

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

48/07/CA

MURRAY VIBERT

APPELLANT

MURRAY VIBERT

APPELANT

- and -

- et -

LÉO BERTIN PAULIN

RESPONDENT

LÉO BERTIN PAULIN

INTIMÉ

Vibert v. Paulin, 2008 NBCA 23

Vibert c. Paulin, 2008 NBCA 23

CORAM:

The Honourable Justice Daigle
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Richard

CORAM :

L'honorable juge Daigle
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Richard

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
March 5, 2007

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 5 mars 2007

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2007 NBQB 90

Décision frappée d'appel :
2007 NBBR 90

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
October 18, 2007

Appel entendu :
Le 18 octobre 2007

Judgment rendered:
February 28, 2008

Jugement rendu :
Le 28 février 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Larlee

Motifs de jugement :
L'honorable juge Larlee

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Karen Lee Lamrock

Pour l'appellant :
Karen Lee Lamrock

For the respondent:
Charles R. LeBlanc

Pour l'intimé :
Charles R. LeBlanc

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed and the decision below is varied. The respondent is awarded an amount of \$750 as wages in lieu of notice together with simple interest from July 13, 2005. Each party shall bear its own costs throughout.

L'appel est accueilli et la décision du tribunal d'instance inférieure est modifiée. Une indemnité de 750 \$ tenant lieu de préavis est accordée à l'intimé, avec intérêt simple à compter du 13 juillet 2005. Chaque partie supportera ses propres dépens relatifs à toutes les instances.

The judgment of the Court was delivered by

LARLEE, J.A.

[1] This is an appeal from a decision in which a judge of the Court of Queen's Bench awarded the respondent, Leo Bertin Paulin, wages in lieu of notice in an action for wrongful dismissal. The trial judge ordered the appellant, Murray Vibert, to pay \$18,651 to Mr. Paulin, representing the financial loss flowing from Mr. Vibert's failure to provide Mr. Paulin with reasonable notice of dismissal after employing him on a seasonal basis for approximately two years. The trial judge did not mention a specific number of months to which Mr. Paulin would have been entitled as reasonable notice, but the amount ordered is effectively equal to twelve months' wages in lieu of notice: a seven-month reasonable notice period, plus a five-month period during which Mr. Paulin would have qualified to receive employment insurance benefits had his work not been terminated. The trial judge's decision is reported at (2007), 314 N.B.R. (2d) 312, [2007] N.B.J. No. 200 (QL), 2007 NBQB 90.

[2] In this appeal, Mr. Vibert seeks a reduction of the notice period awarded to Mr. Paulin, contending that a four-month notice period is reasonable under the circumstances. Alternatively, he seeks an exclusion of the payment related to employment insurance benefits and a rectification of the trial judge's error in failing to subtract from the damages the income Mr. Paulin earned during the notice period.

I. Background

[3] Mr. Vibert owns a fishing enterprise which operates out of Miscou Island, New Brunswick. In the summer of 2001, just prior to the start of the herring fishing season, Mr. Paulin was hired to work for Mr. Vibert's operation. He worked each summer from 2001 to 2003, inclusive, first as a deckhand and then as a fisher. After each fishing season, Mr. Vibert would issue a Record of Employment to Mr. Paulin, indicating that the date of rehire was unknown.

[4] Here are the specific dates Mr. Paulin worked for Mr. Vibert:

<i>Year</i>	<i>Dates worked</i>	<i>Money Earned</i>
2001	Aug.13-Sept.15 (Herring)	No finding by trial judge
2002	April 22-June 29 (Lobster)	\$7,500
	Aug.18-Sept.7 (Herring)	\$2,250
2003	April 28-July 5 (Lobster)	\$7,500
	Aug.31-Sept.20 (Herring)	\$2,250

[5] At trial, Mr. Paulin testified that, at the end of each fishing season, Mr. Vibert would indicate to him that he would be rehired the following season. For his part, Mr. Vibert testified that, in September 2003, at the end of the herring fishing season, he told Mr. Paulin that his work was unsatisfactory and that he would not be rehired (which testimony was corroborated by Mr. Vibert's common law spouse). On January 7, 2004, Mr. Paulin received a letter from Mr. Vibert, indicating that his services were no longer required, that he was laid off as of January 3, 2004, and that he could not be guaranteed an eventual return. Mr. Paulin was 34 years of age when his employment was terminated. He had a grade nine education and had worked in the fishing industry in various capacities since the age of 21. He was unable to find enough work in the following months to qualify for Employment Insurance. In October 2004, he started receiving social assistance benefits.

[6] The trial judge held that Mr. Paulin was not given sufficient notice of dismissal. He rejected Mr. Vibert's testimony that he had given verbal notice to Mr. Paulin at the end of the 2003 fishing season and accepted that the date that Mr. Paulin received Mr. Vibert's letter, January 7, 2004, represented the effective date of dismissal. Furthermore, given his finding that a seasonal pattern of recall had been established, the trial judge held that Mr. Paulin was a permanent employee, and that he had made sufficient efforts to mitigate his losses. After reviewing the entirety of the circumstances,

the trial judge concluded that Mr. Paulin was entitled to \$18,651 as wages in lieu of notice. This amount comprised the \$7,500 he would have earned in wages during the 2004 lobster fishing season and the \$11,151 in employment insurance benefits to which he would have been entitled had his seasonal employment not been terminated. The trial judge did not subtract the amounts that Mr. Paulin had earned during that twelve-month period. The trial judge based his determination of Mr. Paulin's award on the following analysis at paras. 30-34:

[TRANSLATION]

I must therefore calculate the wages in lieu of notice to which the plaintiff is entitled, proportionate to the salary and other cash benefits he would have received had he been given adequate notice, minus the deductions required by application of the mitigation principle.

