

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

78-18-CA

J. CLARK & SON, LIMITED

J. CLARK & SON, LIMITED

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF
THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK, as
represented by the DIRECTOR OF
EMPLOYMENT STANDARDS

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DE LA
PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK,
représentée par la DIRECTRICE DES NORMES
D'EMPLOI

RESPONDENT

INTIMÉE

J. Clark & Son, Limited v. Her Majesty the Queen
in Right of the Province of New Brunswick, as
represented by the Director of Employment
Standards, 2019 NBCA 31

J. Clark & Son, Limited c. Sa Majesté la Reine du
chef de la Province du Nouveau-Brunswick,
représentée par la Directrice des normes d'emploi,
2019 NBCA 31

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
June 22, 2018

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 22 juin 2018

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2018 NBQB 115

Décision frappée d'appel :
2018 NBBR 115

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
November 27, 2018

Appel entendu :
le 27 novembre 2018

Judgment rendered:
April 11, 2019

Jugement rendu :
le 11 avril 2019

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice French

Motifs de jugement :
l'honorable juge French

Concurred in by:
The Honourable Chief Justice Richard
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge en chef Richard
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the Appellant:
Chad M. Sullivan

Pour l'appellante :
Chad M. Sullivan

For the Respondent:
Keith Mullin

Pour l'intimée :
Keith Mullin

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$2,500 payable by J. Clark & Son, Limited.

L'appel est rejeté et J. Clark & Son, Limited est condamnée à des dépens de 2 500 \$.

The judgement of the Court was delivered by

FRENCH, J.A.

I. Introduction

[1] Following the receipt of a complaint from a dismissed employee in November 2016, the Director of Employment Standards issued an Order of Director (Form 1) requiring J. Clark & Son Limited to pay the employee: (1) \$2,195.93 in unpaid wages, based on the minimum wage rate; and (2) \$1,258.59 as two weeks pay in lieu of notice of termination. Clark disputed the Order and the matter was referred to the Labour and Employment Board, pursuant to s. 67 of the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2. Although the Board vacated the Order, the Director applied for judicial review and a judge of the Court of Queen's Bench quashed the Board's decision. Clark appealed that decision to this Court.

[2] Clark maintains the dismissed employee is not owed unpaid wages, arguing the minimum wage hourly rate is not applicable to employees whose compensation includes commissions from the sale of cars and related products, and even if the minimum wage applied, the total compensation paid by Clark during the period of employment exceeded the amount required to be paid based on the minimum wage.

[3] Clark also maintains the dismissed employee was not entitled to receive the statutory two weeks notice of termination since she frustrated its intention to terminate her before she had been employed for six months and became entitled to two weeks notice under the *Act*. Clark submits the employee's effort to frustrate notice of termination is evidenced by her leaving work early the day before she became employed for six months (as she left at 6 p.m. instead of 8 p.m.) and filing a complaint with the Director the same day she was terminated.

[4] The issue of whether Clark is required to pay the minimum wage rate has a significance that could extend beyond the dismissed employee to Clark's other employees. A few months after issuing the first Order in April 2017, the Director issued a second Order requiring Clark to provide the pay history for all its employees. Clark also referred this second Order to the Board.

[5] The Board found the employee was not employed on an hourly basis, she was fundamentally paid by commission and the minimum wage rate did not apply. It also decided she was not entitled to the statutory two weeks notice of termination. The Board vacated the Director's first Order in August 2017 and second Order in September 2017.

[6] The Director's application for judicial review sought to quash the Board's decision respecting the first Order. The second Order was not part of the application.

[7] The application judge determined that the Board's decision regarding the minimum wage was unreasonable. He found the Board had erroneously concluded that *Stansfield v. Momentum Group Inc.*, 2012 NBQB 160, 389 N.B.R. (2d) 269, was determinative of the minimum wage issue. In *Stansfield*, Glennie J. decided the minimum wage did not apply to an independent contractor whose hours of work were unverifiable and who was paid solely by commission. The application judge concluded *Stansfield* was distinguishable and that two earlier decisions of the Employment Standards Tribunal, a predecessor to the Board, were directly on point. Both Tribunal decisions concluded the minimum wage applied to an employee of a car dealership who was paid by commission and whose other terms of employment were similar to those in the present case. Neither of the Tribunal decisions had been brought to the attention of, nor were they addressed by, the Board.

[8] The application judge also rejected, as unreasonable, the Board's alternative decision that s. 35(4) excluded the application of the minimum wage provisions by permitting the continuation of Clark's prior practice of paying employees by commission. The judge accepted the Director's position that s. 35(4) applied only to

the timing of the employer's obligation to pay wages; it did not operate to exclude the application of the minimum wage provisions of the *Act*.

[9] Lastly, the application judge found unreasonable the Board's determination that the dismissed employee was not entitled to notice of termination under s. 30 of the *Act*. He concluded that, even if the employee had sought to avoid receiving notice of termination the day before she became employed for six months (as Clark had alleged and the Board found), such conduct would not effectively estop the application of the *Act* and relieve Clark of the statutory obligation to provide two weeks notice.

[10] The application judge remitted the matter to the Board to determine the unpaid wages and pay in lieu of notice based on the minimum wage rate and, in particular, to address the parties' differing positions respecting Clark's claim that the total compensation paid during the period of employment satisfied any obligation to pay the minimum wage. This is the decision Clark appeals.

II. Grounds of Appeal

[11] Clark acknowledges the Board misinterpreted *Stansfield*; however, it maintains the application judge failed to, among other things, conduct an analysis to determine whether other reasons offered by the Board, or which might have been offered by the Board, could "salvage the result." Clark asserts the judge erred by:

- a) misapplying the reasonableness standard of review by:
 - failing to consider the reasons that could have supported the Board's decision;
 - failing to consider whether the dismissal of the Director's order was in the range of possible outcomes;
 - failing to consider the submissions of the parties before the Board; and
 - attempting to resolve allegedly conflicting decisions of the Board;

- b) basing his findings on grounds not argued;
- c) failing to consider the Director had an opportunity to raise the alleged errors in a subsequent hearing; and
- d) finding the Board exceeded its jurisdiction.

III. Standard of Review

[12] The appeal of a decision made on an application for judicial review of a board or tribunal requires this Court to assess whether the application judge identified the appropriate standard of review and applied it correctly. It is common ground the application judge correctly identified reasonableness as the standard to be applied to the assessment of the Board's decisions. To determine whether the application judge applied the standard of review correctly, "we must step into the shoes of the judge and focus our analysis on the administrative decision. Of course, this approach does not exclude consideration of the representations, admissions and reasons for judgment provided in first instance (see the cases referenced in *Regional Health Authority A v. Dr. Khider*, 2019 NBCA 5, at para. 10)" per Drapeau, J.A., for the Court, in *Canadian Union of Public Employees, Local 3515 v. Dieppe (City)*, 2019 NBCA 11, [2019] N.B.J. No. 21 (QL) at para. 5.

[13] The Board's decisions are protected from review by a privative clause "except on the grounds of an excess of jurisdiction or a denial of natural justice" (s. 54(2) of the *Act*); however, a Board decision that is unreasonable is a decision that is made in excess of its jurisdiction.

IV. Analysis

A. *Does the Minimum Wage Rate Apply?*

[14] As noted, the application judge rejected as unreasonable the Board's decision that: (1) the minimum wage rate did not apply; and (2) alternatively, the payment of the employee by commission was a permissible continuation of a prior practice, pursuant to s. 35(4), which effectively relieved Clark from the obligation to comply with the minimum wage provisions of the *Act*.

[15] The minimum wage regulation "applies to every employee and employer in New Brunswick" unless otherwise provided in the *Act* or regulations (*Minimum Wage Regulation – Employment Standards Act*, s. 3). Notwithstanding Clark's understanding that the minimum wage did not apply to its commissioned salespersons, as was explained to the Board, Clark does not rely on an exemption to s. 3 of the regulation; there is no applicable exemption under either the *Act* or the regulation.

