



79-19-CA

JAMES ABRAMS

APPELLANT

- and -

RTO ASSET MANAGEMENT

RESPONDENT

Abrams v. RTO Asset Management, 2020 NBCA
57

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
June 20, 2019

History of Case:

Decision under appeal:
2019 NBQB 129

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
June 18, 2020

Judgment rendered:
September 3, 2020

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Drapeau

Concurred in by:
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

JAMES ABRAMS

APPELANT

- et -

RTO ASSET MANAGEMENT

INTIMÉE

Abrams c. RTO Asset Management, 2020 NBCA
57

CORAM :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 20 juin 2019

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2019 NBBR 129

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 18 juin 2020

Jugement rendu :
le 3 septembre 2020

Motifs de jugement :
l'honorable juge Drapeau

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:
Daniel P. Leger

For the respondent:
Jessica Bungay

THE COURT

The appeal is allowed. The summary judgment dismissing the appellant's action in damages for losses associated with the termination of his employment is set aside. The appellant's motion for summary judgment is allowed. He was dismissed on a without cause basis, and the respondent breached the employment contract by failing to provide reasonable notice of termination. The record is more than sufficient to allow this Court to determine the length of notice required in the circumstances and to quantify the appellant's damages, rather than refer those issues back to the Court of Queen's Bench. The Court concludes the appellant was entitled to 24 months' notice and awards him corresponding damages, as well as interest and costs throughout.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Daniel P. Leger

Pour l'intimée :
Jessica Bungay

LA COUR

L'appel est accueilli. Le jugement sommaire rejetant la poursuite de l'appelant en dommages-intérêts pour les pertes résultant de la cessation de son emploi est annulé. La motion de l'appelant en jugement sommaire est accueillie. L'appelant a été congédié sans motif valable et l'intimée a violé le contrat d'emploi en omettant de lui fournir un préavis raisonnable de cessation d'emploi. Le dossier est amplement suffisant pour permettre à notre Cour de fixer la durée du préavis requis dans les circonstances et d'établir le montant des dommages intérêts auxquels l'appelant a droit, plutôt que de renvoyer ces questions à la Cour du Banc de la Reine. La Cour conclut que l'appelant avait droit à un préavis de 24 mois et elle lui accorde les dommages intérêts qui correspondent à ce préavis, ainsi que les intérêts et les dépens dans toutes les cours.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, J.A.

I. Introduction, overview of the case and preview of disposition

[1] Unionized employees can depend on their union, collective agreements typically negotiated from a position of strength and a largely sympathetic body of arbitral jurisprudence to vindicate their rights and achieve a satisfactory resolution for any termination-related dispute. Non-unionized employees, like the appellant, commonly lack leverage in setting the terms of their individual contracts of employment. At termination, they often find themselves scouring employment standards legislation and the common law to circumvent terms raised by the employer to deny their previously assumed entitlement to fair exit compensation. Happily for the appellant, the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2 (“*Act*”) and recent court decisions tilt the scales of justice in his favor and command reversal of a summary judgment dismissing his action for damages attributable to the respondent’s failure to provide reasonable notice of termination.

[2] The respondent is in the business of leasing furniture, appliances, home electronics and computers in corporate and franchise stores throughout Canada. At the time of his dismissal on May 29, 2017, the appellant was the respondent’s Regional Manager for New Brunswick. He was 55 years of age, held a high school diploma and had been in the respondent’s sole employ for nearly three decades. His annual work-related compensation package was worth in excess of \$150,000. The last Contract of Employment between the parties featured a very restrictive Non-Competition Clause. It also included a Termination of Employment Clause that, as interpreted by the respondent, limited the appellant’s notice entitlement for a termination effected without cause to four weeks, the minimum prescribed under the *Act*. Following termination, which the respondent asserts was with cause, the appellant was given four weeks wages in lieu of notice. The respondent claims the payment was made “gratuitously”, while the appellant says it is one of several indicia of a termination without cause.

[3] The judge dismissed the action on the ground there was cause for termination (see *Abrams v. RTO Asset Management*, 2019 NBQB 129, [2019] N.B.J. No. 151 (QL)). However, she did not find, at least explicitly, the termination was made on a with cause basis. Needless to say, termination on a with cause basis and cause for termination are two different concepts that require distinct lines of inquiry.

[4] The case for the appellant, as articulated in his written submission and at the hearing, may be summarized as follows. If the dismissal of his action can be understood as resting on an implicit finding by the motion judge that his employment was terminated on a with cause basis, the judgment under appeal cannot stand for three reasons. First, that finding is the product of a palpable and overriding error in the assessment of both the testimonial evidence and the documents generated by the respondent in connection with the termination. In the appellant's view, there is only one logically permissible interpretation of the record: he was dismissed on a without cause basis. The Termination of Employment Clause being void by reason of either its unconscionability or inconsistency with the *Act*, he is entitled to reasonable notice at common law. Second, s. 30(2) of the *Act* renders legally invalid the alleged termination with cause since it was not made in writing and with written justificatory reasons. As a result of that invalidation, the existence of cause for dismissal loses all relevance, a point overlooked by the motion judge. Third, the finding of cause is the result of reversible error in assessing the record.

[5] For its part, the respondent contends there was cause for dismissal and that it dismissed the appellant on this basis. It argues the dismissal with cause is valid under s. 30(2) because it was made by means of a May 29, 2017 letter that sets out the justificatory reasons. The respondent puts forward the following alternative submission: if the Court finds the appellant was entitled to reasonable notice of termination, it should find "the appellant has been provided with all of the notice, or pay in lieu thereof, he is entitled to". That would be the case because sub-Clause 10.1(b) of the Termination of Employment Clause is valid and enforceable, and the respondent provided pay in lieu of the four weeks' notice it imposes. In a further alternative submission, the respondent acknowledges that, in the event the Court finds the appellant was not terminated for just cause and sub-Clause

10.1(b) is void, the appellant would be entitled to reasonable notice of termination, or pay in lieu thereof, pursuant to the common law. With a view to limiting its financial exposure under this scenario, the respondent contends: (1) there is no evidence it was the appellant's employer before his hire in August 2002 as Regional Manager for New Brunswick; (2) in any event, he resigned in May 2002 from his position as Regional Manager for the Atlantic Provinces, and his subsequent hiring as Regional Manager for New Brunswick was as a new employee, a state of affairs that would exclude any consideration of his prior 15 years of service in setting reasonable notice; (3) there is no evidence "with respect to the availability of similar employment"; and (4) the appellant failed to properly mitigate his losses.

[6] I agree the judge did not err in finding there was cause for the appellant's dismissal. Both sides accept this finding must be upheld unless it is shown to be the product of a palpable and overriding error in the assessment of the record. No such error has been identified and, as a result, the finding must stand. However, and critically, the finding is inconsequential, no matter which termination scenario is accepted. If the appellant's dismissal was effected on a without cause basis, cause is evidently not part of the equation. If the dismissal was made on a with cause basis, it was not effected in writing and is therefore legally invalid by virtue of s. 30(2), notwithstanding the existence of cause.

[7] I am of the view the record permits only one reasonable conclusion: the appellant's dismissal was made on a without cause basis. Moreover, sub-Clause 10.1(b) is void because it purports to deny benefits guaranteed under the *Act*, specifically accrued wages and vacation pay. It follows the appellant was entitled to reasonable notice, the length of which is not dictated by sub-Clause 10.1(b).

[8] The appellant's motion for summary judgment ought to have been allowed, and I would so order. The next question is whether this Court should determine the quantum of reasonable notice and damages. Under Rule 62.21 of the *Rules of Court*, the Court may draw inferences of fact and render any decision and make any order which ought to have been made in first instance. Rule 1.02.1 ("Proportionality") enjoins the Court to make

orders [...] that are proportionate to what is at stake in the proceeding and the importance and complexity of the issues”. Since there is no suggestion either side has failed to comply with their respective discovery obligations and both surely put their best foot forward at the hearing in first instance (see *Martin v. Girouard*, 2019 NBCA 90, [2019] N.B.J. No. 366 (QL), per LaVigne, J.A., at para. 16), it can be safely supposed the record provides the data required for a settlement of all outstanding issues. That understanding of the record and the Proportionality rule combine to render inappropriate referring the determination of those issues to the Court of Queen’s Bench.

[9] For the reasons fleshed out in the text that follows, I find the appellant has been in the deemed or actual employ of the respondent for 29.5 years, and that this is the length of service to be considered in determining reasonable notice. I also find the respondent has not substantiated its allegation that the appellant failed to mitigate his losses. I accept the appellant’s un-contradicted evidence that the “pool of comparable jobs with a comparable salary” is extremely shallow in New Brunswick and that, despite best efforts, he has been unable to secure such a job. Although there are no identical cases and determining reasonable notice is hardly a science, case law does assist in setting an admittedly broad range, 17-28 months in this case. Having regard to that range, the primary factors of influence recognized in *Bramble et al. v. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 N.B.R. (2d) 111, [1999] N.B.J. No. 307 (C.A.) (QL) (age, length of service and availability of alternate employment), as well as the Non-Competition Clause, I conclude the appellant was entitled to 24 months’ notice of termination.

[10] I would reverse, allow the appellant’s motion for summary judgment and award him damages in lieu of 24 months’ notice, together with interest at the rate of 1% per annum from May 29, 2017 to May 29, 2019 and interest on the resulting product at the rate of 2% per annum from May 29, 2019 to the date of judgment herein, and costs throughout.

II. Context

[11] The record consists of the appellant's *Rules*-compliant Notice of Motion for summary judgment, his initial supporting affidavit dated June 26, 2018, his supplementary affidavit of October 10, 2018, and five affidavits filed by the respondent. Two of the last-mentioned affidavits, the first on October 2, 2018, the second on January 2, 2019, were by Steven Poole, the Senior Vice President of Operations and Merchandising for the respondent's parent company. Another was sworn by David Ingram, CEO of the parent company, on October 1, 2018. One of the remaining two affidavits was by the employee with whom the appellant developed the romantic/sexual relationship that was instrumental in his dismissal, the other by a Human Resources Analyst with the respondent's parent company. The latter affidavit was designed to explain that, contrary to the appellant's understanding, his group insurance coverage was not cancelled during the four weeks following termination and that any denial of claims he submitted during that timeframe was based on the group policy's terms. That explanation is both reasonable and unchallenged, and I readily accept it.

[12] The record does not include a formal motion for summary judgment by the respondent. In fact, four of its affidavits end with the statement that it was made "in opposition" to the appellant's motion for summary judgment. The other is mute on the subject. In its main pre-motion Brief, the respondent did not seek summary judgment dismissing the action. Rather, it requested: (1) an order declaring the appellant was terminated for just cause, which would have left unresolved at least one critical issue, namely its legal validity under s. 30(2); and (2) an order confirming the "Employment contract [specifically sub-Clause 10.1(b)] is enforceable", which would have left outstanding its proper interpretation. Had this been the record before the motion judge, her decision to grant summary judgment to the respondent would have been unsustainable on procedural grounds.