It seems obvious to me that the plaintiff is entitled to the equivalent of what he would have earned during the lobster fishing season, i.e. the amount of \$7,500. Furthermore, the plaintiff was not able to qualify for employment insurance benefits and had to draw employment assistance benefits from October 7, 2004, to April 25, 2005.

When I take into account the cash benefits which the plaintiff would have received had he been given reasonable notice, minus the applicable deductions, I find that the plaintiff is entitled to the amount of \$18,651. The plaintiff is entitled to the amount he should have earned during the lobster season, that is, \$7,500. The plaintiff also lost the income he would have received as employment insurance benefits, which is the amount of \$11,151. The evidence clearly establishes that the plaintiff was not able to accumulate enough hours to qualify for employment insurance benefits despite his efforts which I consider reasonable given the circumstances.

The amount equivalent to the employment insurance benefits and the income assistance benefits paid to the plaintiff during this period does not have to be deducted from the damages awarded. See *Duplessis v. Irving Pulp & Paper Ltd., Irving (J.D.) Ltd. and Irving* (1983), 47 N.B.R. (2d) 11; 124 A.P.R. 11 (C.A.) and *Boarelli v. Flannigan*, [1973] 3 O.R. 69 (C.A.), p. 75.

In summary, I award the plaintiff the amount of \$18,651 as wages in lieu of notice. Furthermore, the plaintiff will be entitled to interest at a rate of 6% from July 13, 2005, the date the action was filed.

[7] In his Supplementary Notice of Appeal, Mr. Vibert argues that the trial judge erred in four ways:

- in principle in finding that the appellant had given insufficient notice of his dismissal to the respondent;
- in principle in his assessment of the reasonable notice period to which the respondent was entitled in view of the circumstances;
- in awarding as damages an amount for employment insurance benefits, the entitlement to which arose outside of the seven-month notice period applied by the trial judge, which amounts to a period of indemnification of twelve months;
- in law in calculating the damages flowing from the notice period, as awarded, given that:
 - he failed to include all of the respondent's employment income in calculating the total of the same; and
 - he failed to deduct the respondent's employment income from the total damages awarded.

II. Standard of Review

[8] The appropriate standard of review applicable to an appeal from an assessment of damages was articulated by Binnie J. of the Supreme Court of Canada in

Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd., [2001] 2 S.C.R. 943, [2001] S.C.J. No. 56 (QL), 2001 SCC 58, at para. 80:

It is common ground that the Court of Appeal was not entitled to substitute its own view of a proper award unless it could be shown that the trial judge had made an error of principle [or] law, or misapprehended the evidence (*Lang v. Pollard*, [1957] S.C.R. 858, at p. 862), or it could be shown there was no evidence on which the trial judge could have reached his or her conclusion (*Woelk v. Halvorson*, [1980] 2 S.C.R. 430, at p. 435), or the trial judge failed to consider relevant factors in the assessment of damages, or considered irrelevant factors, or otherwise, in the result, made "a palpably incorrect" or "wholly erroneous" assessment of the damages (*Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, at p. 235; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 810; *Widrig v. Strazer*, [1964] S.C.R. 376, at pp. 388-89; *Woelk, supra*, at pp. 435-37; *Waddams, supra*, at para. 13.420; and H.D. Pitch and R.M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (2nd ed. 1989), at 15§5). Where one or more of these conditions are met, however, the appellate court is obliged to interfere.

This standard was adopted by this Court in *Walsh et al. v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.* (2003), 257 N.B.R. (2d) 331, [2003] N.B.J. No. 166 (QL), 2003 NBCA 32, paras. 20-21, regarding the deference to be accorded to findings of fact such as the appropriate period of reasonable notice in a wrongful dismissal action.

III. Analysis and Decision

[9] The jurisprudence supports the proposition that "seasonal" employees may be terminated without notice at the end of the season: G. England, R. Wood and I. Christie, *Employment Law in Canada*, vol. 2, looseleaf, 4th ed. (Toronto: LexisNexis Butterworths, 2005), at para. 12.18. However, in the instant case, the trial judge made the finding that Mr. Paulin [TRANSLATION] "was a permanent employee of [Mr. Vibert] as deckhand". As previously mentioned, the trial judge based this view on his finding that a pattern of recall had been established between Mr. Vibert and Mr. Paulin.

[10] In *Savoie v. Chiasson et al.* (2000), 231 N.B.R. (2d) 378, [2000] N.B.J. No. 462 (QL), 2000 NBCA 56, the trial judge found that Mr. Savoie's employment was of indefinite duration although he was only employed on a seasonal basis. On appeal to this Court, Drapeau J.A. (as he then was) concluded that under such circumstances, there was no doubt that Mr. Savoie was entitled to reasonable notice of dismissal. Thus, in the present case, since the trial judge found Mr. Paulin to be a permanent (or indefinite) employee, it is only necessary to answer the following questions: (1) is the equivalent of seven months' wages in lieu of notice reasonable in the circumstances; and (2) was the trial judge correct in awarding Mr. Paulin five months of lost employment insurance benefits?

[11] In the present case, the trial judge's assessment of the reasonable notice period to which Mr. Paulin was entitled is strikingly high. Further, as Mr. Vibert has pointed out, this award is not easily reconcilable with previous decisions on this issue emanating from the courts of this province (see *Savoie v. Chiasson*, para. 24). However, as explained in *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, an appellate court may not interfere with a trial judge's decision concerning the length of the proper notice period unless the trial judge erred in principle by applying the wrong test, erred with respect to his assessment of the evidence, or if the reasonable notice period was "palpably incorrect" or "wholly erroneous".

[12] This Court has often stated that the underlying rationale behind the assessment of a reasonable notice period is "to provide the dismissed employee with a fair opportunity to obtain similar or comparable employment": *Bishop v. Carleton Co-operative Ltd.* (1996), 176 N.B.R. (2d) 206 (C.A.), [1996] N.B.J. No. 171 (QL), at para. 10; *Dick v. Canadian Pacific Ltd.* (2000), 230 N.B.R. (2d) 39, [2000] N.B.J. No. 373 (QL), 2000 NBCA 10, at para. 51; *Lum v. Shaw Communications Inc.* (2004), 270 N.B.R. (2d) 141, [2004] N.B.J. No. 172 (QL), 2004 NBCA 35, at para. 13.