[16] Subsection 5(1) of *Minimum Wage Regulation – Employment Standards Act*, N.B. Reg 2016-18 (the regulation applicable during the time the employee worked for Clark) provides that "the minimum wage is \$10.65 per hour" unless ss. 5(3) is applicable. Subsection 5(3) provides that the minimum wage for employees "whose hours of work per week are unverifiable and who are not strictly employed on a commission basis is \$468.60 per week."

[17] The terms of employment are key to the question of whether the minimum wage applies. They are not disputed. Clark and the employee signed an employment contract on May 24, 2016, her first day of work. She was paid \$350 per week plus commissions from the sale of cars and related products, which were paid once a month. She also received a car allowance. The \$350 weekly amount included a base pay of \$150 per week that was paid to all such employees, independent of any commission income earned during the month. The additional \$200 was payable to the dismissed employee during the first six months of employment, apparently as a top-up that was available to assist new employees. It was described as an advance and the \$200 would be "deducted" from commissions paid to the employee at the end of the month. However, the \$200 was also described as a guarantee since no portion of it was required to be repaid if the

monthly commissions earned were less than \$800 (4 x \$200; notably, the evidence was not 4.33 x \$200). On this basis, it would appear the employee received a base income of \$350 per week (guaranteed) plus commissions earned in excess of \$800 per month. In any case, the undisputed fact is that the employee's compensation included a base income, paid weekly, plus commissions, earned and paid monthly. To use the language of s. 5(3), the employee was not "strictly employed on a commission basis."

[18] While Clark agrees the Board erred by misinterpreting *Stansfield*, it does not agree with all of the Director's submissions. The Director maintains the Board misapprehended the dismissed employee's income by characterizing it as being fully commission based, and it misinterpreted the facts in *Stansfield*, which collectively led the Board to erroneously conclude the minimum wage issue in this case had "already been decided as a matter of law ... [by] *Stansfield*." The Board stated:

[...] At para 38 of his decision, Glennie J. noted a \$250 weekly payment was a draw or advance on the employee's earned commission on sales. This advance payment mirrors the \$350 guarantee paid to [the employee] as an advance on her commission on sales – as a minimum guarantee during her learning period.

Like the plaintiff in *Stansfield*, [the employee] was not an employee paid on an hourly basis. She was paid on commission and the \$350 guaranteed advance does not change the fundamental nature of the terms of her employment. She cannot now change the terms and conditions of her employment to an hourly rate and claim the benefit of the minimum wage provisions of the *Employment Standards Act*. That claim has been authoritatively decided against her by the Court in *Stansfield*.

The *Stansfield* analysis and result is consistent with the Minimum Wage Regulation, NB Reg 2016-18, section 5, above, which expresses the minimum wage first as a[n] hourly rate; as a minimum applicable to piece workers; and for employees whose hours are "unverifiable and... not strictly employed on a commission basis". The Regulation does not express a minimum wage applicable to employees compensated "strictly on a commission basis". Like the

employee in Stansfield, [the employee] was employed “strictly... on a commission basis”. She was not, at anytime, paid on an hourly basis – which is consistent with the evidence that her employer did not track or record her hours of work. [Emphasis added.]

[19] As acknowledged by Clark, there is no doubt the Board erred by misinterpreting *Stansfield*. However, in my opinion, the Board did not misapprehend the evidence of the employee’s pay despite its statement that: “Like the employee in *Stansfield*, [the employee] was employed ‘strictly...on a commission basis’.” Elsewhere in its reasons the Board clearly recognized that the employee earned a base pay, including \$150, that was “supplemented by commissions.” Read in context, it appears the Board concluded the dismissed employee was not employed on an hourly basis and, despite the guarantee, she was fundamentally a commission-based employee and this was sufficient to draw a parallel with *Stansfield*. The Board explained that “[s]he cannot now change the terms and conditions of her employment to an hourly rate and claim the benefit of the minimum wage provisions [...]” In any event, the Board mistakenly equated the circumstances of the dismissed employee to those in *Stansfield*. The differences are significant, as the application judge explained:

The facts in *Stansfield* are not similar to this case. Ms. Stansfield was found to be an independent contractor. The employee in this case signed an “Employment Agreement” to “commence employment”. She worked scheduled hours and had to formally request vacation time. The Board itself was critical of her for having left work early on November 23, 2016. Her wages included some commissions. She was not an independent contractor. The Board’s reliance on *Stansfield* was in error. [para. 22]

[20] In its reasons, the Board also observes its conclusion that the minimum wage does not apply is consistent with the legislative schemes in Nova Scotia and Ontario. The Board notes the applicable minimum wage regulation in Nova Scotia expressly excludes “automobile salespersons” and in Ontario it expressly excludes “a salesperson... who is entitled to receive all or any part of his or her remuneration as commissions.” The difference between the schemes in Nova Scotia and Ontario and the

Minimum Wage Regulation arguably renders them unhelpful to the interpretation of the regulation.

[21] However, more significant to the interpretation of the *Minimum Wage Regulation* are two decisions of the Employment Standards Tribunal which undertook an entirely different analysis than the Board and came to a different interpretation. As the application judge explained:

Unfortunately the Board was not aware of two earlier decisions of a predecessor board under the *Employment Standards Act*, the New Brunswick Employment Standards Tribunal. Those decisions concluded that automobile sales people earning commissions are employees and are entitled to receive at least the minimum wage for their hours worked. Those decisions are *Corey v. Fundy Motors (1980) Ltd.*, [1988] N.B.E.S.D. No. 28 (Chairman G. Stewart Baker); and *Magee v. Centennial Pontiac-Buick GMC Ltd.*, [1990] N.B.E.S.D. No. 22 (Chairman Allison Whitehead).

In *Corey* the Tribunal said:

“It having been determined that Corey was an employee of Fundy Motors during the period with which we are concerned, it must now be noted that the minimum wage requirements apply to all employees regardless of how their wages are calculated unless they are specifically exempted from the application of the Act or Regulation. Corey was paid on a commission basis and while automotive salesmen are exempted from the provisions of the Act concerning public holidays (see the General Regulation - Employment Standards Act) they are not exempted from the provisions of the Minimum Wage Regulation”.

In *Magee* the Tribunal ruled:

“Under the circumstances such as exist herein where salary is based on commission only, ... [and] an employee must also be present for certain hours and is under the control and direction of the employer, such an employee must receive at least the minimum wage per hour.” [paras. 23-25]

[22] In both *Corey* and *Magee* the Tribunal determined there was an employment relationship. Then, after noting automobile salespersons are exempted from the provisions of the *Act* relating to holidays and vacations, the Tribunal found that such employees are not exempted from the minimum wage provisions. Even where the compensation was entirely by commission, but the hours worked were verifiable, the Tribunal found that the minimum wage rate applied. It is worth noting that neither of the Tribunal decisions turned on whether the employee was paid on a strictly commission basis nor was it relevant that the employee had not been hired on an hourly basis.

[23] I do not agree with Clark's submission that the application judge erred by misapplying the reasonableness standard or that it is possible to "salvage" the Board's decision by either finding a basis to do so in the Board's reasons or the record as a whole. The Board did not conduct a separate interpretive analysis of the *Minimum Wage Regulation* since it grounded its decision in *Stansfield*, albeit mistakenly. Additionally, the reasons in both *Corey* and *Magee* provide rational, persuasive interpretations of the *Minimum Wage Regulation* and the application judge's endorsement of those interpretations is substantively beyond question. Clark has not identified anything in the record that would either compel a different interpretive analysis than that undertaken in *Corey* and *Magee* or otherwise support the disposition by the Board.

[24] Moreover, the application judge's analysis did not include an unjustifiable attempt to resolve conflicting decisions of a specialist board, as Clark submits is the case. While the Board's decision conflicts with *Corey* and *Magee*, this is the result of the Board making an obvious error; the Board did not address those decisions and instead applied *Stansfield*.

[25] In my view, the Board's decision respecting the application of the minimum wage is unreasonable and accordingly, I agree with the application judge's finding and would dismiss this ground of appeal.

B. Does s. 34(5) permit Clark to claim that its prior practice of compensating by commission means the Minimum Wage Regulation does not apply?