[13] At the hearing on appeal, the Court expressed skepticism regarding the propriety of granting summary judgment to a responding party who has not made a cross-

motion for that relief. We were subsequently provided a copy of the respondent's supplementary pre-motion Brief dealing with the issue of the enforceability of sub-Clause 10.1(b). In that Brief, which was filed a few days before the hearing, the respondent requested an order "[dismissing] the claim in its entirety". Evidently, the motion judge viewed that request as a motion for summary judgment (see para. 1 of her decision), and the hearing proceeded on that understanding, without objection or a request for adjournment by the appellant. I will return to this topic in short order.

[14] The appellant was born on December 17, 1961 and, as noted, holds a high school diploma.

[15] He worked for Rentown Enterprises Inc. in Edmonton, Alberta from October 15, 1987 to April 30, 1991, first as a driver, then as a store manager. In May 1991, his employer filed a Record of Employment, advising the federal government the "company [was] sold".

[16] The transition from Rentown Enterprises Inc. to the respondent as employer was seamless. The appellant began working for the respondent on May 1, 1991, and did so continuously until May 20, 2002, at which time he took a two-month leave of absence for medical reasons. He was employed as Regional Manager for the Atlantic Provinces at that time.

[17] In his June 26, 2018 affidavit, the appellant explains that, in early 2002, he was suffering from disabling job-related stress and anxiety. He informed the respondent of his disability and that he "could no longer perform [his] employment functions without change" (emphasis added). The appellant states he stayed home and collected employment insurance benefits for two months. The respondent contends he "quit" his job as Regional Manager for the Atlantic Provinces on May 20, 2002, which is the reason indicated in the May 22, 2002 Record of Employment for its preparation. In July 2002, Mr. Ingram contacted the appellant and invited him to return to work in an "accommodated position", namely Regional Manager for only New Brunswick. The appellant accepted the offer.

[18] In his second affidavit, Mr. Poole points out the appellant signed a Contract of Employment, on August 2, 2002, for the position of Regional Manager for New Brunswick that prescribed a 90-day probationary period and notice of termination in accordance with s. 30(1) of the *Act*. Under this provision, an employee is only entitled to notice of termination if he or she “has been employed by the employer for a continuous period of employment of six months or more”. “Period of employment” is defined in s. 1 as “the period of time from the last hiring of an employee by an employer to the termination of his employment”. The 2002 Contract of Employment dealt with notice of termination in the following Clause:

You understand and acknowledge that your employment may be terminated without cause at the sole discretion of the employer upon providing you with proper written notice of termination, or pay in lieu thereof, as required by the applicable provincial employment Standards legislation. You agree and acknowledge that upon complying with the notice and severance obligations prescribed by the provincial employment Standards legislation (including the payment to you of accrued amounts), the Employer is released from all claims arising from your employment, or the termination thereof.

The respondent submits this Clause excludes consideration of the previous 15 years of service in fixing reasonable notice.

[19] In 2008, the appellant was promoted to the position of Vice-President for Division 3 (Atlantic Provinces, Quebec and part of Ontario). He executed a new Contract of Employment, which included the following Clause:

10. Termination of Employment

10.1 Either you or the Company may terminate your employment at any time and for any reason, with or without cause, in accordance with the following:

(a) The Company may terminate your employment for cause without notice, pay in lieu of notice or severance pay.

(b) The Company may terminate your employment at any time without cause by prior written notice or pay in lieu of such notice. If the Company terminates your employment pursuant to this paragraph 10.1(b), the Company shall not be obliged to make any further payments to you, except for any amounts which may be due and remaining unpaid at the time of termination of your employment. The payments and notice provided for in this paragraph 10.1(b) are inclusive of your entitlements to notice, pay in lieu of notice, severance pay and benefits pursuant to the New Brunswick employment standards legislation.

Like its counterpart in the 2002 Contract of Employment, the 2008 Termination of Employment Clause expressly preserved the appellant's entitlement to accrued wages and vacation pay.

[20] By 2012, the appellant had become acutely aware the position of Divisional Vice-President was too stressful, given his coping skills, and quite harmful to his health. He advised the respondent "the situation in [his] workplace was impacting [his] health and wellness" and he went on medical leave for three months, during which time he collected employment insurance benefits. Mr. Ingram considered the appellant "a valued employee". He "wanted his employment to continue, even if that meant in a different capacity".

[21] On May 1, 2012, the appellant returned to work as Regional Manager for New Brunswick. The change in position occasioned a significant reduction in duties and responsibilities; only the managers of the 10 stores in the Province reported to the appellant and his oversight was limited to another 44 or so employees. Despite this reduction in duties and responsibilities, the respondent agreed to maintain the appellant's salary and car allowance, both of which were higher than what was provided to other Regional Managers. I pause to note the record is mute on whether the other Regional Managers had seniority and a track record comparable to the appellant's. At any rate, the appellant executed a new Contract of Employment that expressly superseded all previous contracts. It also included the following Clauses:

7. Non-competition

7.1 You shall not, without the prior written consent of *easyhome*, either directly or indirectly, individually or in partnership, jointly or in conjunction with any other natural or legal person including a partnership, association, syndicate, company or corporation, in any capacity whatsoever, including as agent, shareholder, employee, or consultant, except upon the request and on behalf of *easyhome*, during your employment and for the longer of (a) the number of weeks corresponding to the total notice/pay in lieu of notice and severance payment to which you would be entitled if your employment was terminated without cause (as detailed [below]), irrespective how your employment ends, calculated from your last day of active employment, and (b) the period of one year following the date that you cease to be an employee of *easyhome*, regardless of who initiated the end of the employment relationship, do the following:

- (a) at any time, in any way which is competitive with the business carried on by *easyhome* or which could have a detrimental effect on that business, solicit or accept any business from, or the patronage of, or render any service to, sell to or contract or attempt to contract with any natural or legal person including a partnership, association, syndicate, company or corporation with whom you dealt directly as a representative of *easyhome* and who is then either a customer of *easyhome* or a prospective customer of *easyhome* with whom *easyhome* then has business dealings or has had any business dealings during the one year period immediately preceding the date upon which you cease to be an employee of *easyhome*; or
- (b) offer employment to, endeavour to entice away from *easyhome*, or in any manner employ or engage any person employed or engaged by *easyhome* on the last day of your active employment, or interfere in any way with the employment or engagement between such person and *easyhome*.

[...]

10. Termination of Employment

10.1 Either you or the Company may terminate your employment at any time and for any reason, with or without cause, in accordance with the following:

(a) The Company may terminate your employment for cause without notice, pay in lieu of notice or severance pay.

(b) The Company may terminate your employment at any time without cause by providing you with written notice or pay in lieu of notice equivalent to your statutory entitlement under the province of New Brunswick employment standards legislation. If the Company terminates your employment pursuant to this paragraph, the Company shall not be obliged to make any further payments to you and you will not be entitled to any additional payments under the common law as a result of the termination. In addition, the payments and notice provided for in this paragraph are inclusive of your entitlements to notice, pay in lieu of notice or other severance pay pursuant to the province of New Brunswick employment standards legislation.

Clauses 7 and 10 formed part of the Contract of Employment in effect when the appellant was dismissed on May 29, 2017.

[22] Aside from the terms of the 2012 Contract of Employment, the appellant was subject to corporate policies and procedures that, in the respondent's submission, were breached when he engaged in the following conduct. In early May 2017, a store manager informed the respondent she was involved in a romantic/sexual affair with the appellant, her immediate hierarchical superior. She had been hired by him in January of 2016 and promoted by him to the position of store manager in July 2016. As such, she reported directly to the appellant. Following an investigation, the respondent learned the affair had been ongoing for approximately 12 months, beginning in June 2016, and prompted recommendations by the appellant that led to decisions the respondent suggested were inimical to its financial interests. The appellant denied the affair when questioned by the

respondent at a meeting on May 24, 2017. It was only when confronted with the subordinate employee's disclosure that the appellant admitted to the affair.

[23] On May 29, 2017, the respondent terminated the appellant's employment at a meeting that involved the appellant, Mr. Poole and the respondent's manager of human resources. At that time, Mr. Poole mentioned the respondent considered there was cause to terminate the appellant's employment, which, according to the motion judge, consisted of the following:

- engaging in a relationship with an employee whom he was obliged to supervise;
- giving advice to the Company based on his desire to benefit the employee;
- giving advice to the employee based on inside information about future events;
- failing to report the situation to the Company as he was required to do;
- continuing to supervise the employee for more than a year while engaged in the relationship; and
- lying to the Company when questioned about the relationship. [para. 7]

To my mind, "giving advice to the Company based on his desire to benefit the employee" insulates the finding of just cause against principled reversal. Nevertheless, it is noteworthy that the judge did not find, as the respondent urged her to do, that its business was impacted to the extent that it suffered financially as a result of this advice and related decisions. I advert to this circumstance later in these reasons, in connection with the issue of bonus compensability.

[24] It is the appellant's un-contradicted evidence that he was told at the May 29, 2017 meeting that the termination of his employment was without cause. As the meeting was coming to a close, Mr. Poole handed the appellant a letter dated May 29, 2017

that, given its importance, is reproduced in full and deconstructed under Analysis and Decision. Suffice it to say that the letter (“Letter” or “Termination Letter”) effectuates, in explicit terms, a termination without cause.

[25] Nevertheless, the respondent asserted in first instance and on appeal that it terminated the appellant’s employment for cause and only offered to dismiss the appellant without cause if he accepted its offer of a Transition Package under which he would have been provided pay in lieu of 3 months’ notice. As will be seen, this assertion is not borne out by the Termination Letter.

[26] The appellant rejected the Transition Package on May 30, 2017.

[27] On June 10, 2017, the appellant was paid \$10,876 in lieu of four weeks’ notice.

[28] On June 14, 2017, the respondent caused a Record of Employment to be issued to the federal government in which it represented the appellant had been in its employ since May 1, 2002 and that his employment as Regional Manager for New Brunswick had been terminated “without cause” on May 29, 2017.

[29] An action in damages for wrongful dismissal was commenced in November 2017. In the Statement of Claim, the appellant contends he was dismissed without cause and without reasonable notice, and in violation of his human rights. The alleged violation of human rights would relate to the respondent’s supposed failure to accommodate his “medical condition” in May 2017, which violation would have caused “emotional suffering and injury to dignity”. There is no evidence to substantiate the alleged violation of human rights, and I will say no more on the subject.