[13] In *The Law of Dismissal in Canada*, looseleaf, 3rd ed. (Aurora: Canada Law Book Inc., 2003), Professor H.A. Levitt states at pp. 8-3 and 8-4 that there are no hard and fast rules employed in the assessment of a reasonable notice period but that analogous case law can be of assistance:

There is no fixed formula for determining what constitutes reasonable notice of termination. There are only guidelines. Those guidelines are the principles enunciated by the courts and the examination of previous decisions with similar facts, particularly if they are decisions of the same province or if they involve employees of similar status terminated by the same company at the same time.

[...]

Ultimately, each case must be determined on its own peculiar facts and circumstances.

[14] In *Bramble et al. v. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 N.B.R. (2d) 111 (C.A.), [1999] N.B.J. No. 307 (QL), Drapeau J.A. (now Chief Justice) rejected the formulaic approach at para. 40:

It is trite law that what is reasonable notice will vary from case to case, depending on the particular circumstances. See *Machtiger, supra*, at p. 998. It follows that there is no room for the application of a formulaic approach in the determination of what constitutes reasonable notice. While formulae are considered attractive in the business world, principally because they offer certainty and predictability, they have been largely rejected in the judicial arena. Courts have been refractory to their application because they are at odds with what has been viewed since time immemorial as a fundamental objective of adjudication, namely individualized justice.

[15] Further, in *Bramble*, Drapeau J.A. reiterates the appropriate factors to be considered in cases of this nature: the reasonableness of the notice period must be decided having regard to the character of the employment (where the evidence makes that

consideration relevant), the length of the employment, the age of the employee and the availability of similar employment, having regard to the experience, training and qualifications of the employee: *Bardal v. The Globe & Mail* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140, [1960] O.J. No. 149 (H.C.)(QL), p.145; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, [1992] S.C.J. No. 41 (QL), para. 22; and *Dey v. Valley Forest Products Ltd.* (1995), 162 N.B.R. (2d) 207 (C.A.), [1995] N.B.J. No. 240 (QL), p. 213.

[16] In *Bramble*, at paras. 57 to 65, Drapeau J.A. discusses in detail the relevance of each of the appropriate factors and in particular points out that character of employment *simpliciter* is not relevant in all circumstances. In summary, absent explicit evidence establishing a link between character of the lost employment to difficulty in finding substitute employment, the court may not take character of employment into account in fixing the notice period.

[17] Drapeau J.A. goes on in *Bramble* to discuss the importance of referring to prior decisions when assessing reasonable notice periods in wrongful dismissal cases, but cautions at para. 72 that each analogous case must be analyzed in light of the particular context in which it was decided:

While the process of determining what constitutes reasonable notice necessarily requires an exercise of judgment, it is hardly an untrammelled one. In this regard, it is common ground that trial courts should, whenever the circumstances allow, determine what constitutes reasonable notice in any given case, at least partly, by reference to prior comparable decisions, particularly of this court. The process of identification of comparable cases requires that prior rulings be dissected and analyzed with care, bearing in mind that each is a product of its peculiar underlying factual subtleties and the larger context in which they were rendered. Once comparable cases have been found, a range of notice periods should emerge and provide guidance. By definition, prior rulings are dated. It is therefore essential that the results obtained in the comparable cases used to define an appropriate range be adjusted to take into account the current context.

[18] In the present case, the trial judge awarded Mr. Paulin seven months' wages in lieu of pay; this is clearly outside of the range that has been traditionally awarded to employees in "seasonal" positions by the courts of this province. *Saunders v. Fredericton Golf & Curling Club Inc.* (1994), 151 N.B.R. (2d) 184 (C.A.), [1994] N.B.J. No. 291 (QL), concerned a groundskeeper and tractor operator who had worked on a seasonal basis, from April or May through to October or November, each year for 30 years. The employee was not told of his dismissal following the 1991 season; instead, he was told just prior to the start of the following season. Chief Justice Hoyt awarded damages based on the employee's income from the previous season, which effectively amounted to five months' wages in lieu of notice.

[19] Another wrongful dismissal case, *Beaudin v. Bezeau* (1998), 195 N.B.R. (2d) 376 (Q.B.), [1998] N.B.J. No. 33 (QL), concerned a seasonal employee who had worked as a fisher's helper for five fishing seasons, for an average of twelve weeks per year. Justice Riordon provisionally assessed damages based on a three-month reasonable notice period.

[20] In *Jordison v. Caledonian Curling Co-operative Ltd.* (2000), 190 Sask.R. 32, [2000] S.J. No. 75 (QL), 2000 SKQB 55, the trial judge held that seven months' wages in lieu of notice was appropriate for a wrongfully dismissed employee with fifteen years of seasonal service as an ice-maker at a curling club. In *Levy v. Ken-Wo Country Club* (2001), 194 N.S.R. (2d) 213, [2001] N.S.J. No. 226 (QL), 2001 NSSC 84, the court determined that the equivalent of one season's notice was appropriate for a golf club employee who had been employed on a seasonal basis for twenty-four years. In *Gray v. Manvers (Township)*, [1992] O.J. No. 2898 (Gen.Div.)(QL), the trial judge awarded six months' wages in lieu of notice to a seasonal employee with fifteen years service.

[21] More importantly, in *Savoie v. Chiasson*, this Court decided, in a case dealing with the same type of employment as the one at bar, that a twelve-month notice period was entirely adequate for an employee who was 55 years of age and who had been employed in the fishing industry on a seasonal basis for fifteen years.

