, les conditions d'emploi concernées contenaient des dispositions expresses applicables aux conflits d'intérêts et aux opérations effectuées par les employés pour leur propre profit. Les tribunaux d'instance inférieure ont reconnu que les actions de l'intimé violaient ces conditions et que cette violation constituait un motif légitime de renvoi. Cependant, cette violation constituait également une violation de l'obligation de bonne foi et de loyauté qui incombait à l'intimé et, voire même, un détournement à son propre profit des services qu'il s'était engagé à rendre à l'appelante.

Il se peut qu'un employé supérieur tel que l'intimé n'exerce pas sur les affaires de son employeur un contrôle aussi considérable que celui d'un cadre supérieur ou d'un administrateur. Néanmoins, les fonctions de l'intimé l'habilitaient à engager jusqu'à 40 000 000 \$ par jour dans des opérations de change pour le compte de l'appelante, et sa qualité d'employé ne signifie pas que l'intimé n'avait pas à rendre compte de ses actes. Si la bonne foi est le fondement de tout contrat de travail, elle exige qu'à la confiance et à l'autorité accordées à l'employé corresponde une part égale de responsabilités et d'obligations. Un employé qui, à l'instar de l'intimé, jouit d'un contrôle sur de larges sommes d'argent de l'employeur doit être tenu responsable de l'usage qu'il en fait, et il lui faut remettre à l'employeur les profits réalisés grâce à l'exercice abusif de ses fonctions. S'il n'était tenu de rendre compte, l'engagement de l'intimé à exécuter de bonne foi les obligations afférentes à son contrat de travail serait dévalorisé, tout comme d'ailleurs l'obligation du mandataire de faire preuve de la compétence et de la diligence propres à un administrateur prudent s'il n'avait pas à rendre compte de sa gestion, ou que l'obligation de l'administrateur d'une société d'agir dans l'intérêt de celle-ci s'il n'était pas tenu de rendre les profits réalisés en violation de cette obligation.

The principle underlying both arts. 411 and 1713 of the *Civil Code* which are but an expression of the common saying "ill-gotten goods seldom prosper" ("*bien mal acquis ne profite pas*") is applicable and must be given effect to. With respect, I conclude that the lower courts misdirected themselves in law and, for this reason, I would allow the appeal.

The amount of the profit realized by the respondent, as found by the trial judge, is not in dispute. The appeal is therefore allowed and, having regard to the fact that the respondent is now an undischarged bankrupt and that the proceedings have been continued by authorization of this Court, *nec et pro tunc*, under s. 69 of the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, with the consent of the trustee in bankruptcy, the respondent is declared indebted to the appellant in the amount of \$660,135.82 for having fraudulently obtained the same and is condemned to pay said amount to appellant, with interest and the special indemnity provided under art. 1056c of the *Civil Code*, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: McMaster Meighen, Montréal.

Le principe sous-jacent aux art. 411 et 1713 du *Code civil*, qui ne sont que l'expression de l'adage «bien mal acquis ne profite pas», est applicable et doit être mis à exécution. En toute déférence, je conclus que les tribunaux d'instance inférieure se sont mal instruits du droit et, pour ce motif, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Le montant du profit réalisé par l'intimé, fixé par le juge de première instance, n'est pas contesté. Le pourvoi est donc accueilli, et comme l'intimé est maintenant un failli non libéré et que les procédures se sont poursuivies avec l'autorisation de cette Cour, *nec et pro tunc*, en vertu de l'art. 69 de la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), chap. B-3, avec le consentement du syndic, il est déclaré que l'intimé doit à l'appelante la somme de 660 135,82 \$ pour avoir frauduleusement obtenu ce montant et qu'il est condamné à le verser à l'appelante, plus les intérêts ainsi que l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c du *Code civil*, le tout avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: McMaster Meighen, Montréal.