[26] The Board concluded there was a second basis to justify why the minimum wage did not apply. The Board stated Clark had the right, under s. 35(4), to continue its practice of paying commission monthly. The Board said:

Alternatively, the Board notes that the same result is achieved by application of section 35(4) of the Act which permits the continuation of a 'practice' in existence when that provision came into effect (1 December 1982). The evidence in this matter is that compensation of sales employees by earned commissions pre-dates the provision.

[para. 55]

[Emphasis added]

[27] The application judge found the Board's interpretation of the legislation to be plainly wrong, as the Director maintained. He said:

Section 35(4) does not purport to exempt employees who are paid commissions on sales from the minimum wage provisions of the *Act*. Nor does it change the legal requirements that an employer maintain the "accurate records" and pay the minimum wage to an employee in each pay period. The Board erred in its interpretation of s. 35(4). [para. 36]

[28] For good reason, the application judge's decision respecting the application of s. 35(4) is not seriously challenged on appeal. The provision reads:

Payment of wages

35(1) Subject to subsection (4), an employer shall pay his employees at such times that the interval between pays is of not more than sixteen days.

35(2) An employer shall, when paying an employee, include all wages earned up to and including a day that is not more than

Paiement du salaire

35(1) Sous réserve du paragraphe (4), un employeur doit payer les salariés qu'il emploie à seize jours d'intervalle au plus.

35(2) Un employeur doit, lorsqu'il paie un salarié, lui verser la totalité du salaire qu'il a gagné jusqu'au septième jour civil inclus

seven calendar days prior to the time fixed for payment.

qui précède la date fixée pour le paiement.

35(3) An employee who is absent at the time fixed for payment or who, for any other reason, is not paid at that time, is entitled to be paid on demand any time thereafter during regular hours of work.

35(3) Un salarié qui est absent à la date fixée pour le paiement ou qui, pour toute autre raison, n'est pas payé à cette date, a droit d'obtenir paiement sur simple demande durant les heures normales de travail.

35(4) An employer is not required to comply with subsections (1) and (2) if the payments are otherwise made in accordance with the terms of a practice existing at the time this section comes into force or under the terms of a collective agreement or in accordance with the provisions of an order of the Director with respect thereto granted on application.

35(4) Un employeur n'est pas tenu de se conformer aux paragraphes (1) et (2) si le paiement du salaire se fait autrement selon un usage existant à la date d'entrée en vigueur du présent article, ou selon les clauses d'une convention collective ou selon une ordonnance que le Directeur a rendue à ce sujet à la suite d'une demande qui lui a été adressée.

[29] There is no doubt that an exemption from the application of ss. 35(1) and (2), pursuant to s. 35(4), may permit Clark to continue to pay commissions once a month; however, it does not exempt Clark from the application of the *Minimum Wage Regulation*. The Board's decision is unreasonable and the application judge correctly applied the standard of review in coming to this conclusion.

C. *The Application Judge's Decision to Refer the Matter to the Board*

[30] After concluding the Board's decision was unreasonable, the application judge decided the minimum wage rate applied to the dismissed employee and he remitted the matter to the Board to determine the amount payable. It was appropriate for the judge to make the decision that ought to have been made and there is no error in his determination that the minimum wage rate applies. The relevant terms of employment were undisputed, the evidence of the employee's hours was clear and the prior decisions of the Board (the Tribunal decisions in *Corey* and *Magee*) were applicable.

[31] As part of his order sending the matter back to the Board, the judge directed the Board to address the issue of the employee's commission income and the minimum wage requirements in relation to Clark's pay periods. As noted, Clark disputes the Director's calculation of the unpaid wages due to the employee, even if the minimum wage applies. Clark maintains it paid the dismissed employee more during the entire period of her employment than was required to be paid at the minimum wage rate over the same period. The Director's calculation of the unpaid wages began with the determination of the amount payable to the employee, based on her hours worked at the minimum wage rate, for each of her two-week pay periods. The Director then credited against this obligation the employee's weekly pay and the commissions attributable to each two-week pay period (although commissions were paid monthly). Clark maintains there is no basis under the *Act* or regulations for the Director's approach and says it mistakenly results in the employee appearing to be underpaid during some two-week periods (where her income, including commissions, was less than minimum wage) and ignores the excess she earned during other periods (when her earned income was more than minimum wage). Clark submits that it is unreasonable to disregard the pay periods where the employee's actual income exceeded the minimum wage and the whole period of employment must be considered when determining whether the employee was underpaid. In my view, this was an issue appropriately left to the Board. It had not been adjudicated and it is certainly not an issue this Court should now determine.

D. *Notice of Termination*

[32] The *Act* provides that, after six months of employment, an employer shall not terminate an employee (without cause) without giving at least two weeks written notice of termination (s. 30(1)(a)).

[33] In this case, the employee was dismissed on November 24, 2016, without cause and without notice. Her first day of work was May 24, 2016, when she signed the employment contract. At the time she was terminated, she had been employed for six

months, notwithstanding Clark's submission that she had been employed less than six months since she was terminated before she began her duties on November 24th.

[34] The Board concluded s. 30(1)(a) did not apply and the dismissed employee was not entitled to two weeks notice of termination. The Board stated:

The hearing before the Board was by way of a *hearing de novo* with the legal burden of proof on the Deputy Director Robichaud-Bishop's testimony in this regard was unsatisfactory – she did not recall leaving work early on 23 November 2016 and thus provided no explanation for her absence from work. A logical inference from the known facts is that she learned of the employer's intention to terminate her employment and left in order to frustrate that intention. She had an opportunity at the hearing to counter this inference of fact but did not.

It is not open to a party to intentionally frustrate the legal rights of another party without legal justification.

[paras. 59-60]

[Emphasis added.]

[35] On the judicial review, the application judge accepted the essence of the Director's position that the Board's decision was unreasonable because it concluded the employee's actions disentitled her to the benefit of s. 30(1)(a). The application judge explained this as follows:

[...] any inferred avoidance by her of the termination of her employment on the previous day in my opinion is insufficient to overcome the duty on the employer to obey a positive law to give her two weeks notice or pay in lieu.

As well section 28 of the *Act* directs that:

“... an employer shall not dismiss ... if the dismissal ... constitutes in any way an attempt by the employer to evade any responsibility imposed upon him under this Act...”.

In my view the Board's refusal to allow the employee the statutory two weeks pay in lieu of notice is an error and unreasonable. [...] [paras. 43-45]

[Emphasis added.]

[36] On appeal, Clark maintains the application judge erred by relying on provisions of the *Minimum Wage Regulations* and case law that were not argued on judicial review.

[37] I do not agree with Clark's claim that the application judge went beyond the live issues raised by the Application or the Director's submissions. The Notice of Application claimed the Board misinterpreted s. 30(1)(a) and the Director submitted that, since the employee was terminated after she had been employed for six months, there was no legal basis for the Board to preclude the operation of s. 30(1)(a). The Director maintained the Board's decision to deny the employee the benefit of s. 30(1)(a) was grounded in its erroneous conclusion that its operation, triggered by having been employed for six months, could be avoided by her prior conduct. In essence, this was the finding of the application judge.

[38] The record does not support a finding that the Board's decision is reasonable. The Board's decision is not based on an interpretation of s. 30(1)(a) nor any articulated principle of law. The foundation for the decision is captured by the Board's statement that the employee could not "intentionally frustrate the legal rights of another party without legal justification." Presumably, the Board meant that the employee could not intentionally avoid the exercise of Clark's right to terminate her in accordance with the employment contract, which it could do within the first six months.

[39] The Board accepted Clark's evidence that it intended to terminate the employee the day before it did but could not do so because she left at 6 p.m. The Board inferred the employee "learned of the employer's intention to terminate her employment and left in order to frustrate that intention."