[22] As previously mentioned, the primary objective of the notice period is to provide the dismissed employee with a fair opportunity to find similar or alternate employment. As counsel for Mr. Vibert points out, since Mr. Paulin was employed on a seasonal basis, he was at liberty during the off-season notice period to dedicate his energies to finding other employment. This is distinguishable from the facts in *Bramble*, where the employees continued in their employment during the notice period and were left to look for work in the evenings and on weekends. Consequently, the question left to be answered is the one that was posed in *Bramble*: did the employer provide the employee a reasonable opportunity to find alternate employment during the effective notice period?

[23] Mr. Paulin moved to Bathurst in 2003 to be with his spouse, who was enrolled in a course there. The trial judge did not make any finding that is inconsistent with the suggestion that Mr. Paulin had ample opportunity to search for employment during the course of the regular work week. Thus, the primary objective of the notice period could be respected with a shorter notice period.

[24] In addition, I am of the respectful opinion that the trial judge erred in placing too much emphasis on the character of the employment and its availability in the Acadian Peninsula region. As a result, the trial judge erred in principle by not according proper weight to Mr. Paulin's age and his length of service. Mr. Paulin was 34 years of age when he was terminated and had worked for Mr. Vibert's fishing operation for approximately two years. These facts clearly distinguish this case from the jurisprudence cited, and lead me to the conclusion that the trial judge's award with respect to the reasonable notice period is "wholly erroneous" and should be reversed by this Court.

[25] It would be wrong to suggest, as the trial decision seems to do, that if a fisher who works seasonally does not receive notice of termination at the end of the fishing season in a given year, that fisher will be automatically entitled to a year's compensation for the following year's fishing season, whether 24 or 34 years of age,

whether having worked for two or fifteen years. That would impose the type of formulaic approach that was rejected in *Bramble*.

[26] As a result, I come to the conclusion that Mr. Paulin should be entitled to four months' wages in lieu of notice covering the period of January 7, 2004 to May 7, 2004. More particularly, the date that Mr. Paulin received the letter from Mr. Vibert, January 7, 2004, was the effective date of dismissal. Four months' notice would be up to and including May 7, 2004. Based on his employment record from the 2003 lobster fishing season, Mr. Paulin would have started working on or about April 28, 2004. The notice period was one week short. Therefore, I would award him damages of \$750 (based on \$7500 for 10 weeks work).

[27] Since I have decided that this appeal should be allowed and the notice period reduced to four months, Mr. Paulin would not qualify for employment insurance benefits. I do not deem it necessary to comment on the trial judge's award of \$11,151 in damages for the amount that Mr. Paulin would have earned in employment insurance benefits had he been employed during the 2004 fishing season. Neither counsel could point to any case law which would support the proposition that the employer should be liable to pay to the employee the amount of employment insurance benefits that the employee was unable to collect because he failed to accumulate the necessary weeks to qualify. In my opinion, it would be prudent to postpone a discussion on the merits of this novel point until it is more fully argued in a lower court.

[28] For these reasons, I would allow the appeal, and vary the judgment at trial so as to award the respondent the amount of \$750 as wages in lieu of notice together with simple interest from July 13, 2005, the date of the filing of the action. The respondent would normally be entitled to costs assessed on an amount involved of \$750 in the judgment below, and since the appellant has had some measure of success on appeal it

would normally be entitled to costs at this level. Under the circumstances, I would order that each party bear its own costs throughout.

LA JUGE LARLEE

[1] Il s'agit d'un appel d'une décision dans laquelle un juge de la Cour du Banc de la Reine a accordé à l'intimé, Léo Bertin Paulin, une indemnité tenant lieu de préavis dans une action pour congédiement injustifié. Le juge du procès a condamné l'appelant, Murray Vibert, à verser à M. Paulin la somme de 18 651 \$ qui représentait la perte financière découlant de l'omission de M. Vibert de donner à M. Paulin un préavis raisonnable de son congédiement après l'avoir employé sur une base saisonnière pendant environ deux ans. Le juge du procès n'a pas fait état du nombre de mois auquel M. Paulin aurait dû avoir droit à titre de préavis raisonnable, mais la somme qu'il a adjugée est effectivement égale à une indemnité tenant lieu de préavis de douze mois : un préavis raisonnable de sept mois, plus une période de cinq mois pendant laquelle M. Paulin aurait été admissible à des prestations d'assurance-emploi s'il n'avait pas été mis fin à son emploi. La décision du juge du procès est publiée à (2007), 314 R.N.-B. (2^e) 312, [2007] A.N.-B. n° 200 (QL), 2007 NBBR 90.

[2] Dans le présent appel, M. Vibert sollicite une réduction de la période de préavis accordée à M. Paulin, affirmant qu'un préavis de quatre mois est raisonnable dans les circonstances. Subsidiairement, il demande l'exclusion du paiement correspondant aux prestations d'assurance-emploi ainsi qu'une rectification de l'erreur que le juge du procès aurait commise en omettant de soustraire des dommages-intérêts le revenu gagné par M. Paulin pendant la période de préavis.

I. Contexte

[3] M. Vibert est propriétaire d'une entreprise de pêche qui opère à partir de l'île Miscou au Nouveau-Brunswick. Au cours de l'été 2001, juste avant le début de la saison de pêche au hareng, M. Paulin a été engagé par l'entreprise de M. Vibert. Il y a

travaillé chaque été de 2001 à 2003 inclusivement, d'abord comme homme de pont puis comme pêcheur. Après chaque saison de pêche, M. Vibert remettait à M. Paulin un relevé d'emploi indiquant que la date de rappel était inconnue.