[30] In the Statement of Claim, the appellant submits he is entitled to 28 months’ notice and claims the following special damages:

- (a) lost wages in lieu of Notice totaling \$326,666.34;
- (b) lost Employer RRSP contributions for 28 months;
- (c) lost EI and CPP contributions for 28 months; and
- (d) lost Health and Dental co-payment plan for 28 months;
- (e) lost annual bonus of \$2,000;
- (f) lost car allowance of \$9,599.98 annually.

[31] The respondent filed a Statement of Defence, in April 2018, in which it submitted the action should be dismissed because the appellant's employment was properly terminated on a with cause basis and, alternatively, the appellant received the pay in lieu of notice prescribed by sub-Clause 10.1(b), namely four weeks.

[32] In a Reply, the appellant submitted, among other things, that, since his dismissal was effected on a without cause basis, the respondent was estopped from raising just cause as a defence. It also featured, for the first time, a claim for aggravated and punitive damages.

[33] The parties have exchanged Affidavits of Documents. Neither side complains the other has failed to provide full documentary disclosure and production.

[34] The appellant filed a *Rules*-compliant Notice of Motion for summary judgment in late June 2018.

[35] In its pre-motion Brief, the respondent describes the "broad issues raised by the present Motion [as] whether summary judgment should be granted in favor of the Plaintiff [Applicant on Motion] [...] and whether the other summary disposition remedies sought by the Plaintiff should be granted". The respondent frames the key questions as whether "the Plaintiff was terminated for cause and, if he was not, the amount of notice, or pay in lieu thereof, the Plaintiff is entitled to". The respondent then states: "the Plaintiff was terminated for cause". It reiterates this statement on at least two occasions (paras. 21

and 35), before asking the Court declare “the Plaintiff was terminated for just cause” (para. 124). As noted, that left to be determined the validity of the alleged termination with cause in light of s. 30(2).

[36] The upshot of these observations is this: the respondent’s case rested on a with cause termination and, up to this point in the process, it had not requested summary judgment dismissing the action. However, in a supplementary pre-motion Brief filed a few days before the hearing, the respondent requested an order “dismissing the claim in its entirety”.

[37] The judge found there was just cause for termination. In her view, there was no issue requiring a trial. She refrained from examining and determining any other issue. As the appellant underscores, critical issues remained unresolved, including the effect of s. 30(2) on the validity of the alleged dismissal for cause and a host of other issues in the event it was found invalid.

[38] In the result, the respondent was granted summary judgment dismissing the action, with costs of \$2,500.

[39] In his Supplementary Notice of Appeal, the appellant complains the motion judge failed to address key issues. That failure would constitute “cogent evidence that a reasonable person, apprised of all the relevant circumstances would conclude that she failed to come to grips with the issues and decide them impartially and independently”. Relatedly, the appellant contends the judge ignored binding case law that compels compliance with the *Act* with respect to “just cause” terminations and made palpable and overriding errors in determining there was just cause. Finally, the appellant submits the judge erred in failing to make a provisional assessment of damages, which would have involved determining the validity of sub-Clause 10.1(b) in the last Contract of Employment, and findings of fact on a variety of issues, including the length of his service to the respondent.

[40] In his written submission to this Court, the appellant requested the assessment of damages be referred back to the Court of Queen’s Bench. However, at the hearing, counsel for the appellant urged the Court to make the orders that should have been made in first instance: (1) allow his motion for summary judgment; (2) set the appropriate length of notice; and (3) award damages in lieu thereof. The respondent objects, arguing the record is inadequate and the Court should direct a trial for the issues of notice and damages. With respect, I disagree. In this case, which concerns a three-year-old dismissal with just four weeks’ pay in lieu of notice, justice delayed would indeed be justice denied.

III. Analysis and Decision

[41] I wade into the discussion with a few observations regarding the availability of summary judgment to a defendant responding to a motion for summary judgment who did not make a *Rules*-complaint motion for that relief. I then grapple with the merits of the case.

A. *Procedural considerations*

[42] Rule 22 prescribes when summary judgment is available. At the hearing, the Court raised *motu proprio* the following questions: was summary judgment in favor of the respondent available under Rule 22 despite the lack of a cross-motion to that end and, more generally, are “Boomerang” summary judgments permissible under the *Rules of Court*? A motion is simply a formal request for judicial relief. As is well-known, informal requests for relief are commonplace at hearings and trials. As for the term “Boomerang”, it is a label jurists have attached to summary judgments granted to a party responding to a *Rules*-compliant motion under Rule 22 without making a cross-motion, formal or informal. In the result, the initial motion “boomerangs” back and unfolds with the dismissal of the moving party’s claim or defence.

[43] I begin an elaboration of the answers to the Court’s questions by emphasizing the *Rules of Court* stand to be applied on the premise that compliance with

their dictates is not optional. After all, they form part of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, and have “the force and effect of a legislative enactment”: s. 76. As the Court observed in *Smith v. Human Rights Commission (N.B.) et al.* (1999), 217 N.B.R. (2d) 336, [1999] N.B.J. No. 392 (C.A.) (QL):

[...] Experience has shown that respect for the jurisdictional framework created by the Rules of Court and compliance with its procedural dictates serve the best interests of justice. Indeed, conformity with the Rules of Court invariably produces a winnowing of the chaff from the grain and, in turn, helpful clarity is brought to the questions submitted to the court for resolution. Focused and insightful decisions invariably follow. The end product is better justice for all.
[para. 19]

[44] Rule 22 (“Summary Judgment”), Rule 37 (“Procedure on Motions”) and Rule 2 (“Non-Compliance with the Rules”) are in play, as is the overarching principle that all rules stand to be liberally construed with a view to securing the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits. A corollary of this principle is that adjudication by ambush is unacceptable.

[45] The principles that inform the interpretation of the *Rules of Court* are set out in *Davis v. MacKenzie*, 2008 NBCA 85, 338 N.B.R. (2d) 232:

It is now well-settled that statutory interpretation “cannot be founded on the wording of the legislation alone” and that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL), at para. 21). Rule 1.03(1) prescribes that, unless a contrary intention appears, the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13 applies to the *Rules of Court*. Section 17 of the *Interpretation Act* provides as follows:

17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and

interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.

Perhaps even more importantly, the word “based” [in Rule 52.01(4)] stands to be interpreted in accordance with the dictates of Rule 1.03(2). Thus, it must be “liberally construed to secure the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits”. [para. 33]

[46] Moreover, headings may be used for interpretative purposes: Rule 1.03(3).

[47] The conclusion that a motion for summary judgment is required of a defendant is inescapable having regard to Rule 22 as a whole, and in particular Rule 22.01(3) under the heading “Where available [...] To Defendant”. Rule 22.01(3) allows a defendant to “move”, after service of the Statement of Defence, for summary judgment dismissing all or part of the claim in the Statement of Claim. Where there is no cross-motion for summary judgment dismissing the claim or a part thereof, the defendant who wishes to oppose the relief sought by an adverse party must lead evidence of specific facts tending to show “there is a genuine issue requiring a trial”: Rule 22.02(2). Evidence of that nature is inconsistent with a summary judgment in the defendant’s favor.

[48] More generally, if summary judgment could be obtained by a responding party without the moving party being provided fair case-specific notice of this risk, litigants might well shy away from resorting to Rule 22. This outcome would not be harmonious with its principal purpose: reduction of the cost of litigation by fostering early adjudication on the merits (see *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 SCR 87). The purpose of a legislative provision is key to its interpretation (see *Alexander v. Province of New Brunswick as represented by the Director of Safer Communities and Neighborhoods*, 2020 NBCA 55, LeBlond, J.A. for the Court).

[49] Admittedly, the wording of Rule 22.04 provides fodder for an argument in favor of “Boomerang” summary judgments. It states the court must grant summary judgment in certain circumstances, without explicitly requiring a motion. However, that

interpretation cannot prevail on a contextual reading of Rule 22.04, with particular regard for its heading “Disposition of Motion” (emphasis added).

[50] Unless compliance with the motion requirement under Rule 22 is dispensed with by an order under Rule 2.01, a “Boomerang” summary judgment is not an adjudicative option. A motion, formal or informal, is a condition precedent to a summary judgment under Rule 22, and an order dispensing with that requirement, which is not a matter of form, will be appropriate only in exceptional circumstances, such as those that percolate from the record in *Manulife Bank of Canada v. Conlin*, [1996] 3 S.C.R. 415, [1996] S.C.J. No. 101 (QL), or where Rule 22.04(1)(b) is engaged. That Rule directs the court to grant summary judgment where the parties agree and it is appropriate to do so.

[51] After all, subject to the requirement that each side put their best foot forward, proceedings under Rule 22 unspool within the adversary system where the court is expected to rule on motions for relief put forward by the parties (see *O’Toole v. Peterson*, 2018 NBCA 8, [2018] N.B.J. No. 58 (QL)). To the extent that the thought-provoking *obiter dicta* in *Stéphane Volpé v. New Brunswick*, 2017 NBQB 109, [2017] N.B.J. No. 127 (QL), at para. 33, and *Vienneau v. Joy Global (Canada) Ltd.*, 2020 NBQB 76, [2020] N.B.J. No. 102 (QL), at paras. 38-41, suggest a different understanding of the *Rules of Court*, they should not be followed.

[52] That said, I acknowledge the dissenting opinion of Iacobucci J. in *Manulife Bank of Canada v. Conlin* fuels arguments to the contrary. The procedural question in that case was whether the Ontario Court of Appeal had jurisdiction to grant judgment in favor of Mr. Conlin dismissing Manulife’s action on his guarantee, even though he had not responded to Manulife’s motion for summary judgment with a cross-motion for judgment in his favor. As I understand Justice Iacobucci’s opinion, on a motion for summary judgment under the Ontario *Rules of Civil Procedure* then in effect, the court had jurisdiction to grant judgment in favor of the responding party, despite the lack of any cross-motion, where the dismissal of the original motion, on the facts and as a matter of law, meant the responding party would be entitled to judgment in his or her favor either at

a follow-up motion for summary judgment or at trial. In coming to that conclusion, Justice Iacobucci relied on the Ontario equivalent of our Rules 1.03(2), 22.04(1)(a) and 22.04(5).

[53] However, the majority expressed agreement with the finding “that the Court of Appeal had jurisdiction to make the order dismissing the action” against Mr. Conlin, without expressly endorsing Justice Iacobucci’s interpretation of the Ontario summary judgment Rule (para. 1). It may have had in mind this feature of the proceedings in the Ontario Court of Appeal: Manulife abandoned its motion to quash Mr. Conlin’s appeal on the grounds it was frivolous and vexatious and both parties agreed “to argue the appeal on its merit” (*Manulife Bank of Canada v. Conlin*, [1994] O.J. No. 2560 (C.A.) (QL), at para. 17). As a result of that re-cast, dismissal of the action against Mr. Conlin became an adjudicative option for the Ontario Court of Appeal, even though he had not made a cross-motion for summary judgment in first instance. That appears to have been the understanding of the three judges sitting on the appeal.