[40] The inference was drawn from the fact that the employee left work two hours early, at 6 p.m. She had been scheduled to work from 8 a.m. until 8 p.m. There was no evidence of an attempt to terminate her before 6 p.m. Much was made of the fact the employee filed her complaint with the Director the same day she was terminated. Also, at the hearing before the Board, the employee did not remember leaving work early and could not provide an explanation for her early departure. There was evidence that she left early more often than not. Clark did not identify any evidence upon which the Board could infer that she learned of Clark's intention to terminate her or that she frustrated Clark's ability to terminate her by leaving work at 6 p.m. instead of 8 p.m. Clark's letter of termination was not prepared or signed until November 24, 2016, the morning the employee was terminated. While the evidence may provide a basis for speculation or conjecture regarding the employee's knowledge of Clark's intention to terminate her, it does not so easily ground a reasonable inference that the employee "learned of the employer's intention to terminate her employment and left in order to frustrate that intention," as the Board found to be the case.

[41] Significantly, the Board stated the legal burden of proof was on the Director to establish the basis for the orders made. While this is undoubtedly true as a general proposition, the same may not be said of Clark's assertion that the employee sought to "intentionally frustrate" its right to dismiss the employee before she became employed for six months. When addressing the burden of proof on the Director, the Board stated that the employee's "testimony in this regard was unsatisfactory – she did not recall leaving work early on 23 November 2016 and thus provided no explanation for her absence from work." However, it must be remembered that the Director established the employee was dismissed on November 24, 2016, after she had been employed for six months, without cause or notice. In the absence of anything else, this is sufficient to trigger the application of s. 30(1)(a). In these circumstances, the burden of establishing that the employee intentionally frustrated Clark's right to dismiss her (the day before she was terminated) rested with Clark.

[42] In view of all of this, I find the Board's decision unreasonable and I agree with the application judge's conclusion that any avoidance of termination by the employee on the previous day is "insufficient to overcome" the application of s. 30(1)(a). It was insufficient to effectively estop the legislative requirement to give notice. The Board's rationale for concluding otherwise is unreasonable and no other principled basis to exclude the application of the provision can be identified from the record.

E. *Failing to consider that the Director had an opportunity to raise the alleged errors in a subsequent hearing, and finding the Board exceeded its jurisdiction*

[43] There is no merit to either of these grounds of appeal. There was no opportunity for the Director to raise with the Board at the next hearing the issues advanced on judicial review. At the second hearing, the Board addressed Clark's referral of the Director's second Order. That appearance would not provide an opportunity to correct or otherwise relitigate the Board's determinations in connection with the first Order. They were final.

V. Disposition

[44] For these reasons I would dismiss the appeal.

[45] The Director requests costs against Clark and submits s. 54(3) of the *Act* does not restrict this Court's ability to award costs. Section 54(3) provides that, where a decision of the Board is reviewed and set aside, no costs shall be awarded against any party. Relying on that provision, the application judge did not order costs against Clark. The provision does not expressly address an appeal of the decision rendered on judicial review.

[46] The only such restriction imposed under the *Act* on this Court is contained in s. 55. Section 55(1) permits the Board to state a case for the opinion of this Court on a

question of law and following the disposition of the stated case, no costs shall be awarded “in any case stated under this section,” pursuant to s. 55(3).

[47] Had the Legislature intended s. 54(3) to extend to an appeal, it could have done so. Section 54(3) does not preclude this Court from ordering costs under Rule 59 of the *Rules of Court*.

[48] In dismissing the appeal, I would therefore order Clark to pay costs of \$2,500.

LE JUGE FRENCH

I. Introduction

- [1] À la suite d'une plainte déposée par une salariée licenciée en novembre 2016, la Directrice des normes d'emploi a rendu une ordonnance du directeur (formule 1) enjoignant à J. Clark & Son, Limited de verser à la salariée : (1) 2 195,93 \$ au titre d'une dette de salaire, en fonction du taux de salaire minimum; et (2) 1 258,59 \$ au titre d'une indemnité de préavis de deux semaines. Clark a contesté l'ordonnance et l'affaire a été déférée à la Commission du travail et de l'emploi en vertu de l'art. 67 de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2. La Commission a annulé l'ordonnance, mais la Directrice a présenté une requête en révision judiciaire et un juge de la Cour du Banc de la Reine a cassé la décision de la Commission. Clark a interjeté appel de cette décision devant la Cour.
- [2] Clark soutient qu'aucune dette de salaire n'est exigible par la salariée licenciée, faisant valoir que le taux horaire de salaire minimum ne s'applique pas aux salariés en partie rémunérés au moyen de commissions tirées de la vente d'automobiles et de produits connexes et que, même si le salaire minimum était applicable, la rémunération globale versée par Clark pendant la période d'emploi était supérieure au montant qu'il aurait fallu payer en fonction du salaire minimum.
- [3] Clark soutient aussi que la salariée licenciée n'avait pas droit au préavis de cessation de deux semaines prévu par la *Loi* puisqu'elle avait contrecarré son intention de la licencier avant qu'elle n'ait atteint six mois d'emploi et acquis le droit à ce préavis. Clark ajoute que les efforts consentis par la salariée pour contrecarrer son intention de lui remettre un préavis de cessation sont attestés par le fait qu'elle a quitté le travail avant la fin de la journée (à 18 h plutôt qu'à 20 h) le jour avant qu'elle n'atteigne six mois

d'emploi et qu'elle a porté plainte auprès de la Directrice le jour même de son licenciement.

[4] La réponse à la question de savoir si Clark doit payer le taux de salaire minimum a une portée qui pourrait dépasser la salariée licenciée et atteindre l'ensemble de ses salariés. Quelques mois après avoir rendu la première ordonnance, en avril 2017, la Directrice en a rendu une deuxième, qui enjoignait à Clark de fournir un état récapitulatif des paiements pour chacun de ses salariés. Clark a aussi fait déférer la deuxième ordonnance à la Commission.

[5] La Commission a conclu que la salariée n'était pas payée à l'heure, qu'elle était essentiellement rémunérée à la commission et que le taux de salaire minimum ne lui était pas applicable. Elle a aussi conclu que la salariée n'avait pas droit au préavis de cessation de deux semaines prévu par la *Loi*. La Commission a annulé la première ordonnance de la Directrice en août 2017 et la deuxième en septembre 2017.

[6] La requête en révision judiciaire présentée par la Directrice visait à faire casser la décision de la Commission relative à la première ordonnance. La deuxième ordonnance n'était pas visée par la requête.

[7] Le juge saisi de la requête a jugé déraisonnable la décision de la Commission concernant le salaire minimum. D'après le juge, la Commission avait conclu erronément que la décision *Stansfield c. Momentum Group Inc.*, 2012 NBBR 160, 389 R.N.-B. (2^e) 269, réglait la question du salaire minimum. Dans *Stansfield*, le juge Glennie a conclu que le salaire minimum ne s'appliquait pas à un entrepreneur indépendant dont le nombre d'heures de travail ne pouvait être vérifié et qui était rémunéré uniquement à la commission. Le juge saisi de la requête a conclu qu'il était possible de distinguer l'affaire *Stansfield* du cas d'espèce et que deux décisions antérieures du Tribunal des normes d'emploi, prédécesseur de la Commission, portaient directement sur ce point. Dans ces deux décisions, le Tribunal a conclu que le salaire minimum s'appliquait au salarié d'un

concessionnaire d'automobiles qui était rémunéré à la commission et dont les autres conditions d'emploi étaient semblables à celles en l'espèce. Aucune des deux décisions du Tribunal n'a été portée à l'attention de la Commission ni n'a été examinée par celle-ci.

[8] Le juge saisi de la requête a aussi rejeté, parce que déraisonnable, la conclusion subsidiaire de la Commission selon laquelle le par. 35(4) excluait l'application des dispositions sur le salaire minimum en autorisant la poursuite de l'usage antérieur de Clark de rémunérer ses salariés à la commission. Le juge a estimé comme la Directrice que le par. 35(4) ne concernait que le moment où l'employeur est tenu de verser le salaire; il n'a pas pour effet d'exclure l'application des dispositions sur le salaire minimum de la *Loi*.

[9] Finalement, le juge saisi de la requête a jugé déraisonnable la conclusion de la Commission selon laquelle la salariée licenciée n'avait pas droit au préavis de cessation prévu à l'art. 30 de la *Loi*. Il a conclu que, même si la salariée avait cherché à éviter de recevoir le préavis de cessation la veille de l'atteinte des six mois d'emploi (comme Clark l'avait prétendu et comme la Commission l'avait conclu), ce comportement ne pouvait exclure l'application de la *Loi* et soustraire Clark à l'obligation prévue par celle-ci de donner un préavis de deux semaines.