[4] Voici les périodes précises pendant lesquelles M. Paulin a travaillé pour M. Vibert :

<i>Année</i>	<i>Période de travail</i>	<i>Somme gagnée</i>
2001	13 août – 15 sept. (hareng)	Aucune conclusion par le juge du procès
2002	22 avril – 29 juin (homard)	7 500 \$
	18 août – 7 sept. (hareng)	2 250 \$
2003	28 avril – 5 juillet (homard)	7 500 \$
	31 août – 20 sept. (hareng)	2 250 \$

[5] Au procès, M. Paulin a témoigné qu'à la fin de chaque saison de pêche, M. Vibert lui indiquait qu'il serait réengagé la saison suivante. Pour sa part, M. Vibert a témoigné qu'en septembre 2003, à la fin de la saison de pêche au hareng, il a dit à M. Paulin que son travail n'était pas satisfaisant et qu'il ne serait pas réengagé (témoignage qui a été corroboré par la conjointe de fait de M. Vibert). Le 7 janvier 2004, M. Paulin a reçu de M. Vibert une lettre dans laquelle ce dernier l'informait que ses services n'étaient plus requis, qu'il était licencié à compter du 3 janvier 2004 et qu'il ne pouvait garantir qu'il le reprendrait un jour à son service. M. Paulin était âgé de 34 ans lorsqu'il a été congédié. Il a terminé sa neuvième année et travaillait à différents titres dans l'industrie de la pêche depuis l'âge de 21 ans. Au cours des mois qui ont suivi, il a été incapable de trouver suffisamment de travail pour être admissible à l'assurance-emploi. En octobre 2004, il a commencé à toucher des prestations de l'aide sociale.

[6] Le juge du procès a statué que M. Paulin n'avait pas eu un préavis de congédiement suffisant. Il a rejeté le témoignage de M. Vibert selon lequel ce dernier avait donné l'avis oralement à M. Paulin à la fin de la saison de pêche 2003 et a accepté que la date à laquelle M. Paulin avait reçu la lettre de M. Vibert, soit le 7 janvier 2004, était la date effective du congédiement. De plus, étant donné qu'il avait conclu qu'un système de rappel saisonnier avait été établi, le juge du procès a statué que M. Paulin était un employé permanent et qu'il avait fait des efforts suffisants pour minimiser ses pertes. Après avoir passé en revue l'ensemble des circonstances, le juge du procès a conclu que M. Paulin avait droit à une somme de 18 651 \$ à titre d'indemnité de remplacement de préavis. Cette somme comprenait les 7 500 \$ qu'il aurait gagnés en salaire pendant la saison de pêche au homard de 2004 et les 11 151 \$ de prestations d'assurance-emploi auxquels il aurait eu droit s'il n'avait pas été congédié de son emploi saisonnier. Le juge du procès n'a pas soustrait les sommes que M. Paulin avait gagnées pendant cette période de douze mois. Il a établi le montant qu'il adjugeait à M. Paulin sur la base de l'analyse suivante aux par. 30 à 34 :

Je dois donc calculer l'indemnité de licenciement [à laquelle] a droit le demandeur en proportion avec les salaires et autres avantages pécuniaires qu'il aurait reçu s'il avait eu un préavis suffisant moins les déductions en application du principe de minimisation des dommages.

Il me paraît évident que le demandeur a droit à l'équivalent du montant qu'il aurait reçu en salaire pour la période de pêche au homard, soit la somme de 7 500 \$. De plus, le demandeur n'a pu se qualifier pour recevoir des prestations d'assurance-emploi et a dû recevoir de l'aide au revenu entre le 7 octobre 2004 et le 25 avril 2005.

Lorsque je prends en considération les avantages pécuniaires que le demandeur aurait reçu[s] s'il avait eu un préavis raisonnable moins les déductions applicables, je conclus que le demandeur a droit au montant de 18 651 \$. Le demandeur a droit au montant qu'il aurait dû gagner pendant la pêche au homard, soit la somme de 7 500 \$. De plus le demandeur a perdu les montants qu'il aurait reçu[s] comme prestations d'assurance-emploi, soit la somme de 11 151 \$. La preuve établit clairement que le demandeur

n'a pu accumuler suffisamment d'heures pour se qualifier pour recevoir des prestations d'assurance-emploi même s'il a fait des efforts que je considère raisonnables eu égard aux circonstances.

Les sommes reçues par le demandeur pour l'assurance-emploi durant cette période, ainsi que les prestations d'aide au revenu n'ont pas à être déduites. Voir *Duplessis c. Irving Pulp & Paper Ltd., Irving (J.D.) Ltd. and Irving* (1983), 47 R.N.-B. (2^e) 11; 124 A.P.R. 11 (C.A.) et *Boarelli c. Flannigan*, [1973] 3 O.R. 69 (C.A.), p. 75.

En résumé j'accorde au demandeur le montant de 18 651 \$ à titre d'indemnité en remplacement de préavis. De plus, le demandeur aura droit aux intérêts au taux de 6 % depuis le 13 juillet 2005, soit la date du dépôt de l'action.

[7] Dans son avis d'appel additionnel, M. Vibert fait valoir que le juge du procès a commis quatre erreurs :

- une erreur de principe en concluant que l'appelant avait donné à l'intimé un préavis insuffisant de son licenciement;
- une erreur de principe dans son évaluation de la période raisonnable de préavis à laquelle l'intimé avait droit dans les circonstances;
- une erreur en accordant, à titre de dommages-intérêts, une somme correspondant aux prestations d'assurance-emploi qu'il aurait touchées en dehors de la période de préavis de sept mois appliquée par le juge du procès, ce qui équivaut à une période d'indemnisation de douze mois;
- une erreur de droit dans son calcul du montant de dommages-intérêts découlant du préavis étant donné :
 - qu'il a omis d'inclure la totalité des revenus d'emploi de l'intimé dans le calcul de son revenu total et
 - qu'il a omis de déduire le revenu d'emploi de l'intimé du total des dommages-intérêts qu'il a accordés.