[54] In my respectful view, the procedure-related circumstances in *Manulife Bank of Canada v. Conlin* were exceptional. In that regard, the following bear spotlighting: (1) the parties’ agreement in the Court of Appeal, as understood by the panel; (2) Manulife was on notice that the dismissal of its action against Mr. Conlin was a foregone conclusion if its motion for summary judgment failed on the merits; and (3) the majority’s conclusion that, on the facts and as a matter of law, Manulife could not obtain judgment against Mr. Conlin. In the result, a follow-up motion by him for summary judgment dismissing Manulife’s action, or a trial, would have served no useful purpose.

[55] Under Rule 37.01, a motion must be made by Notice of Motion (Form 37A), or Notice of Preliminary Motion. Rule 37.01 prescribes the form of a motion. Under Rule 2.01, a judge may dispense with this formal requirement by applying the test that governs run-of-the-mill situations (see *Trifidus Inc. v. Samgo Innovations Inc. et al.*, 2011 NBCA 59, 375 N.B.R. (2d) 141, at para. 37, Quigg J.A. for the Court). This test is less exacting than the one that applies where no cross-motion has been made (see para. 49 hereinabove).

[56] In his Notice of Motion, the appellant sought orders: (1) confirming there was no genuine issue requiring a trial; (2) determining reasonable notice of termination; and (3) specifying “the wages and benefits which are comprised in reasonable notice”. While the respondent requested relief tantamount to summary judgment in its supplementary pre-motion Brief, it did not seek, let alone secure, a Rule 2.01 order dispensing with the formal requirements of a motion under Rule 37.01. The issue is whether the failure of the respondent to file and serve a formal cross-motion for summary judgment or to secure an appropriate dispensation order under Rule 2.01 can be overlooked.

[57] Pursuant to Rule 2.02, the failure to comply with Rule 37.01 is to be treated as an irregularity that does not render the proceeding a nullity. Rule 2.02 enjoins courts to grant relief, upon proper terms, to secure the just determination of the matters in dispute between the parties. As for Rule 2.03, it precludes a challenge to a proceeding for irregularity where the party objecting has taken a further step in the proceedings after having knowledge of the irregularity. Where timely objection is raised to a cross-motion that is not *Rules*-compliant, the issue is simply whether its insertion into the mix would “secure the just, least expensive and most expeditious determination of [the] proceeding on its merits”: Rule 1.03(2) and *Trifidus Inc. v. Samgo Innovations Inc. et al.*, at para. 37.

[58] The appellant neither objected to the respondent’s informal request for summary judgment, nor sought an adjournment of the hearing. Moreover, he does not contend the procedure followed in first instance occasioned a denial of justice. In those circumstances, the summary judgment in the respondent’s favor is procedurally unassailable (see *King Lofts Toronto I Ltd. v. Emmons*, 2014 ONCA 215, [2014] O.J. No. 1333 (QL)).

[59] I now turn to the merits of the appeal, bearing in mind the following bundle of guidelines, observations and principles. First, the *Act* is designed to protect the interests of employees and its remedial nature should lead courts to select among reasonable interpretations the one that encourages employers to comply with its minimum requirements, thereby extending “its protection to as many employees as possible” (see

Machtinger v. HOJ Industries Ltd., [1992] 1 S.C.R. 9, at paras. 31-32). Second, courts generally “interpret employment agreements differently from other commercial agreements [...] mainly because of the importance of employment in a person’s life” (see *Wood v. Fred Deeley Imports Ltd.*, 2017 ONCA 158, [2017] O.J. No. 899 (QL), at para. 26, Laskin J.A. for the Court). Third, because employees are usually quite vulnerable at hiring and on dismissal, clauses that purport to deny them fair exit compensation are scrutinized with great care and, where they give rise to more than one reasonable interpretation, courts should settle on the one “that gives the greater benefit to the employee” (*ibid*, at para. 28).

B. *Termination on a without cause basis or on a with cause basis*

[60] As noted, the motion judge did not expressly find the appellant had been dismissed with cause. However, I am satisfied she did so implicitly, given the nature of the debate between the parties and her focus on just cause, to the exclusion of all other issues. The question for this Court is whether the judge committed a palpable and overriding error in finding the dismissal was on a with cause basis. I respectfully conclude she did for the following reasons.

[61] First, the appellant’s sworn evidence is that he was told at the May 29, 2017 meeting he was being dismissed without cause. This evidence is not contradicted.

[62] Second, the respondent provided the appellant with pay in lieu of four weeks’ notice. No such payment would have been made if the dismissal was with cause. To be plain, I do not accept for one moment the respondent’s suggestion it was made gratuitously.

[63] Third, the respondent issued a Record of Employment that confirms the termination was made on a without cause basis.

[64] Fourth, and most importantly, the Termination Letter effectuates a dismissal without cause. It reads as follows:

Further to our discussion today, this letter confirms the decision made by Goeasy Ltd. (the “Company”) to terminate your employment, effective immediately. As discussed, the Company takes the position that there is just cause for the termination of your employment. This position is based upon your conduct related to the issues discussed during our meeting on May 24, 2017, which conduct constitutes a breach of trust and has resulted in the Company losing confidence in your ability to perform the responsibilities of your role.

Nonetheless, without prejudice to our ability to take the position that your employment has been terminated for just cause, the Company has decided to terminate your employment, effective immediately, on a without cause basis. We regret having to make this decision, but believe it to be in the best interests of the Company. We also hope that upon reading this letter you will feel that we are being fair in the circumstances.

You will be paid all amounts earned and payable to you up to May 29, 2017, including any accrued but unused vacation pay.

Given the disruption that this termination may cause you, we are prepared to enhance our contractual notice obligation pursuant to your employment agreement and our statutory notice obligation pursuant to the New Brunswick *Employment Standards Act* (“ESA”) of four (4) weeks’ pay in lieu of notice by offering you a transition package as set out below (the “Transition Package”):

1. Notice of Termination: You will receive three (3) months’ pay in lieu of notice, to be paid on a salary continuance basis (the “Transition Notice Period”). These payments are offered to you in full satisfaction of your entitlements, including those pursuant to the ESA, and are subject to all applicable statutory deductions and withholdings.

2. Car Allowance: Your car allowance payments will be continued during the four (4) week statutory notice period.
3. Vacation Pay: You will receive vacation pay on amounts paid during the four (4) week statutory notice period.
4. Benefits: Your group Insurance benefits will be continued during the four (4) week statutory notice period. Thereafter, your life insurance, AD&D and disability insurance coverage will be discontinued. However, your health and dental insurance benefits will be continued during the three (3) month Transition Notice Period.
5. Career Transition: The Company will provide you with access to a three (3) month career transition package, offered through Optimum Talent. The details of this package will be provided upon your acceptance of this Transition Package.
6. Characterization of Cessation of Employment: The Company is prepared to consider characterizing the cessation of your employment, for internal and external communication purposes only, in a manner other than termination without cause. However, the ultimate characterization and communication decision will be determined in the Company's sole discretion.
7. You will execute a full and final Release in favour of the Company in the form attached (the "Release").

If you choose to accept the Transition Package set out above, we require that you sign this letter in the space indicated below and the enclosed Release indicating your acceptance by June 5, 2017 and return them to the undersigned. If you do not return the signed letter and Release by that time, the Company will provide you only with your contractual and statutory termination entitlements. Those amounts shall be paid to you as a lump sum on the next regularly scheduled pay day.

We take this opportunity to remind you of your obligations regarding the confidential information that you acquired during your employment by the Company. You have an obligation not to use or disclose any of this confidential

information at any time in the future. This obligation survives the termination of your employment.

We also require that you immediately return to the Company all of the Company's property and passwords presently in your possession or control.

James, we thank you for your service and contributions to the Company, and wish you all the best in your future endeavors. If you require clarification or further information concerning the Transition Package, please contact me.

[Emphasis added.]

[65] The Letter is free of ambiguity. It confirms the respondent's decision to terminate the appellant's employment, effective immediately. Thus, the termination is not held in abeyance pending the appellant's acceptance or rejection of the Transition Package. Although the Letter underscores the respondent considers there is just cause for termination, it unequivocally states the appellant's employment is terminated, effective immediately, on a without cause basis. Admittedly, the respondent subsequently cautions it maintains its ability to "take the position your employment has been terminated for just cause". However, this caution, which was indisputably tactical and designed to exert pressure on the appellant to accept the Transition Package, did not accord with reality: the appellant had already been dismissed without cause before the caution was formulated.

[66] The Letter advises the respondent is "prepared to enhance [its] contractual notice obligation pursuant to your employment agreement and our statutory notice obligation pursuant to the New Brunswick *Employment Standards Act* [...] of four (4) weeks' pay in lieu of notice by offering you a Transition Package". The core elements of the Transition Package are three months' pay in lieu of notice, continuation of some benefits during that period and "access to a three-month career transition package, offered through Optimum Talent". The details of this "career transition package" were to be provided upon the appellant's acceptance of the full Transition Package. In exchange, the appellant was required to execute a full and final release in the respondent's favor. If he failed to do so, the respondent would provide the appellant with a reduced notice of termination: the notice and pay in lieu thereof would be in accordance with his "contractual and statutory termination entitlements" as perceived by the respondent, namely four weeks.

Needless to say, notice, no matter its length, and payment in lieu thereof, are not required in connection with a firing for cause.

[67] The Termination Letter does not effectuate a termination with cause. Yet, it is the only document relied on by the respondent to meet the writing requirement under s. 30(2) of the *Act*. Had I concluded the motion judge did not err in finding the appellant's termination was on a with cause basis, I would have unhesitatingly declared the termination invalid by reason of s. 30(2). I now turn to the respondent's submission that sub-Clause 10.1(b) in the 2012 Contract of Employment sets the appellant's notice entitlement at four weeks.

C. *The validity of sub-Clause 10.1(b)*

[68] On May 1, 2012, the appellant returned to work as Regional Manager for New Brunswick. He executed a new Contract of Employment that confirmed the details of his employment with the respondent and its parent company, easyhome Ltd.

[69] The Contract expressly superseded all previous employment contracts.