[10] Le juge saisi de la requête a renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle établisse le montant du salaire impayé et de l'indemnité de préavis en fonction du salaire minimum et qu'elle se prononce, en particulier, sur la prétention contestée de Clark selon laquelle elle s'était acquittée, avec la rémunération globale versée pendant la période d'emploi, de toute obligation pouvant exister de payer le salaire minimum. C'est de cette décision que Clark interjette appel.

II. Moyens d'appel

[11] Clark reconnaît que la Commission a interprété erronément la décision *Stansfield*; elle soutient toutefois que le juge saisi de la requête a notamment omis

d'examiner dans quelle mesure d'autres motifs avancés par la Commission, ou que la Commission aurait pu avancer, auraient pu [TRADUCTION] « préserver le résultat ». Clark soutient que le juge a commis les erreurs suivantes :

- a) il a mal appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable en
 - ne tenant pas compte d'éléments qui auraient pu étayer la décision de la Commission;
 - n'examinant pas si l'annulation de l'ordonnance de la Directrice faisait partie des issues possibles;
 - faisant abstraction des observations des parties devant la Commission;
 - tentant de résoudre des décisions apparemment contradictoires de la Commission;
- b) il a fondé ses conclusions sur des moyens non invoqués;
- c) il n'a pas pris en compte que la Directrice avait eu l'occasion de soulever les prétendues erreurs lors d'une audience subséquente;
- d) il a conclu que la Commission avait outrepassé sa compétence.

III. Norme de contrôle

[12] S'agissant de l'appel d'une décision tranchant une requête en révision judiciaire d'une décision d'une commission ou d'un tribunal administratif, la Cour doit établir si le juge saisi de la requête a cerné la norme de contrôle indiquée et s'il l'a appliquée correctement. Il n'est pas contesté que le juge saisi de la requête a estimé correctement que la norme de la décision raisonnable était celle applicable aux décisions de la Commission. Pour établir si le juge saisi de la requête a appliqué correctement la norme de contrôle, « nous devons nous mettre à la place du juge et faire porter le faisceau de notre analyse sur la décision administrative. Bien entendu, cette démarche n'exclut pas la prise en considération des représentations, des aveux et des motifs de jugement formulés en première instance (voir les arrêts recensés dans l'arrêt *Régie régionale de la santé A c. D' Khider*, 2019 NBCA 5, au par. 10) », le juge d'appel Drapeau, s'exprimant

au nom de la Cour, dans *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3515 c. Ville de Dieppe*, 2019 NBCA 11, [2019] A.N.-B. n° 21 (QL), par. 5.

[13] Une clause privative fait obstacle à la révision judiciaire « sauf pour excès de juridiction ou déni de justice naturelle » des décisions de la Commission (par. 54(2) de la *Loi*); la Commission excède sa juridiction, toutefois, lorsque la décision qu'elle rend est déraisonnable.

IV. Analyse

A. *Le taux de salaire minimum est-il applicable?*

[14] Comme il a été mentionné, le juge saisi de la requête a estimé déraisonnable et rejeté la décision de la Commission selon laquelle (1) le taux de salaire minimum n'était pas applicable et (2) la rémunération à la commission de la salariée, subsidiairement, constituait la poursuite autorisée par le par. 35(4) d'un usage antérieur, ce qui, en réalité, dispensait Clark de l'obligation de se conformer aux dispositions sur le salaire minimum de la *Loi*.

[15] Le règlement sur le salaire minimum « s'applique à l'ensemble des salariés et des employeurs du Nouveau-Brunswick », sauf disposition contraire dans la *Loi* ou ses règlements (*Règlement sur le salaire minimum – Loi sur les normes d'emploi*, art. 3). Clark a expliqué à la Commission qu'à son avis, le salaire minimum ne s'appliquait pas à ses vendeurs à la commission, mais sans invoquer une exception visée à l'art. 3 du règlement; ni la *Loi* ni le règlement ne prévoit une exception applicable.

[16] Le paragraphe 5(1) du *Règlement sur le salaire minimum – Loi sur les normes d'emploi*, Règl. du N.-B. 2016-18 (le règlement applicable lorsque la salariée travaillait pour Clark) prévoit que, sous réserve du par. 5(3), « le salaire minimum horaire est fixé à 10,65 \$ ». Le paragraphe 5(3) prévoit pour sa part que le salaire minimum des

salariés « dont le nombre d'heures de travail hebdomadaires ne peut être vérifié et qui ne sont pas strictement rémunérés à la commission est fixé à 468,60 \$ par semaine ».

[17] Les conditions d'emploi sont déterminantes pour établir si le salaire minimum est ou non applicable. Ces conditions ne sont pas contestées en l'espèce. Clark et la salariée ont signé un contrat d'emploi le 24 mai 2016, le jour où celle-ci a commencé à travailler pour l'employeur. La salariée recevait une rémunération de 350 \$ par semaine, en plus des commissions accordées pour la vente d'automobiles et de produits connexes et versées une fois par mois. Elle touchait aussi une allocation d'automobile. Le montant hebdomadaire de 350 \$ comprenait un salaire de base de 150 \$ par semaine versé à tous les salariés de ce type, indépendamment de toute commission gagnée pendant le mois. Le montant additionnel de 200 \$ était payable à la salariée licenciée pendant les six premiers mois de son emploi, comme supplément, semble-t-il, offert aux nouveaux employés pour leur venir en aide. Le montant de 200 \$, qualifié d'acompte, était [TRADUCTION] « déduit » des commissions versées à la salariée à la fin du mois. Ce montant était toutefois décrit aussi comme un minimum garanti, puisqu'aucune partie n'avait à en être remboursée si moins de 800 \$ était touché à titre de commissions un mois donné (4 x 200 \$; fait à noter, d'après la preuve, il ne s'agissait pas de 4,33 x 200 \$). En fonction de ces éléments, il semble que la salariée touchait un revenu de base (garanti) de 350 \$ par semaine, plus les commissions en sus de 800 \$ gagnées chaque mois. Quoi qu'il en soit, il n'est pas contesté que la rémunération de la salariée comprenait un revenu de base, versé chaque semaine, plus les commissions gagnées, versées chaque mois. Pour reprendre le libellé du par. 5(3), la salariée n'était pas « strictement rémunéré[e] à la commission ».

[18] Tout en convenant que la Commission a mal interprété *Stansfield*, Clarke est en désaccord avec certaines observations de la Directrice. La Directrice soutient que la Commission a mal compris le revenu gagné par la salariée licenciée en le définissant comme pleinement basé sur des commissions et a mal interprété les faits en cause dans *Stansfield*, ce qui, ensemble, l'a menée à conclure erronément que la question du salaire

minimum en l'espèce avait [TRADUCTION] « déjà été tranchée, en droit, [...] par *Stansfield* ». La Commission a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] Au par. 38 de sa décision, le juge Glennie a fait remarquer qu'un paiement hebdomadaire de 250 \$ constituait un versement ou un acompte sur les commissions de ventes gagnées par la salariée. Ce versement anticipé fait pendant au minimum garanti de 350 \$ touché – à ce titre, pendant la période d'apprentissage – par [la salariée] à titre d'acompte sur ses commissions de ventes.

Comme la demanderesse dans l'affaire *Stansfield*, [la salariée] n'était pas rémunérée à l'heure. Elle était rémunérée à la commission et l'acompte garanti de 350 \$ ne change rien à la nature fondamentale de ses conditions d'emploi. Elle ne peut maintenant changer les conditions de son emploi à un emploi rémunéré à l'heure et ainsi faire valoir à son profit les dispositions sur le salaire minimum de la *Loi sur les normes d'emploi*. Dans *Stansfield*, la Cour a tranché péremptoirement la question en sa défaveur.