II. Norme de contrôle

[8] La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer lorsqu'une évaluation des dommages-intérêts est portée en appel a été énoncée par le juge Binnie, de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 943, [2001] A.C.S. n° 56 (QL), 2001 CSC 58, au par. 80 :

Tous reconnaissent que la Cour d'appel ne peut substituer sa propre perception du montant approprié de dommages-intérêts que s'il est possible de démontrer que le juge de première instance a commis une erreur quant au principe de droit applicable ou qu'il a mal compris la preuve (*Lang c. Pollard*, [1957] R.C.S. 858, p. 862), s'il est possible de démontrer qu'aucun élément de preuve ne justifiait la conclusion du juge de première instance (*Woelk c. Halvorson*, [1980] 2 R.C.S. 430, p. 435), si le juge de première instance n'a pas tenu compte de facteurs pertinents pour évaluer les dommages-intérêts ou s'il a pris en considération des facteurs non pertinents, ou encore si, en définitive, son appréciation des dommages-intérêts était « manifestement incorrecte » ou entachée d'une « erreur sérieuse » (*Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, p. 235; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 810; *Widrig c. Strazer*, [1964] R.C.S. 376, p. 388-389; *Woelk*, précité, p. 435-437; *Waddams*, op. cit., par. 13.420; H. D. Pitch et R. M. Snyder, *Damages for Breach of Contract* (2^e éd. 1989), 15§5. Toutefois, si une seule ou plusieurs de ces conditions sont remplies, la Cour d'appel doit intervenir.

Notre Cour a adopté cette norme dans l'arrêt *Walsh et al. c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.* (2003), 257 R.N.-B. (2^e) 331, [2003] A.N.-B. n° 166 (QL), 2003 NBCA 32, aux par. 20 et 21, en ce qui concerne la déférence dont il faut faire preuve envers des conclusions de fait telles que la période de préavis raisonnable qu'il convient d'accorder dans une action pour congédiement injustifié.

III. Analyse et décision

[9] La jurisprudence appuie la proposition selon laquelle les employés « saisonniers » peuvent être licenciés sans préavis à la fin de la saison : G. England, R. Wood et I. Christie, *Employment Law in Canada*, vol. 2, feuillets mobiles, 4^e éd. (Toronto: LexisNexis Butterworths, 2005), au par. 12.18. Toutefois, en l'espèce, le juge du procès est arrivé à la conclusion que M. Paulin « était un employé permanent de [M. Vibert] à titre d'homme de pont ». Comme je l'ai indiqué plus haut, le juge du procès a fondé cette opinion sur sa conclusion qu'il existait un système de rappel entre M. Vibert et M. Paulin.

[10] Dans l'arrêt *Savoie c. Chiasson et al.* (2000), 231 R.N.-B. (2^e) 378, [2000] A.N.-B. n^o 462 (QL), 2000 NBCA 56, le juge du procès avait conclu que l'emploi de M. Savoie était de durée indéfinie même s'il n'était employé que sur une base saisonnière. En appel devant notre Cour, le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) a conclu qu'en pareilles circonstances, il ne faisait aucun doute que M. Savoie avait droit à un avis de congédiement raisonnable. Par conséquent, étant donné que le juge du procès a conclu en l'espèce que M. Paulin était un employé permanent (ou que son emploi était de durée indéterminée), il suffit seulement de répondre aux questions suivantes : (1) est-il raisonnable d'accorder l'équivalent de sept mois d'indemnités tenant lieu de préavis dans les circonstances et (2) le juge du procès a-t-il eu raison d'accorder à M. Paulin une somme au titre de la perte de cinq mois de prestations d'assurance-emploi?

[11] En l'espèce, l'évaluation que le juge du procès a faite du préavis raisonnable auquel avait droit M. Paulin est extrêmement élevée. Par ailleurs, comme M. Vibert l'a souligné, la somme accordée est difficilement conciliable avec les décisions que les tribunaux de la province ont rendues en la matière (voir *Savoie c. Chiasson*, au par. 24). Cependant, comme cela est expliqué dans l'arrêt *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, une cour d'appel ne peut modifier la décision qu'a rendue le juge du procès relativement à la longueur du préavis que si ce dernier a commis une erreur de principe en appliquant un critère erroné, s'il a commis une erreur dans son évaluation des

dommages-intérêts ou si la période de préavis raisonnable était « manifestement incorrecte » ou entachée d'une « erreur sérieuse ».

[12] Notre Cour a souvent affirmé que la logique qui doit présider à l'évaluation d'une période de préavis raisonnable est « de donner à l'employé congédié une occasion équitable de trouver un emploi semblable ou comparable à celui qu'il occupait » : *Bishop c. Carleton Co-operative Ltd.* (1996), 176 R.N.-B. (2^e) 206 (C.A.), [1996] A.N.-B. n° 171 (QL), au par. 10; *Dick c. Canadian Pacific Ltd.* (2000), 230 R.N.-B. (2^e) 39, [2000] A.N.-B. n° 373 (QL), 2000 NBCA 10, au par. 51; *Lum c. Shaw Communications Inc.* (2004), 270 R.N.-B. (2^e) 141, [2004] A.N.-B. n° 172 (QL), 2004 NBCA 35, au par. 13.

[13] Dans son ouvrage intitulé *The Law of Dismissal in Canada*, feuillets mobiles, 3^e éd. (Aurora : Canada Law Book Inc., 2003), le professeur H.A. Levitt déclare aux pages 8-3 et 8-4 qu'il n'existe pas de règles absolues pour déterminer ce qui constitue un préavis raisonnable mais qu'il peut être utile de se référer à des décisions judiciaires analogues :

[TRADUCTION]

Il n'existe aucune formule déterminée pour établir ce qui constitue un préavis raisonnable de renvoi. Il n'y a que des lignes directrices. Ces lignes directrices sont les principes énoncés par les tribunaux et l'examen de décisions antérieures portant sur des faits analogues, notamment s'il s'agit de décisions rendues dans la même province ou si elles ont trait à des salariés ayant une situation professionnelle semblable qui ont été renvoyés en même temps par la même compagnie.

[...]