[70] It also included a Non-Competition Clause (Clause 7.1), which, arguably, contradicts the respondent's submission that sub-Clause 10.1(b) capped its notice obligation at a mere four weeks, notwithstanding the appellant's lengthy service. The Non-Competition Clause may be summarized as prohibiting any involvement, by employment or otherwise, with any entity competing, in any way, with the employer. Interestingly for our present purposes, the prohibition was to continue after cessation of employment for the longer of:

7.1 [...] (a) the number of weeks corresponding to the total notice/pay in lieu of notice and severance payment to which you would be entitled if your employment was terminated without cause (as detailed [below]), irrespective how your employment ends, calculated from your last day of

active employment, and (b) the period of one year following the date that you cease to be an employee of *easyhome*, regardless of who initiated the end of the employment relationship [...],

[71] The *Act* does not provide for a “severance payment” distinct from “pay in lieu of notice”. Thus, Clause 7.1 may arguably be viewed as an agreement by the parties that notice of termination could exceed one year, which would be disharmonious with the respondent’s argument that the phrase “statutory entitlement” in sub-Clause 10.1(b) limited its notice obligation to just four weeks. That sub-Clause bears repeating for ease of reference:

10. Termination of Employment

10.1 Either you or the Company may terminate your employment at any time and for any reason, with or without cause, in accordance with the following:

(a) The Company may terminate your employment for cause without notice, pay in lieu of notice or severance pay.

(b) The Company may terminate your employment at any time without cause by providing you with written notice or pay in lieu of notice equivalent to your statutory entitlement under the province of New Brunswick employment standards legislation. If the Company terminates your employment pursuant to this paragraph, the Company shall not be obliged to make any further payments to you and you will not be entitled to any additional payments under the common law as a result of the termination. In addition, the payments and notice provided for in this paragraph are inclusive of your entitlements to notice, pay in lieu of notice or other severance pay pursuant to the province of New Brunswick employment standards legislation.

[72] Under sub-Clause 10.1(b), two consequences follow where the employer provides written notice or pay in lieu of notice equivalent to the employee’s entitlement

under the *Act*: (1) the employer is absolved from making any further payments to the appellant; and (2) the appellant is disentitled from any additional payments under the common law.

[73] As mentioned, the respondent contends sub-Clause 10.1(b) freezes the appellant's notice entitlement to the four weeks mentioned in s. 30(1)(b) of the *Act*. In my respectful view, the sub-Clause does no such thing. It sets notice at the level of the appellant's "entitlement" under the *Act*. That entitlement has yet to be settled by this Court. I note that, in *Cybulski v. Adecco Employment Services Ltd.*, 2011 NBQB 181, 375 N.B.R. (2d) 307, Justice Glennie emphasized the *Act* states an employee's notice entitlement is "at least" four weeks, which he interpreted as meaning entitlement could exceed four weeks. At any rate, in this case, it is arguable the parties agreed in the Non-Competition Clause that the appellant's notice entitlement was not limited to four weeks; indeed, it could be more than one year. However, the effect of the Non-Competition Clause on notice entitlement under sub-Clause 10.1(b) was neither raised by the parties, nor put to them by the Court. Accordingly, I approach the impact of the sub-Clause from another perspective: its enforceability.

[74] In my view, sub-Clause 10.1(b) is void because it offends the *Act*. It does so by freeing the respondent from making "any further payments" to the appellant once it has provided written notice or pay in lieu of notice equivalent to his entitlement under the *Act*.

[75] The respondent was bound by the *Act*: s. 2. Additionally, the wording of s. 4(1) is unambiguous and unequivocal: the *Act* applies notwithstanding any agreement to the contrary between an employer and an employee. That said, I am alive to s. 4(1)'s heading "Act prevails over collective agreement", but see no reason to disregard the wording of the provision itself and to confine its ambit to collective agreements. First, the heading does not form part of the *Act* and was inserted "for convenience of reference only": s. 16 of the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13. Second, the heading is accurate: the *Act* prevails over a collective agreement. Third, the heading does not purport to exclude

individual contracts of employment from the *Act*'s protective umbrella. Accordingly, the *Act* prevails over the 2012 Contract of Employment and, more specifically, sub-Clause 10.1(b).

[76] If a part of a termination clause purports to contract out of a benefit under the *Act*, the entire clause is void, not just the offending part (see *North v. Metaswitch Networks Corporation*, 2017 ONCA 790, [2017] O.J. No. 5327 (QL), at para. 24, Feldman J.A. for the Court). That is so, even if the employer actually complied with the *Act* at termination by providing the employee with all statutory entitlements, because “the enforceability of a termination clause is determined by the wording of the clause alone, not by the employer’s conduct after termination”: *Andros v. Colliers Macaulay Nicolls Inc.*, 2019 ONCA 678, [2019] O.J. No. 4434 (QL), Fairburn J.A., for the Court.

[77] Two statutory benefits are in play here. First, on cessation of employment, employees are entitled to vacation pay equivalent to either 4% or 6% of their wages for the vacation pay year, depending on length of continuous employment: s. 26. Having regard to the appellant’s years of continuous employment, he was entitled to 6% at termination. Second, on cessation of employment, the employer is required to “pay to the employee all outstanding pay not later than at the time the employee would have been paid had he continued to be employed”: s. 37. The record includes three written Contracts of Employment that bear on this topic.

[78] The August 2, 2002 Contract of Employment as Regional Manager for New Brunswick stipulated the appellant could be dismissed upon “proper written notice of termination, or pay in lieu thereof as required by the [*Act*]” and, in that event and upon payment of accrued amounts, the employer would be released from all employment- or termination-related claims. Evidently, the wording of this Termination of Employment Clause did not provide for a contracting out of the employer’s statutory obligations in respect of accrued wages and vacation pay.

[79] That was also the case for sub-Clause 10.1(b) in the 2008 Contract of Employment for the position of Divisional Vice-President. It preserved the employer's obligation to pay "any amounts which may be due and remaining unpaid at the time of termination of employment".

[80] However, sub-Clause 10.1(b) in the 2012 Contract of Employment as Regional Manager for New Brunswick purported to exclude any such obligation once the appellant was given notice or pay in lieu thereof. The sub-Clause states the appellant's employment may be terminated without cause upon written notice or pay in lieu of notice equivalent to his statutory entitlement. In the event this is done, the employer "shall not be obliged to make any further payments" to the appellant. By so providing, the sub-Clause purports to contract out of s. 26 (vacation pay at termination) and s. 37 (accrued wages). As a result, that part of sub-Clause 10.1(b) is void, which renders unenforceable all of the sub-Clause unless any arguably valid part, such as the exclusion of "any additional payments under the common law", is saved by the severability provision, Clause 12.6. It reads as follows:

12.6 In the event that any provision or portion of this Agreement shall be determined to be invalid or unenforceable for any reason, the remaining provisions and portions of this Agreement shall not be affected by such determination and shall remain in full force and effect to the fullest extent permitted by law.

[81] In my view, Clause 12.6 is inoperative with respect to sub-Clause 10.1(b) of the Termination of Employment Clause. That is so because the entirety of the sub-Clause is void. As noted in *North v. Metaswitch Networks Corp.*, a severability clause "cannot have any effect on clauses of the contract that have been made void by statute. Those terms are null and void for all purposes [...]": para. 44.

[82] Since sub-Clause 10.1(b) is void, the presumption that the 2012 Contract of Employment includes, as an implied term, a requirement of reasonable notice of

termination stands un-rebutted. Four weeks' notice does not remotely come close to reasonable notice.

D. *Reasonable notice*

[83] In setting reasonable notice of termination, courts are primarily concerned with affording the dismissed employee a fair opportunity to obtain suitable alternate employment: *Dick v. Canadian Pacific Ltd.*, 2000 NBCA 10, 230 N.B.R. (2d) 39. Fairness involves taking into account both the employee's and the employer's perspective so that, although it is unlikely the appellant will ever secure employment comparable to what he had with the respondent, he is not entitled to notice that would carry him to his anticipated retirement date.

[84] Reasonable notice in any given case is arrived at by considering all pertinent circumstances, chief among which are the age of the employee at the time of dismissal, the length of his service to the employer and the availability of suitable alternate employment, having regard to the employee's experience, training and qualifications: *Covered Bridge Golf and Country Club v. Schurman*, 2009 NBCA 1, 340 N.B.R. (2d) 168. As would be expected, a non-competition clause may justify an increase in the notice period: Howard A. Levitt, *The Law of Dismissal in Canada*, 3rd ed. (Aurora: Canada Law Book, 2003) (loose-leaf updated 2020), Vol. 2 at para. 8:70, p. 8-19.

(1) Age

[85] In *Bramble v. Medis Health and Pharmaceutical Services*, the Court made the following observations regarding the significance of this factor:

As well, the connection between the terminated employee's age and the attainment of notice's primary objective is indisputable. Iacobucci J., writing for a unanimous Supreme Court, in *Law v. Canada, supra*, at pp. 31-32, para. 101, acknowledges that judicial notice provides the juristic basis

for the role played by that factor in determining what constitutes reasonable notice:

... It seems to me that the increasing difficulty with which one can find and maintain employment as one grows older is a matter of which a court may appropriately take judicial notice. Indeed, this Court has often recognized age as a factor in the context of labour force attachment and detachment. For example, writing for the majority in *McKinney*, [1990] 3 S.C.R. 229, *supra*, La Forest J. stated as follows, at p. 299:

Barring specific skills, it is generally known that persons over 45 have more difficulty finding work than others. They do not have the flexibility of the young, a disadvantage often accentuated by the fact that the latter are frequently more recently trained in the more modern skills.

Similar thoughts were expressed in *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at pp. 998-99, per Iacobucci J., and at pp. 1008-09, per McLachlin J., regarding the relevance of increase age to a determination of what constitutes reasonable notice of employment termination. ... [para. 63]

[86] The appellant was 55 when he was dismissed. This circumstance argues in favor of a notice period at the high end of the range.

(2) Length of service

[87] In *Bramble v. Medis Health and Pharmaceutical Services*, the Court acknowledged the importance of this factor:

As for length of service, its relevance to the objectives of notice is two-fold: first, where the service to the employer has been long, the notice set by the court will give legal expression to the employee's moral claim to a longer notice period; and, second, the court will take judicial notice of the difficulties encountered by long-term employees in finding

alternate suitable employment. Bastarache J.A., as he then was, alludes to some of these difficulties in *Bishop v. Carleton Co-operative Ltd.*, supra, at pp. 217-18, para. 10. [para. 62]

[88] The respondent submits the appellant's length of service for purposes of calculating reasonable notice is 15 years, beginning with his employment as Regional Manager for New Brunswick in August 2002. That would be so for two reasons: (1) lack of any proof the respondent was the appellant's employer prior to this time; and (2) he resigned in May 2002 and was hired in August as a new employee under a Contract of Employment that rendered irrelevant his prior service.