L'analyse faite dans *Stansfield* et l'issue de cette décision concordent avec les dispositions de l'article 5 du *Règlement sur le salaire minimum*, Règl. du N.-B. 2016-18, précité, qui définissent dans l'ordre le salaire minimum en fonction d'un taux horaire, comme un minimum applicable au travail à la pièce, puis au regard des salariés dont le nombre d'heures de travail « ne peut être vérifié et qui ne sont pas strictement rémunérés à la commission ». Le Règlement n'énonce pas un salaire minimum s'appliquant aux salariés « strictement rémunérés à la commission ». Comme c'était le cas pour la salariée dans l'affaire *Stansfield*, [la salariée en l'espèce] était rémunérée « strictement [...] à la commission ». Elle n'était, à aucun moment, payée à l'heure – ce qui concorde avec la preuve indiquant que son employeuse n'avait ni assuré le suivi de ses heures de travail ni consigné celles-ci à un dossier. [C'est moi qui souligne.]

[19] Tel que Clark l'a reconnu, il ne fait aucun doute que la Commission a interprété *Stansfield* erronément. J'estime toutefois que la Commission n'a pas mal compris la preuve relative à la rémunération de la salariée, même si elle a déclaré :

[TRADUCTION] « Comme c'était le cas pour la salariée dans l'affaire *Stansfield*, [la salariée en l'espèce] était rémunérée "strictement [...] à la commission" ». Ailleurs dans ses motifs, la Commission a clairement reconnu que la salariée touchait un salaire de base, y compris un montant de 150 \$, et que [TRADUCTION] « des commissions s'y ajoutaient ». Si l'on interprète la décision en contexte, il semble que la Commission a conclu que la salariée licenciée n'était pas rémunérée à l'heure et que, malgré le minimum garanti, elle était essentiellement rémunérée à la commission, cela suffisant pour établir un parallèle avec l'affaire *Stansfield*. La Commission a donné l'explication suivante : [TRADUCTION] « Elle ne peut maintenant changer les conditions de son emploi à un emploi rémunéré à l'heure et ainsi faire valoir à son profit les dispositions sur le salaire minimum [...] ». Quoiqu'il en soit, la Commission a assimilé erronément la situation de la salariée en l'espèce à la situation de la salariée dans l'affaire *Stansfield*. Les différences entre les deux situations sont considérables, tel que l'a relevé le juge saisi de la requête :

[TRADUCTION]

Les faits de l'affaire *Stansfield* ne ressemblent pas à ceux de l'espèce. Il a été conclu que M^{me} Stansfield était entrepreneure indépendante. La salariée en l'espèce avait signé un contrat de travail prévoyant le début de son emploi. Elle travaillait les heures prévues à l'horaire et devait présenter une demande officielle pour obtenir congé. La Commission a elle-même critiqué la salariée du fait qu'elle avait quitté le travail avant la fin de la journée, le 23 novembre 2016. Son salaire comprenait certaines commissions. Elle n'était pas une entrepreneure indépendante. La Commission s'est appuyée à tort sur l'affaire *Stansfield*. [par. 22]

[20] Dans ses motifs, la Commission souligne également que sa conclusion défavorable à l'application du salaire minimum est compatible avec les régimes législatifs de la Nouvelle-Écosse et de l'Ontario. La Commission précise qu'en Nouvelle-Écosse le règlement sur le salaire minimum applicable exclut expressément les [TRADUCTION] « vendeurs d'automobiles » et qu'en Ontario, il exclut expressément tout « vendeur [...] qui a le droit de recevoir une partie ou la totalité de sa rémunération sous forme de commissions ». On peut soutenir, cependant, que les différences existant

entre le *Règlement sur le salaire minimum* et les régimes de la Nouvelle-Écosse et de l'Ontario rendent ceux-ci inutiles aux fins d'interprétation du règlement.

[21] Deux décisions du Tribunal des normes d'emploi se révèlent toutefois plus importantes pour l'interprétation du *Règlement sur le salaire minimum*; le Tribunal y a procédé à une analyse entièrement différente de celle de la Commission et il en est également arrivé à une interprétation différente. Le juge saisi de la requête a proposé l'explication suivante :

[TRADUCTION]

Malheureusement, la Commission n'était pas au courant de deux décisions rendues antérieurement par une commission prédécesseure constituée sous le régime de la *Loi sur les normes d'emploi*, à savoir le Tribunal des normes d'emploi du Nouveau-Brunswick. Il a été conclu dans ces décisions que les vendeurs d'automobiles touchant une commission sont des salariés et ont droit au moins au salaire minimum pour les heures qu'ils travaillent. Ces décisions sont *Corey c. Fundy Motors (1980) Ltd.*, [1988] N.B.E.S.D. No. 28 (G. Stewart Baker, président); et *Magee c. Centennial Pontiac-Buick GMC Ltd.*, [1990] N.B.E.S.D. No. 22 (Allison Whitehead, président).

Le tribunal a déclaré ce qui suit dans *Corey* :

[TRADUCTION]

Comme il a été déterminé que M. Corey était un salarié de Fundy Motors durant la période visée, il faut maintenant souligner que les exigences en matière de salaire minimum s'appliquent à tous les salariés, peu importe comment leurs salaires sont calculés, sauf s'ils sont expressément soustraits à l'application de la *Loi* ou du règlement. M. Corey était rémunéré à la commission et, bien que les vendeurs d'automobiles soient soustraits à l'application des dispositions de la *Loi* se rapportant aux jours fériés (voir le *Règlement général – Loi sur les normes d'emploi*), ils ne sont pas soustraits à l'application des dispositions du *Règlement sur le salaire minimum*.

Dans l'affaire *Magee*, le tribunal a statué ainsi :

[TRADUCTION]

Dans des circonstances comme celles qui existent en l'espèce, où le salaire provient uniquement de commissions [et] où un salarié doit être présent pendant certaines heures et est soumis au contrôle et à la direction de l'employeur, ce salarié doit recevoir au moins le salaire horaire minimum.
[par. 23 à 25]

[22] Tant dans la décision *Corey* que dans la décision *Magee*, le Tribunal a conclu à l'existence d'une relation d'emploi. Puis, après avoir indiqué que les vendeurs d'automobiles étaient soustraits à l'application des dispositions de la *Loi* se rapportant aux jours fériés et aux vacances, le Tribunal a établi qu'ils n'étaient pas soustraits à l'application des dispositions relatives au salaire minimum. Le Tribunal a conclu que, même lorsqu'une personne était entièrement rémunérée à la commission, le taux de salaire minimum s'appliquait lorsque le nombre d'heures de travail pouvait être vérifié. Notons que ni l'une ni l'autre de ces décisions du Tribunal ne reposait sur la question de savoir si le salarié était rémunéré strictement à la commission, et cela n'avait pas d'importance que le salarié n'ait pas été embauché pour du travail payé à l'heure.

[23] Je ne souscris pas à l'argument de Clark selon lequel le juge saisi de la requête a appliqué erronément la norme de la décision raisonnable ou selon lequel il est possible de [TRADUCTION] « préserver » la décision de la Commission sur le fondement soit des motifs de celle-ci, soit de l'ensemble du dossier. La Commission ne s'est pas livrée à une analyse interprétative distincte du *Règlement sur le salaire minimum* puisqu'elle a, à tort, pris *Stansfield* comme fondement de sa décision. De plus, les motifs tant de la décision *Corey* que de la décision *Magee* offrent une interprétation rationnelle et convaincante du *Règlement sur le salaire minimum* et l'aval donné à cette interprétation par le juge saisi de la requête ne peut être remis en question sur le fond. Clark n'a rien relevé au dossier qui, soit justifierait une analyse interprétative différente de celle menée dans *Corey* et *Magee*, soit étayerait par ailleurs la décision de la Commission.

[24] En outre, contrairement à ce que Clark prétend, le juge saisi de la requête n'a pas tenté dans son analyse de résoudre indûment des décisions contradictoires d'une commission spécialisée. Bien que la décision de la Commission soit incompatible avec *Corey et Magee*, cela découle d'une erreur manifeste qu'elle a commise; elle n'a pas examiné ces décisions et a plutôt appliqué *Stansfield*.

[25] À mon avis, la décision de la Commission relative à l'application du salaire minimum est déraisonnable; par conséquent, je souscris à la conclusion du juge saisi de la requête et je rejetterais ce moyen d'appel.