En fin de compte, chaque cas doit être tranché en fonction des circonstances et des faits qui lui sont propres.

[14] Dans l'arrêt *Bramble et al. c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 R.N.-B. (2^e) 111 (C.A.), [1999] A.N.-B. n° 307 (QL), le juge d'appel

Drapeau (maintenant juge en chef) a rejeté le recours à une formule pour déterminer ce qui constitue un préavis raisonnable au par. 40 :

[TRADUCTION]

Il est bien établi en droit que la définition de ce qui constitue un préavis raisonnable varie d'une instance à l'autre en fonction des circonstances propres à l'instance. Voir l'arrêt *Machtinger*, précité, à la page 998. Il s'ensuit que l'on ne peut recourir à une approche s'appuyant sur une formule pour déterminer ce qui constitue un préavis raisonnable. Bien que les formules soient considérées comme attrayantes dans le monde des affaires, surtout parce qu'elles apportent certitude et prévisibilité, elles ont été largement rejetées par les tribunaux judiciaires. Les tribunaux se sont montrés réfractaires à leur application parce que celles-ci sont incompatibles avec ce qui a été considéré, de toute éternité, comme un des objectifs fondamentaux de la décision judiciaire, savoir l'individualisation de la justice.

[15] De plus, le juge Drapeau réitère dans l'arrêt *Bramble* les facteurs qu'il convient de prendre en considération dans des instances de cette nature : On doit décider si le préavis est raisonnable en tenant compte de la nature de l'emploi (lorsque la preuve rend ce facteur pertinent), des années de service de l'employé, de son âge, et de l'existence d'emplois comparables, eu égard à l'expérience, à la formation et à la compétence de l'employé : *Bardal c. The Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140, [1960] O.J. No. 149 (H.C.) (QL), p.145; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, [1992] A.C.S. n° 41 (QL), par. 22; et *Dey c. Valley Forest Products Ltd.* (1995), 162 R.N.-B. (2^e) 207 (C.A.), [1995] A.N.-B. n° 240 (QL), p. 213.

[16] Dans *Bramble*, aux par. 57 à 65, le juge Drapeau discute en détail de la pertinence de chacun des facteurs appropriés et souligne notamment que le rôle donné à la nature de l'emploi n'est pas toujours pertinent. En résumé, en l'absence d'une preuve explicite établissant l'existence d'un lien entre la nature de l'emploi perdu et la difficulté de trouver un emploi de remplacement, le tribunal peut ne pas tenir compte de la nature de l'emploi pour fixer la durée du préavis.

[17] Dans l'arrêt *Bramble*, le juge Drapeau évoque ensuite l'importance de se reporter à des décisions antérieures lorsque l'on détermine ce qui constitue un préavis raisonnable dans des instances de congédiement injustifié, mais il lance une mise en garde au par. 72 en indiquant que chaque affaire analogue doit être analysée à la lumière du contexte particulier dans lequel la décision a été rendue :

Bien que pour déterminer ce qui constitue un préavis raisonnable, il faille nécessairement se servir de son jugement, il ne s'agit pas d'un pouvoir discrétionnaire illimité. À cet égard, il est bien établi que les tribunaux de première instance doivent, lorsque les circonstances le permettent, déterminer ce qui constitue un préavis raisonnable dans une instance quelconque, du moins en partie, en se reportant à des décisions antérieures comparables, tout particulièrement celles rendues par notre cour. Le processus d'identification des instances comparables exige que les décisions antérieures soient soigneusement décortiquées et analysées, et que, ce faisant, on tienne compte du fait que chacune est le produit des subtilités factuelles qui lui sont propres ainsi que du contexte général dans lequel elle a été rendue. Une fois que des affaires comparables sont trouvées, toute une gamme de délais de préavis devrait s'en dégager et apporter des orientations. Par définition, les décisions antérieures appartiennent au passé. Il est donc essentiel que les résultats obtenus dans les instances comparables dont on se sert pour établir une échelle de délais convenable soient adaptés en fonction du contexte actuel.

[18] En l'espèce, le juge du procès a accordé à M. Paulin sept mois de salaire tenant lieu de préavis; cela dépasse clairement la fourchette des indemnités que les tribunaux de la province ont habituellement accordées aux employés « saisonniers ». Dans l'arrêt *Saunders c. Fredericton Golf & Curling Club Inc.* (1994), 151 R.N.-B. (2^e) 184 (C.A.), [1994] A.N.-B. n^o 291 (QL), il était question d'un préposé à l'entretien des terrains et tractoriste qui avait travaillé chaque année sur une base saisonnière, d'avril ou mai à octobre ou novembre, pendant 30 ans. L'employé n'a pas été informé de son congédiement à la fin de la saison 1991; il ne l'a été que juste avant le début de la saison suivante. Le juge en chef Hoyt lui a accordé des dommages-intérêts calculés à partir du

revenu qu'il avait gagné la saison précédente, ce qui représentait en fait cinq mois d'indemnité tenant lieu de préavis.

[19] Dans une autre affaire de congédiement injustifié, *Beaudin c. Bezeau* (1998), 195 R.N.-B. (2^e) 376 (C.B.R.), [1998] A.N.-B. n^o 33 (QL), un employé saisonnier avait travaillé comme aide-pêcheur pendant cinq saisons de pêche, à raison de douze semaines par an en moyenne. Le juge Riordon a provisoirement évalué les dommages-intérêts sur la base d'un préavis raisonnable de trois mois.