[89] In his first affidavit, the appellant states he was in the respondent's employ for 30 years, beginning on October 15, 1987, when he was first hired. This statement is borne out by the three Records of Employment issued since that time. They establish the respondent was the appellant's actual or deemed employer from October 15, 1987 to his dismissal on May 29, 2017.

[90] The first Record of Employment is dated May 24, 1991. It shows that from October 15, 1987 to April 30, 1991, the appellant's employer was Rentown Enterprises Inc. and that, on the last-mentioned date, the appellant worked as a store manager in Edmonton, Alberta. The sale of the "company" is the explanation proffered for the preparation of the Record. The second Record of Employment, which is dated May 22, 2002, was prepared when the appellant took a medical leave of absence on May 20, 2002 from his job as Regional Manager for the Atlantic Provinces. It shows the appellant's employer was the respondent and that his first day at work was May 1, 1991, the day after he ceased working for Rentown Enterprises, following its sale. Had the sale occurred in New Brunswick, it would not have entailed a break of employment and the respondent would be deemed the appellant's employer from October 15, 1987 to April 30, 1991: s. 89 of the *Act*. There being no evidence to the contrary, it must be assumed the applicable corresponding Alberta provision matched s. 89. In the last Record of Employment, the respondent is identified as the employer from August 1, 2002 to May 29, 2017.

[91] Based on the foregoing, I find the respondent was the appellant's employer from October 15, 1987 to May 29, 2017, a period of nearly 30 years. The next issue is whether the circumstances surrounding the appellant's leave in May 2002 from his job as Regional Manager for the Atlantic Provinces and hire in August 2002 as Regional Manager for New Brunswick operate to exclude his prior 15 years of service from the calculation of reasonable notice. Recall the respondent contends that is the effect of the following: the appellant's resignation from and cessation of employment in May 2002, and his execution, on August 2, 2002, of a Contract of Employment as a new employee.

[92] There is no legally-effective resignation unless the employer establishes the employee subjectively intended to quit and the employee's conduct is objectively inconsistent with further employment: *The Law of Dismissal in Canada*, para. 2:70, p. 2-16. In my view, the respondent has not established the appellant intended to put an end to their employment relationship when he took a leave of absence for medical reasons (job-related stress and anxiety) in May 2002. His aim in taking the leave was to secure a "change" in employment with the respondent that would accommodate his medical condition. The appellant's conduct is not objectively inconsistent with further employment with the respondent. He was 40 years of age and had nowhere else to go for suitable alternate employment. Be that as it may, even if the appellant's absence from work amounted to a legally-recognizable "resignation", it would not stand in the way of a consideration of the previous 15 years of service at common law. While the respondent correctly underlines notice of termination under the *Act* is calculated on the basis of continuous employment from the last hire, the common law is far more flexible: separate periods of employment may be considered in the right circumstances.

[93] Generally speaking, in determining length of service, a relatively brief work absence for health reasons, with no employment elsewhere, and a return to employment at the urging of the employer on terms that accommodate the employee's condition, as was the case here, will not render irrelevant the first period of employment. In those circumstances, courts may rightly consider the full length of service. In *Swamy v. O'Bryan Hotels Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 2114 (S.C.) (QL), the employee quit due to health reasons

for a period of three months and collected employment insurance benefits during that time. He was encouraged to come back by the employer. The Court held the interruption was inconsequential and used the whole period of employment in calculating length of service. In *Gordon v. Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd.* (1983), 47 N.B.R. (2d) 150, [1983] N.B.J. No. 187 (Q.B.) (QL), the Court found a year-long interruption in service did not result in the exclusion of the previous 30 years of employment from the calculation of length of service. In that case, the employee was rehired in the same position and given an increase in salary. In *Roscoe v. McGavin Foods Ltd.*, [1983] B.C.J. No. 1249 (S.C.) (QL), the Court determined an eight-month voluntary interruption of service to work elsewhere should not count against the employee where he was induced to come back by his employer and given holiday time as though he never left. In *Cronk v. Canadian General Insurance Co.*, [1995] O.J. No. 2751 (C.A.) (QL), the employee resigned to raise a family. Six years later the employer invited her to come back to work. The Court rejected the argument that the pre-resignation employment should not be included in the employee's length of service for reasonable notice purposes.

[94] There remains the respondent's submission that the Contract of Employment executed by the appellant, on August 2, 2002, deprives him of the benefit of his previous 15 years of service in determining reasonable notice of termination. That would be so because, under that Contract of Employment, notice was to be set in accordance with the *Act*. The *Act* specified notice stood to be determined on the basis of the employee's "period of employment", which was defined as beginning on the date of the last hire. Although the 2002 Contract of Employment might well have thus rendered irrelevant the preceding 15 years of service, they must nonetheless be counted in computing the appellant's length of service for common law notice purposes. That is so because the 2002 Contract of Employment was no longer operative at the time of termination on May 29, 2017. Recall, the last Contract of Employment with the respondent (in 2012) "supersedes" all previous agreements. That Contract of Employment does not preclude consideration of the appellant's service for the 15 years from 1987 to 2002.

[95] I find the appellant's length of service for reasonable notice purposes is 29.5 years, which means he spent basically his whole working life with the respondent. This state of affairs also militates in favor of a notice period at the high end of the range (see *Bishop v. Carleton Co-Operative Ltd.* (1996), 176 N.B.R. (2d) 206, [1996] N.B.J. No. 171 (C.A.) (QL) and the majority judgment (Ryan and Turnbull JJ.A.) in *Donovan v. New Brunswick Publishing Co.* (1996), 184 N.B.R. (2d) 40, [1996] N.B.J. No. 601 (C.A.) (QL)).

(3) Availability of suitable alternate employment

[96] In *Bramble v. Medis Health and Pharmaceutical Services*, the Court confirmed the relevance of this factor:

Availability of similar employment is, on its face, germane to the attainment of notice's primary objective and, as such, the appropriateness of its consideration by the court in fixing notice is beyond debate. [para. 61]

[97] It is the appellant's evidence that the "pool of comparable jobs with a comparable salary" is extremely shallow in New Brunswick. I would be surprised if it were otherwise. He also testified in his June 2018 affidavit, 13 months after termination, that, despite best efforts, he had been unable to secure such a job. That is likewise hardly surprising given his education and work experience, which has been confined to the respondent's leasing business for basically all of his working life.

[98] There is simply no evidence to substantiate the respondent's pleaded allegation of failure to mitigate. In that regard, it bears underscoring that the Transition Package included "access to a three (3) month career transition package, offered through Optimum Talent". Evidently, the respondent considered the appellant needed professional assistance to secure comparable alternate employment. However, it did not provide professional assistance to the appellant after he rejected the Transition Package.

(4) Non-Competition Clause

[99] The Non-Competition Clause in the last Contract of Employment is highly restrictive. Comparable employment with a competitor during the Clause's currency would have placed the appellant in potentially very costly legal jeopardy.

(5) A jurisprudence-driven range of reasonable notice

[100] While determining reasonable notice is hardly a science, case law provides helpful guidance in setting a working range of reasonable notice. In light of the following cases, I accept a range of 17 to 28 months for long-term employees in their 50s, with upward movement within that range traceable to a combination of more advanced age and longer service: *Corbin v. Standard Life Assurance Co. et al.* (1995), 167 N.B.R. (2d) 355, [1995] N.B.J. No. 461 (C.A.) (QL), Ryan, J.A. for the Court, (notice set at trial upheld on appeal: 18 months for an insurance salesperson, 53, with 18 years of service); *Dey v. Valley Forest Products Ltd.* (1995), 162 N.B.R. (2d) 207, [1995] N.B.J. No. 240 (C.A.) (QL) (notice set at trial upheld on appeal: 17 months for a 51-year-old manager of operations for wood harvesting, who was second in command at the company after 15 years in its service), *Bishop v. Carleton Co-Operative Ltd.*, (notice increased on appeal from 18 months to 24 months for a 51-year-old office manager with 27 years of service); *Donovan v. New Brunswick Publishing Co.* (notice increased on appeal from 18 to 28 months for a 57-year-old senior employee who had worked for the company for 36 years, essentially his whole working life); *Bramble v. Medis Health and Pharmaceutical Services*, where the Court upheld a finding of 24 months' notice for a 53-year-old warehouse employee with 34 years of service; and *UPM-Kymmene Miramichi Inc. v. Walsh and DeWolfe*, 2003 NBCA 32, 257 N.B.R. (2d) 331 (28 months' notice upheld on appeal for mill employees in their 50s who had been in the employ of the defendant employer for over 30 years).

[101] Given a range of 17 to 28 months, the factors of influence discussed in *Bramble v. Medis Health and Pharmaceutical Services*, age, length of service and availability of suitable alternate employment, as well as the Non-Competition Clause, I conclude the appellant was entitled to 24 months' notice of termination.

E. *Damages in lieu of notice*

[102] In *Covered Bridge Golf and Country Club*, the Court applied *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362, to determine the dismissed employee's entitlement to damages. In that case, the Supreme Court of Canada held the test for damages in wrongful dismissal cases was formulated in *Hadley v. Baxendale* (1854), 156 E.R. 145 (Exch.): its centrepiece is the general principle of foreseeability. Subject to that principle, an award of compensation for the employer's failure to give reasonable notice of termination is designed to put the aggrieved employee in the position he or she would have been but for that failure. As the Court explained in *Covered Bridge Golf and Country Club*, "[t]o be successful in an action for wrongful dismissal, the employee must have suffered an 'injury' as a result of the employer's breach of contract" (para. 27).

[103] In *Jean v. Pêcheries Roger L. Ltée*, 2010 NBCA 10, 354 N.B.R. (2d) 300, the Court revisited this issue in finding the dismissed employee's loss of employment insurance benefits was a compensable "injury" as it was caused by the wrongful termination and was reasonably foreseeable on the facts. In the course of its reasons, the Court made the following observations on the principles that inform the assessment of damages for failure to provide reasonable notice:

The governing principles were clarified and refined by the majority decision in *Honda Canada Inc. v. Keays*, and repeated and applied most recently in *Schurman v. Covered Bridge Recreation Inc.* (2009), 340 N.B.R. (2d) 168, [2009] N.B.J. No. 1 (QL), 2009 NBCA 1. Those reasons for judgment are in accord with *Fidler v. Sun Life Assurance Company of Canada*, [2006] 2 S.C.R. 3, [2006] S.C.J. No. 30 (QL), 2006 SCC 30, where Chief Justice McLachlin and Justice Abella, writing for the Court, reaffirmed the critical importance of the general principle of reasonable foreseeability in assessing damages for breach of contract.