B. *Clark peut-elle soutenir sur le fondement du par. 34(5) que son usage antérieur consistant à rémunérer à la commission rend le Règlement sur le salaire minimum inapplicable?*

[26] La Commission a conclu qu'un second fondement permettait de justifier la non-applicabilité du salaire minimum. Elle a déclaré que Clark disposait du droit, au titre du par. 35(4), de poursuivre son usage consistant à verser des commissions mensuellement. La Commission a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Subsidiairement, la Commission fait remarquer que le même résultat serait atteint par l'application du paragraphe 35(4) de la Loi, qui permet la poursuite d'un « usage » qui existait déjà au moment de l'entrée en vigueur de la disposition (le 1^{er} décembre 1982). La preuve dans la présente affaire indique que la rémunération de vendeurs salariés au moyen de commissions gagnées précède la disposition. [par. 55]

[C'est moi qui souligne.]

[27] Le juge saisi de la requête a conclu, comme la Directrice le soutenait, que l'interprétation des dispositions législatives par la Commission était manifestement erronée. Il a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le paragraphe 35(4) n'entend pas soustraire à l'application des dispositions de la *Loi* relatives au salaire minimum les salariés qui touchent une commission sur les ventes. Il ne modifie pas non plus les exigences juridiques selon lesquelles l'employeur est tenu de tenir un « dossier précis » et de verser le salaire minimum à un salarié durant chaque période de paie. La Commission a commis une erreur dans son interprétation du par. 35(4). [par. 36]

[28] La décision du juge saisi de la requête concernant l'application du par. 35(4), à juste titre, n'est pas sérieusement contestée en appel. L'article 35 est libellé comme suit :

Payment of wages

35(1) Subject to subsection (4), an employer shall pay his employees at such times that the interval between pays is of not more than sixteen days.

35(2) An employer shall, when paying an employee, include all wages earned up to and including a day that is not more than seven calendar days prior to the time fixed for payment.

35(3) An employee who is absent at the time fixed for payment or who, for any other reason, is not paid at that time, is entitled to be paid on demand any time thereafter during regular hours of work.

35(4) An employer is not required to comply with subsections (1) and (2) if the payments are otherwise made in accordance with the terms of a practice existing at the time this section comes into force or under the terms of a collective agreement or in accordance with the provisions of an order of the Director with respect thereto granted on application.

Paiement du salaire

35(1) Sous réserve du paragraphe (4), un employeur doit payer les salariés qu'il emploie à seize jours d'intervalle au plus.

35(2) Un employeur doit, lorsqu'il paie un salarié, lui verser la totalité du salaire qu'il a gagné jusqu'au septième jour civil inclus qui précède la date fixée pour le paiement.

35(3) Un salarié qui est absent à la date fixée pour le paiement ou qui, pour toute autre raison, n'est pas payé à cette date, a droit d'obtenir paiement sur simple demande durant les heures normales de travail.

35(4) Un employeur n'est pas tenu de se conformer aux paragraphes (1) et (2) si le paiement du salaire se fait autrement selon un usage existant à la date d'entrée en vigueur du présent article, ou selon les clauses d'une convention collective ou selon une ordonnance que le Directeur a rendue à ce sujet à la suite d'une demande qui lui a été adressée.

[29] Il ne fait aucun doute que la dispense d'application des par. 35(1) et (2), prévu au par. 35(4) pourrait autoriser Clark à continuer de verser des commissions une fois par mois; toutefois, elle ne peut soustraire Clark à l'application du *Règlement sur le salaire minimum*. La décision de la Commission est déraisonnable et le juge saisi de la requête a appliqué correctement la norme de contrôle pour en arriver à cette conclusion.

C. *La décision du juge saisi de la requête de déférer l'affaire à la Commission*

[30] Après avoir conclu que la décision de la Commission était déraisonnable, le juge saisi de la requête a conclu que le taux de salaire minimum s'appliquait à la salariée licenciée et il a déféré l'affaire à la Commission pour qu'elle établisse le montant à payer. Il était opportun pour le juge de rendre la décision qui aurait dû l'être et il n'a pas conclu erronément que le taux de salaire minimum était applicable. Les conditions d'emploi en cause n'étaient pas contestées, la preuve concernant les heures de travail de la salariée était claire et les décisions antérieures de la Commission (les décisions *Corey* et *Magee* du Tribunal) étaient applicables.

[31] En déférant l'affaire à la Commission, le juge lui a ordonné de se pencher sur le revenu de commissions de la salariée et sur les exigences en matière de salaire minimum en regard des périodes de paie de Clark. Comme il a été mentionné, Clark conteste le calcul fait par la Directrice de sa dette de salaire envers la salariée, même étant admise l'application du salaire minimum. Clark soutient avoir payé à la salariée licenciée, pendant sa période globale d'emploi, davantage que cela n'était nécessaire en fonction du salaire minimum pendant cette période. Pour calculer la dette de salaire, la Directrice a commencé par établir le montant payable à la salariée, en appliquant le taux de salaire minimum à ses heures travaillées pendant chacune de ses périodes de paie de deux semaines. La Directrice a ensuite déduit de ce montant la rémunération hebdomadaire de la salariée ainsi que les commissions correspondant à chaque période de paie de deux semaines (même si les commissions étaient versées mensuellement). Clark soutient que la méthode suivie par la Directrice ne trouve aucun fondement dans la *Loi* ou dans les règlements, qu'il en résulte erronément que la salariée a semblé sous-payée

pendant certaines périodes de deux semaines (où ses revenus, y compris les commissions, étaient inférieurs au salaire minimum) et qu'elle fait abstraction du fait que la salariée était payée en sus pendant d'autres périodes (où ses revenus gagnés étaient supérieurs au salaire minimum). Clark estime qu'il est déraisonnable de faire abstraction des périodes de paie où le revenu réel de la salariée dépassait le salaire minimum et que, pour établir si la salariée a été ou non sous-payée, il faut prendre en compte la totalité de la période d'emploi. À mon avis, il était judicieux de laisser la Commission décider de cette question. Cette question n'avait pas été tranchée et la Cour n'a certainement pas à la trancher maintenant.

D. *Avis de cessation*

[32] La *Loi* prévoit qu'après six mois de travail, un employeur ne peut (sans motif valable) cesser l'emploi d'un salarié sans lui en avoir donné un préavis écrit minimal de deux semaines (al. 30(1)a).

[33] La salariée a été licenciée le 24 novembre 2016, en l'espèce, sans motif valable et sans préavis. Elle avait commencé à travailler le 24 mai 2016, le jour de la signature de son contrat d'emploi. La salariée travaillait depuis six mois au moment de son licenciement, même si Clark soutient que la période d'emploi était inférieure à six mois puisqu'elle l'avait licenciée avant qu'elle ne débute sa journée de travail, le 24 novembre.

[34] La Commission a conclu que l'al. 30(1)a n'était pas applicable et que la salariée licenciée n'avait pas droit au préavis de cessation de deux semaines. Elle a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

La Commission a procédé par audience *de novo*, le fardeau de persuasion incombant à la directrice adjointe. Le témoignage de Robichaud-Bishop à cet égard était insatisfaisant : elle ne se souvient pas avoir quitté le travail avant la fin de la journée le 23 novembre 2016, et n'a par

conséquent présenté aucune explication pour son absence du travail. Une inférence logique pouvant être tirée des faits connus est qu'elle a appris que l'employeuse avait l'intention de mettre fin à son emploi et qu'elle a quitté le travail afin de l'en empêcher. Elle a eu l'occasion durant l'audience de réfuter cette inférence et ne l'a pas fait.

Il n'est pas loisible à une partie de contrecarrer intentionnellement et sans justification légale les droits d'origine législative d'une autre partie. [par. 59 et 60]

[C'est moi qui souligne.]