[20] Dans *Jordison c. Caledonian Curling Co-operative Ltd.* (2000), 190 Sask.R. 32, [2000] S.J. No. 75 (QL), 2000 SKQB 55, le juge du procès a statué qu'une indemnité de sept mois tenant lieu de préavis était appropriée dans le cas d'un employé injustement congédié qui comptait quinze années de service saisonnier à titre de préposé à la fabrication de la glace dans un club de curling. Dans *Levy c. Ken-Wo Country Club* (2001), 194 N.S.R. (2d) 213, [2001] N.S.J. No. 226 (QL), 2001 NSSC 84, la cour a déterminé que l'équivalent d'une saison de préavis devait être accordé à un employé d'un club de golf qui avait occupé un emploi saisonnier pendant vingt-quatre ans. Dans *Gray c. Manvers (Township)*, [1992] O.J. No. 2898 (Div. Gén.) (QL), le juge du procès a accordé une indemnité de six mois en remplacement du préavis à un employé saisonnier comptant quinze années de service.

[21] Il est encore plus important de noter que dans l'arrêt *Savoie c. Chiasson*, une instance portant sur le même type d'emploi que celui qui est en cause, notre Cour a statué qu'un préavis de douze mois était tout à fait convenable dans le cas d'un employé de 55 ans qui avait occupé un emploi saisonnier dans l'industrie de la pêche pendant quinze ans.

[22] Comme je l'ai indiqué plus haut, le principal objectif du préavis est de donner à l'employé congédié une possibilité raisonnable de trouver un emploi analogue ou un autre emploi. Comme le souligne l'avocate de M. Vibert, étant donné que M. Paulin occupait un emploi saisonnier, il était libre de consacrer ses énergies à la

recherche d'un autre emploi pendant la période de préavis, hors saison. Cette situation se distingue des faits de l'arrêt *Bramble*, où les employés avaient continué à occuper leur emploi pendant la période de préavis et avaient donc dû chercher du travail les soirs et les fins de semaine. Par conséquent, la question qui reste à trancher est celle qui était posée dans *Bramble* : l'employeur a-t-il donné à l'employé une occasion raisonnable de trouver un autre emploi pendant la période effective de préavis?

[23] M. Paulin a déménagé à Bathurst en 2003 pour rejoindre sa conjointe qui y suivait un cours. Le juge du procès n'a tiré aucune conclusion qui aille à l'encontre du fait que M. Paulin avait largement le temps de chercher du travail pendant la semaine régulière de travail. Par conséquent, le principal objectif du préavis pouvait être atteint au moyen d'une période de préavis plus courte.

[24] En outre, je suis respectueusement d'avis que le juge du procès a commis une erreur en accordant trop d'importance à la nature de l'emploi et au manque de possibilités d'emploi de ce genre dans la région de la Péninsule acadienne. Il en découle que le juge du procès a commis une erreur de principe en n'accordant pas suffisamment de poids à l'âge et aux années de service de M. Paulin. M. Paulin avait 34 ans lorsqu'il a été remercié de ses services et il avait travaillé pour l'entreprise de pêche de M. Vibert pendant environ deux ans. Ces faits établissent clairement une distinction entre la présente instance et la jurisprudence citée, et ils m'amènent à conclure que la décision que le juge du procès a rendue relativement à la période de préavis raisonnable est entachée d'une erreur grave ou « sérieuse » et devrait être annulée par notre Cour.

[25] Il serait erroné de laisser entendre, comme semble le faire le juge du procès dans sa décision, que si un pêcheur qui occupe un emploi saisonnier ne reçoit pas un avis de cessation d'emploi à la fin de la saison de pêche dans une année donnée, ce pêcheur aura automatiquement droit à une année d'indemnisation au titre de la saison de pêche suivante, et ce qu'il ait 24 ans ou 34 ans ou qu'il ait travaillé pendant deux ans ou quinze ans. Cela reviendrait à imposer une formule, méthode qui a été rejetée dans l'arrêt *Bramble*.

[26] Par conséquent, j'arrive à la conclusion que M. Paulin devrait avoir droit à quatre mois de salaire tenant lieu de préavis pour la période allant du 7 janvier 2004 au 7 mai 2004. En particulier, la date à laquelle M. Paulin a reçu la lettre de M. Vibert, soit le 7 janvier 2004, était la date effective du congédiement. Les quatre mois de préavis nous amèneraient au 7 mai 2004 inclus. D'après son relevé d'emploi pour la saison de pêche au homard de 2003, M. Paulin aurait commencé à travailler le 28 avril 2004 ou aux environs de cette date. Il manquait donc une semaine à la période de préavis. Je lui accorderais donc 750 \$ de dommages-intérêts (sur la base de 7500 \$ pendant 10 semaines de travail).

[27] Étant donné que j'ai statué que le présent appel devrait être accueilli et que la durée du préavis devrait être ramenée à quatre mois, M. Paulin ne serait pas admissible à des prestations d'assurance-emploi. Je ne crois pas nécessaire de revenir sur les 11 151 \$ de dommages-intérêts que le juge du procès a accordés à M. Paulin au titre de la somme qu'il aurait reçue sous forme de prestations d'assurance-emploi s'il avait travaillé pendant la saison de pêche 2004. Aucun des avocats n'a pu citer un précédent quelconque à l'appui de la thèse selon laquelle l'employeur devrait être tenu de verser à un employé le montant de prestations d'assurance-emploi que ce dernier n'a pas pu toucher parce qu'il n'avait pas accumulé le nombre de semaines nécessaire pour y être admissible. À mon avis, il serait prudent de remettre à plus tard une discussion sur les mérites de ce nouveau point de droit, en attendant qu'il soit pleinement débattu devant une instance inférieure.

[28] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel et je modifierais le jugement rendu au procès de façon à accorder à l'intimé 750 \$ d'indemnité tenant lieu de préavis avec intérêt simple à compter du 13 juillet 2005, date du dépôt de l'action. L'intimé aurait normalement droit aux dépens calculés sur la base d'un montant-clé de 750 \$ en ce qui concerne l'instance inférieure, et étant donné que l'appelant a obtenu gain de cause en appel dans une certaine mesure, il aurait normalement droit aux dépens à ce

niveau. Dans les circonstances, j'ordonnerais que chaque partie supporte ses propres dépens relatifs à toutes les instances.