The key principles in the matter before us are as follows: (1) an action for wrongful dismissal is predicated upon an implied obligation under the contract of employment between the parties; (2) that obligation is an obligation to

give reasonable notice of termination; (3) breach of that obligation may result in an award of damages; (4) damages are in no way intended to compensate the employee for the loss of his employment; rather, their purpose is limited to providing compensation for the breach of contract caused by the employer's failure to give reasonable notice of the termination of employment; (5) the purpose of damages for breach of contract is to provide a financial remedy that places the aggrieved party in the same position he would have been in had the contract been performed; (6) that remedy is "such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally ... from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties": *Hadley v. Baxendale*, at p. 151, and *Fidler v. Sun Life Assurance Company of Canada*, at para. 27; (7) this is a rule of general application because *Hadley v. Baxendale* makes "no distinction between the types of loss that are recoverable for breach of contract" and unites "all forms of contractual damages under a single principle": *Fidler v. Sun Life*, at paras. 30 and 54; and (8) damages for loss resulting from breach of contract must be determined "according to what was in the reasonable contemplation of the parties at the time of contract formation": *Fidler v. Sun Life*, at para. 55. As such, the rule in *Hadley v. Baxendale* must apply in the assessment of all damages, including compensation for the employer's failure to fulfill its contractual obligation to give reasonable notice of termination of employment.

[...]

[...] the method of assessing damages for wrongful dismissal applied in the past must undergo fine-tuning to accord with the principles enunciated in *Fidler v. Sun Life* and *Honda Canada v. Keays*. Compensation in lieu of notice must now be calculated in accordance with the principles that inform the assessment of all damages for breach of contract. The purpose of such damages is to place the aggrieved employee in the same position he would have been in but for the breach by the employer of the implied term of the contract of employment to give reasonable notice. Therefore, courts must focus on the loss sustained by the employee by reason of the employer's failure to give proper notice instead of what it would have cost the employer had the employment continued throughout the notice period: *Covered Bridge Recreation Inc. v. Schurman*. Obviously, this means courts

must consider the issue of compensation as it relates to employment insurance benefits from the employee's perspective rather than from the employer's standpoint (the latter approach entailed a focus on the quantum of contributions the employer avoided having to make to the government fund during the notice period). Going forward, it is the loss of employment insurance benefits suffered by the employee that must be assessed provided, of course, that it was foreseeable and resulted from the breach of contract by the employer. [paras. 48-49, 55]

[Emphasis added.]

[104] A wrongfully dismissed employee is entitled to compensation for loss of remuneration and other pecuniary benefits he or she would have received if adequate notice had been given: *The Law of Dismissal in Canada*, para. 9:10, at p. 9-1. Bonuses, group insurance benefits and employer contributions to the employee's RRSP that would have been received, but for the dismissal, are compensable. By virtue of Rule 22.02(2), the respondent could not oppose the appellant's motion for summary judgment, including damages in lieu of notice, by resting "solely on the allegations or denials" in its pleadings. It had to set out, in affidavit or other evidence, "specific facts showing there is a genuine issue requiring a trial". Rule 22.02(2) gives rise to an obligation on the part of the responding party to put his or her best foot forward.

[105] Courts will first look to the contract of employment to determine entitlement to, and the value of, a particular benefit for which compensation is sought. If the contract does not deal with the benefit at issue, it may nonetheless be compensable at common law. In *Paquette v. TeraGo Networks Inc.*, 2016 ONCA 618, [2016] O.J. No. 4222 (QL), the Court formulated a two-prong test to determine entitlement to compensation for the loss of a bonus, which may be paraphrased as follows: (1) was the bonus an integral part of the compensation package, in which event a common law entitlement to damages in lieu thereof would arise?; and (2) if so, do the bonus-triggering terms restrict this common law entitlement over the notice period? (para. 24). I see merit in applying that framework, suitably modified, to all employment-related benefits.

[106] In the case at hand, the last Contract of Employment set the appellant's annual salary at \$140,000. It also confirmed his entitlement to an annual car allowance of \$9,600. However, the Contract did not refer to any bonus or any employer contribution to the appellant's RRSP. That said, it did not exclude those benefits as components of the appellant's compensation package, and they eventually did form part of that package.

[107] A Statement of Earnings and Deductions prepared by the respondent, shows the appellant's earnings in 2016 amounted to \$193,141.85. That total reflected the following components and amounts (rounded off):

Regular earnings	\$140,000
Bonus	\$2,000
Car allowance	\$9,600
MQ Bonus	\$14,700
Expenses	\$26,840

The appellant does not contend either the "MQ Bonus" or "Expenses" forms part of his compensation package for purposes of assessing damages in lieu of notice. Indeed, there is no evidence these earnings would likely have recurred beyond 2016, more precisely during the period from May 29, 2017 to May 29, 2019.

[108] The Statement of Earnings and Deductions shows the respondent matched the appellant's contribution to his RRSP with a payment of \$6,000 (amount rounded off). The Statement also confirms the respondent paid a portion of the premiums required to insure the appellant under various group insurance plans with Great-West Life. However, there is no evidence to establish the value to the appellant of the lost insurance coverage. The overarching goal of compensation for loss of that nature is to put the employee in the position he or she would have been if reasonable working notice had been given. The appellant would be entitled to an award for the cost of securing replacement insurance coverage or, alternatively, for reimbursement of medical expenses that would have been covered by the group insurer at work. There is no evidence the appellant purchased insurance coverage or that he incurred medical expenses that would have been covered but

for his wrongful termination. Where, as here, the evidential record does not allow the Court to put a dollar value on the loss of employment-related benefits, no damages will be awarded for that loss: *AMEC Americas Limited v. MacWilliams*, 2012 NBCA 46, 388 N.B.R. (2d) 254.

[109] It is the appellant's sworn evidence that his compensation package at the time of termination included the following:

- (1) Salary of \$140,000;
- (2) Annual bonus of \$2,000;
- (3) Car allowance equivalent to \$9,600 (rounded amount) annually;
- (4) Matching employer RRSP contributions; [...]

Having regard to the respondent's obligation to put its best foot forward, this uncontradicted evidence suffices to fix it with liability in damages for each of those components of the appellant's compensation package. Indeed, the respondent has not produced any evidence to contradict the appellant's sworn description of his compensation package or to counter his related contention that the Court should infer all components of the package would likely have remained effective during any reasonable working notice.

[110] In my view, on the record at our disposal, that inference is warranted for all components. I would add this would not have been the case for the \$2,000 annual bonus if the respondent had led evidence establishing it was conditional on the appellant's compliance with its policies and procedures, in addition to a positive contribution to the corporate bottom line. On this score, it bears recalling that: (1) although the motion judge found the appellant was making decisions based on his feelings for the subordinate employee and these decisions had an impact on "the Company's business", she did not find its bottom line was detrimentally affected; and (2) this nuance is warranted on the evidence because, despite the affair with the subordinate employee over the last seven months of 2016, the appellant was paid two bonuses, (the \$2,000 annual bonus and the MQ bonus of \$14,200). Obviously, the affair and related decisions did not negatively affect the corporate bottom line to the point of excluding payment of bonuses for 2016. Moreover, no legally valid provision in the 2012 Contract of Employment restricts the appellant's common law

entitlement to damages in lieu of the bonus (\$2,000) (see *Paquette v. TeraGo Networks Inc.*). That is likewise the situation for the matching RRSP contributions (\$6,000).

[111] Accordingly, I find the appellant has established, on a balance of probabilities, he would have received the following salary and benefits, on an annual basis, during the 24 months following termination:

- (1) Salary of \$140,000;
 - (2) Bonus of \$2,000;
 - (3) Car allowance of \$9,600;
 - (4) Matching RRSP contribution of \$6,000
- TOTAL: \$157,600

It bears repeating: if the respondent disagreed with the foregoing, it should have put its best foot forward and led rebuttal evidence on the question. It did not.

[112] I therefore find the appellant has established, on a balance of probabilities, he lost salary and other financial benefits with a value of \$315,200 during the 24 months following termination. The respondent bore the burden of establishing legally cognizable set-offs, including a deduction for income, if any, the appellant earned post-dismissal: *MacWilliams v. AMEC Americas Ltd.*, paras. 49 and 51. The respondent failed to discharge that burden. As mentioned, Affidavits of Documents were exchanged and neither party complains the other has not produced for inspection relevant documents. Moreover, the respondent did not seek leave to cross-examine the appellant on the statement in his first affidavit, sworn in June 2018, that he had not earned any post-dismissal income. The only set-off allowed in the circumstances is the sum of \$10,876 provided as pay in lieu of four weeks' notice.

[113] I assess the appellant's special damages over the 24 months' notice period at \$315,200, less \$10,876, for a net of \$304,324.

[114] The appellant claimed aggravated and punitive damages in his Reply. He did not in the Statement of Claim. I doubt this approach puts the claim in play. In any event, I am satisfied the evidence does not support an award of aggravated or punitive damages (see *Total Credit Recovery Ltd. v. Martin et al.*, 2020 NBCA 8, [2020] N.B.J. No. 32 (QL), paras. 18-31, LeBlond, J.A., for the Court).

IV. Conclusion and Disposition

[115] For the reasons articulated hereinabove, I would allow the appeal and set aside the judgment entered in first instance. In accordance with Rules 22 and 62.21, I would allow the appellant's motion for summary judgment as I am satisfied, on a balance of probabilities, there is no genuine issue requiring a trial. All pertinent principles and factors considered, I would set the reasonable notice to which the appellant was entitled at 24 months and award him special damages of \$304,324. I would add interest on that sum at the rate of 1% per annum from May 29, 2017 to May 29, 2019 and interest on the resulting product at the rate of 2% per annum from May 29, 2019 to the date of judgment herein (see *Jean v. Pêcheries Roger L. Ltée*, at paras. 74-76).

[116] Finally, I would award the appellant costs in first instance in the amount of \$13,375 (Scale 3 of Tariff "A" in Rule 59) and costs on appeal in the amount of \$5,350 (40% of the costs in first instance), for a total of \$18,725, plus all reasonable disbursements.

LE JUGE DRAPEAU

I. Introduction et aperçu de l'affaire et du dispositif

[1] Les employés syndiqués peuvent avoir recours à leur syndicat, à leur convention collective qui, en règle générale, est négociée à partir d'une position de force, ainsi qu'à un volume de sentences arbitrales qui, dans une large mesure, militent en leur faveur pour faire valoir leurs droits et parvenir à un règlement satisfaisant de tout conflit en matière de cessation d'emploi. Les employés non syndiqués, comme l'appelant, bien souvent n'ont pas les moyens de pression nécessaires pour fixer les conditions de leur propre contrat d'emploi. À la cessation de leur emploi, ils doivent souvent dépouiller la législation en matière de normes d'emploi et la common law afin de contourner les conditions soulevées par leur employeur pour leur nier le droit à la juste indemnité de départ qu'ils pensaient acquise. Fort heureusement pour l'appelant, la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2, (la *Loi*) et de récentes décisions judiciaires font pencher la balance de la justice en sa faveur et commandent que soit infirmé le jugement sommaire rejetant son action en dommages-intérêts du fait que l'intimée a omis de lui fournir un préavis raisonnable de cessation d'emploi.