[35] Lors de la révision judiciaire, le juge saisi de la requête a estimé essentiellement comme la Directrice que la Commission avait rendu une décision déraisonnable en concluant que les agissements de la salariée l'avaient privée de l'avantage conféré par l'al. 30(1)a). Le juge saisi de la requête a fourni l'explication suivante :

[TRADUCTION]

[...] [T]out évitement présumé de la part de la salariée quant à son congédiement le jour précédent est à mon avis insuffisant pour l'emporter sur le devoir de l'employeuse de respecter une règle de droit positif l'obligeant à lui donner un préavis de deux semaines ou une indemnité de départ.

De plus, l'article 28 de la *Loi* prévoit ce qui suit :

[A]ucun employeur ne peut licencier [...] si le licenciement [...] constitue une tentative de l'employeur de se soustraire à une obligation que la présente loi [...] lui impose.

À mon avis, le refus de la Commission d'accorder l'indemnité de préavis de deux semaines prévue par la loi est une erreur qui est déraisonnable. [par. 43 à 45]

[C'est moi qui souligne.]

[36] En appel, Clark soutient que le juge saisi de la requête s'est fondé erronément sur des dispositions du *Règlement sur le salaire minimum* et de la jurisprudence qui n'avaient pas été invoquées dans le cadre de la révision judiciaire.

[37] Je ne suis pas d'accord avec Clark pour dire que le juge saisi de la requête ne s'est pas limité aux questions réelles soulevées dans la requête ou dans les observations de la Directrice. On soutenait dans l'avis de requête que la Commission avait mal interprété l'al. 30(1)a) et la Directrice a fait valoir que, puisque la salariée avait été licenciée après six mois de travail, aucun fondement juridique ne permettait à la Commission d'écarter l'application de cet alinéa. D'après la directrice, la décision de la Commission de refuser à la salariée l'avantage conféré par l'al. 30(1)a) s'appuyait sur sa conclusion erronée selon laquelle l'application de cette disposition, déclenchée par les six mois de travail, pouvait être écartée par les agissements antérieurs de cette dernière. C'est, essentiellement, ce qu'a conclu le juge saisi de la requête.

[38] Le dossier ne permet pas de conclure que la décision de la Commission est raisonnable. La décision de la Commission ne se fonde pas sur une interprétation de l'al. 30(1)a) ni sur un quelconque principe énoncé de droit. Le fondement de la décision se dégage de la déclaration de la Commission selon laquelle la salariée ne pouvait [TRADUCTION] « contrecarrer intentionnellement et sans justification légale les droits d'origine législative d'une autre partie ». Vraisemblablement, la Commission voulait dire que la salariée ne pouvait empêcher intentionnellement l'exercice par Clark de son droit, valable pendant six mois, de la licencier conformément à son contrat d'emploi.

[39] La Commission a prêté foi à la preuve de Clark selon laquelle elle comptait licencier la salariée la veille, mais n'avait pu le faire parce que celle-ci avait quitté le travail à 18 h. La Commission a déduit que la salariée avait [TRADUCTION] « appris que l'employeuse avait l'intention de mettre fin à son emploi et [...] quitté le travail afin de l'en empêcher ».

[40] Cette déduction découlait du départ de la salariée à 18 h, deux heures avant que sa journée de travail ne soit terminée. La salariée était censée travailler de 8 h à 20 h. Aucune preuve n'indique qu'on ait tenté de licencier la salariée avant 18 h. On a insisté sur le fait que la salariée avait porté plainte auprès de la Directrice le jour même

de son licenciement. À l'audience devant la Commission, de plus, la salariée ne se rappelait pas avoir quitté le travail avant la fin de la journée et n'a pu donner aucune explication à ce sujet. La preuve indiquait que, la plupart du temps, la salariée quittait le travail tôt. Clark n'a relevé aucun élément de preuve permettant à la Commission de déduire que la salariée avait eu vent de son intention de la licencier ou l'avait empêchée de le faire en quittant le travail à 18 h plutôt qu'à 20 h. La lettre de licenciement de Clark n'a été rédigée et signée que le matin du licenciement de la salariée, le 24 novembre 2016. Bien que la preuve puisse donner lieu à des hypothèses ou à des conjectures quant à la connaissance par la salariée de l'intention de Clark de la licencier, elle ne permet pas aussi facilement d'inférer de manière raisonnable que la salariée avait [TRADUCTION] « appris que l'employeuse avait l'intention de mettre fin à son emploi et [...] quitté le travail afin de l'en empêcher », comme la Commission l'a conclu en l'espèce.

[41] Fait important, la Commission a déclaré que la Directrice devait s'acquitter du fardeau de persuasion et établir le fondement des ordonnances rendues. Si cela est indubitablement vrai de façon générale, on ne peut en dire autant de l'affirmation de Clark selon laquelle la salariée avait cherché à [TRADUCTION] « contrecarrer intentionnellement » son droit de la licencier avant qu'elle n'ait atteint six mois de travail. Lorsqu'elle a traité du fardeau de preuve de la Directrice, la Commission a déclaré : [TRADUCTION] « [Son] témoignage à cet égard était insatisfaisant. Elle ne se souvient pas avoir quitté le travail avant la fin de la journée le 23 novembre 2016, et n'a par conséquent présenté aucune explication pour son absence du travail ». Il faut se rappeler, cependant, que la Directrice a établi que la salariée avait été congédiée le 24 novembre 2016, sans motif valable ni préavis, alors qu'elle avait travaillé pendant six mois. Cela suffit, à soi seul, pour déclencher l'application de l'al. 30(1)a). Dans ces conditions, il incombait à Clark d'établir que la salariée avait contrecarré intentionnellement son droit de la congédier (le jour précédant son licenciement).

[42] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que la décision de la Commission est déraisonnable et je souscris à la conclusion du juge saisi de la requête

selon laquelle tout évitement de la part de la salariée quant à son licenciement, le jour qui l'a précédé, est [TRADUCTION] « insuffisant pour l'emporter » sur l'application de l'alinéa 30(1)a). Cela était insuffisant pour contrer l'obligation de préavis prévue par la *Loi*. Les motifs pour lesquels la Commission a tiré une conclusion contraire sont déraisonnables et il ne se dégage du dossier aucun autre principe justifiant d'écarter l'application de la disposition.

E. *Absence de prise en compte du fait que la Directrice a eu l'occasion de soulever les prétendues erreurs lors d'une audience subséquente et conclusion portant que la Commission a outrepassé sa compétence*

[43] Ces deux moyens d'appel sont sans fondement. La Directrice n'a pas eu l'occasion de mettre de l'avant, à l'audience subséquente devant la Commission, les questions soulevées dans le cadre de la révision judiciaire. À la seconde audience, la Commission s'est penchée sur la deuxième ordonnance de la Directrice déferée par Clark. La comparution à cette audience n'offrait pas l'occasion de corriger ni de débattre de nouveau les conclusions tirées par la Commission relativement à la première ordonnance. La décision de la Commission était finale.

V. Dispositif

[44] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

[45] La Directrice demande que Clark soit condamnée aux dépens, faisant valoir que le par. 54(3) de la *Loi* ne restreint pas le pouvoir de la Cour d'attribuer des dépens. Aux termes du paragraphe 54(3), lorsqu'une décision de la Commission est révisée et annulée, il n'est prononcé aucune condamnation aux dépens à l'encontre d'une des parties. Sur le fondement de cette disposition, le juge saisi de la requête n'a pas condamné Clark aux dépens. Le paragraphe 54(3) ne traite pas expressément de l'appel d'une décision rendue dans le cadre d'une révision judiciaire.

[46] La seule restriction à cet égard qui soit imposée à la Cour par la *Loi* figure à son article 55. Le paragraphe 55(1) autorise la Commission à formuler un exposé de cause en vue d'obtenir l'avis de la Cour sur toute question de droit; une fois jugée la question soulevée, aux termes du par. 55(3), il n'est pas accordé de dépens « à l'occasion d'un exposé de cause formulé en vertu du présent article ».

[47] Si le législateur avait voulu étendre aux appels la portée du par. 54(3), il lui aurait été loisible de le faire. Le paragraphe 54(3) n'empêche pas la Cour d'accorder des dépens au titre de la règle 59 des *Règles de procédure*.

[48] J'assortirais par conséquent le débouté d'une condamnation de Clark à des dépens de 2 500 \$.