[2] L'intimée exploite une entreprise de location de meubles, d'appareils électroménagers, de produits électroniques résidentiels et d'ordinateurs dans ses propres magasins de détail et dans des concessions partout au Canada. Au moment de son renvoi, le 29 mai 2017, l'appelant était le directeur régional de l'intimée pour le Nouveau-Brunswick. Il était âgé de 55 ans, détenait un diplôme d'études secondaires et avait travaillé uniquement pour le compte de l'intimée pendant presque trois décennies. Sa rémunération annuelle s'élevait à plus de 150 000 \$. Le dernier contrat d'emploi signé par les parties contenait une clause de non-concurrence qui était très restrictive. Il contenait également une clause de cessation d'emploi qui, selon l'interprétation qu'en fait l'intimée, limitait le droit de l'appelant à un préavis de quatre semaines dans le cas d'un congédiement non

motivé, soit le minimum prescrit par la *Loi*. À la suite du congédiement, qui, selon l'intimée, était motivé, l'appelant a reçu quatre semaines de salaire tenant lieu d'un préavis de cessation d'emploi. L'intimée affirme que ce salaire a été versé [TRADUCTION] « à titre gratuit », mais l'appelant dit que ce paiement est un indice, parmi plusieurs, d'un congédiement non motivé.

[3] La juge a rejeté l'action en affirmant que l'intimée avait un motif pour congédier l'appelant (voir *Abrams c. RTO Asset Management*, 2019 NBBR 129, [2019] A.N.-B. n° 151 (QL)). Toutefois, elle n'a pas conclu, à tout le moins pas de façon explicite, qu'il s'agissait d'un congédiement motivé. Il va sans dire qu'il y a une différence entre un congédiement motivé et un motif de congédiement et que ces deux concepts doivent faire l'objet d'analyses distinctes.

[4] Il est possible de résumer de la manière suivante la thèse de l'appelant telle qu'il l'a formulée dans son mémoire et à l'audience. S'il est déterminé que le rejet de l'action de l'appelant repose sur une conclusion implicite de la juge saisie de la motion voulant qu'il ait été congédié pour un motif valable, le jugement porté en appel ne saurait être confirmé pour trois raisons. Premièrement, cette conclusion serait le produit d'une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation à la fois de la preuve testimoniale et de la preuve documentaire fournie par l'intimée relativement à la cessation d'emploi. Selon l'appelant, il n'y a qu'une interprétation logique possible du dossier, savoir qu'il a été congédié sans motif valable. La clause de cessation d'emploi étant nulle soit du fait qu'elle est inique soit du fait qu'elle est incompatible avec la *Loi*, il a droit à un préavis raisonnable en common law. Deuxièmement, par application du par. 30(2) de la *Loi*, le prétendu congédiement motivé serait invalide étant donné qu'il n'a pas été effectué par écrit, dans un texte exposant les motifs justificatifs. Puisque le congédiement est invalide, l'existence ou non d'un motif valable de congédiement perd toute sa pertinence, un facteur dont la juge saisie de la motion n'a pas tenu compte. Troisièmement, le fait de conclure à l'existence d'un motif valable de congédiement est le résultat d'une erreur dans l'appréciation du dossier de la preuve, erreur qui justifie l'infirmité de la décision.

[5] Pour sa part, l'intimée prétend qu'elle avait un motif valable pour congédier l'appelant et qu'elle a congédié celui-ci sur le fondement de ce motif. Elle soutient que le congédiement motivé est valide par application du par. 30(2) parce qu'il a été effectué au moyen d'une lettre datée du 29 mai 2017 qui énonce les motifs justificatifs. L'intimée fait l'observation subsidiaire suivante : si la Cour conclut que l'appelant avait droit à un préavis raisonnable de cessation d'emploi, elle devrait conclure que [TRADUCTION] « l'appelant a obtenu le préavis intégral, ou l'indemnité tenant lieu de préavis, auquel il avait droit ». Il en serait ainsi parce que la sous-disposition 10.1b) de la clause de cessation d'emploi est valide et exécutoire et que l'intimée a fourni une indemnité de quatre semaines tenant lieu du préavis que prescrit cette sous-disposition. Comme autre observation subsidiaire, l'intimée reconnaît que, si la Cour devait conclure que l'appelant n'a pas été congédié pour un motif valable et que la sous-disposition 10.1b) est nulle, l'appelant aurait droit, en common law, à un préavis raisonnable de cessation d'emploi ou à l'indemnité tenant lieu de ce préavis. Afin de limiter le risque financier auquel cette solution l'exposerait, l'intimée soutient ce qui suit : (1) aucune preuve n'indique qu'elle était l'employeur de l'appelant avant que celui-ci eût été embauché au mois d'août 2002 à titre de directeur régional pour le Nouveau-Brunswick; (2) quoi qu'il en soit, il a démissionné de son poste de directeur régional pour les provinces de l'Atlantique en mai 2002 et, lorsqu'il a été embauché par la suite à titre de directeur régional pour le Nouveau-Brunswick, c'était à titre de nouvel employé, ce qui écarterait la possibilité de prendre en ligne de compte ses 15 années de service antérieures afin de fixer la durée du préavis raisonnable; (3) il n'existe aucune preuve quant à [TRADUCTION] « la possibilité de trouver un emploi semblable »; et (4) l'appelant a omis d'atténuer ses pertes comme il se devait de le faire.

[6] Je suis d'avis que la juge n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu qu'il existait un motif valable pour le congédiement de l'appelant. Les deux parties s'entendent sur le fait que cette conclusion doit être confirmée à moins que l'on puisse démontrer qu'elle est le produit d'une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation du dossier. Aucune erreur de la sorte n'ayant été isolée, la conclusion doit être confirmée. Toutefois, et ce fait est de toute première importance, la conclusion est sans conséquence, peu importe la situation acceptée comme étant descriptive du congédiement. Si le congédiement de

l'appelant a été effectué sans motif valable, alors le motif ne fait évidemment pas partie de l'équation. Si le congédiement a été effectué sur le fondement d'un motif valable, il n'a pas été fait par écrit et, par conséquent, il est invalide en droit, peu importe l'existence d'un motif valable, par application du par. 30(2).

[7] Je suis d'avis que le dossier ne permet de tirer qu'une seule conclusion raisonnable : l'appelant a fait l'objet d'un congédiement non motivé. En outre, la sous-disposition 10.1b) est nulle parce qu'elle tente de nier des avantages garantis par la *Loi*, plus particulièrement les salaires et congés annuels acquis. Il s'ensuit que l'appelant avait droit à un préavis raisonnable dont la durée n'est pas régie par la sous-disposition 10.1b).

[8] La motion en jugement sommaire présentée par l'appelant aurait dû être accueillie et j'ordonnerais qu'elle le soit. La prochaine question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si notre Cour devrait fixer la durée du préavis raisonnable et le montant des dommages-intérêts. La règle 62.21 des *Règles de procédure* prévoit que la Cour peut faire des inférences à partir des faits et rendre toute ordonnance qui aurait dû être rendue en première instance. La règle 1.02.1 (« Proportionnalité ») enjoint à la Cour de rendre « des ordonnances [...] qui sont proportionnées aux enjeux de l'instance ainsi qu'à l'importance et à la complexité des questions en litige ». Étant donné que rien n'indique que l'une ou l'autre des parties ait omis de se conformer à ses obligations respectives en matière de communication de la preuve et qu'il va sans dire que chacune d'elle a fait de son mieux à l'audience tenue en première instance (voir *Martin c. Girouard*, 2019 NBCA 90, [2019] A.N.-B. n° 366 (QL), la juge d'appel LaVigne, au par. 16), on peut présumer sans risque que le dossier contient les données nécessaires au règlement de toutes les questions en litige. Cette interprétation du dossier et de la règle de la proportionnalité fait en sorte qu'il n'est pas nécessaire de renvoyer ces questions à la Cour du Banc de la Reine.

[9] Pour les motifs énoncés dans le texte qui suit, je conclus que l'appelant est réputé avoir travaillé ou a effectivement travaillé pour le compte de l'intimée pendant 29,5 années et que cette période constitue la durée de service qui doit être prise en ligne de compte afin de déterminer ce qui constitue un préavis raisonnable de cessation d'emploi.

Je conclus également que l'intimée n'a pas établi le bien-fondé de son allégation voulant que l'appelant ait omis d'atténuer ses pertes. J'accepte la preuve non contredite fournie par l'appelant selon laquelle [TRADUCTION] « le bassin d'emplois comparables offrant un salaire comparable » est extrêmement restreint au Nouveau-Brunswick et que, malgré tous les efforts qu'il a déployés, il n'a pas été en mesure de décrocher un emploi semblable. Bien qu'il n'existe pas de décision identique et que la fixation d'un avis raisonnable n'a rien de scientifique, la jurisprudence est quand même utile pour établir ce qui constituerait une échelle générale, soit une période de 17 à 28 mois, en l'espèce. Compte tenu de cette échelle, des principaux facteurs qui doivent être pris en considération selon l'arrêt *Bramble et al. c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 R.N.-B. (2^e) 111, [1999] A.N.-B. n° 307 (C.A.) (QL), (soit l'âge, les états de service et la possibilité de trouver un nouvel emploi), ainsi que de la clause de non-concurrence, je conclus que l'appelant a droit à un préavis de cessation d'emploi de 24 mois.

[10] J'infirmes la décision rendue en première instance, j'accueillerais la motion en jugement sommaire présentée par l'appelant et j'accorderais à ce dernier des dommages-intérêts tenant lieu d'un préavis de 24 mois, auxquels s'ajouteraient des intérêts au taux de 1 % par année pour la période allant du 29 mai 2017 au 29 mai 2019, et des intérêts sur le produit de ce calcul au taux de 2 % par année pour la période allant du 29 mai 2019 à la date du jugement dans la présente instance, ainsi que les dépens dans toutes les cours.

II. Contexte

[11] Le dossier est composé de l'avis de motion en jugement sommaire présenté par l'appelant et conforme aux *Règles*, son premier affidavit à l'appui daté du 26 juin 2018, son affidavit supplémentaire daté du 10 octobre 2018 ainsi que cinq affidavits déposés par l'intimée. Parmi ces derniers affidavits, deux ont été faits par Steven Poole, vice-président principal des opérations et de la promotion des ventes pour le compte de la société mère de l'intimée, le premier affidavit ayant été souscrit le 2 octobre 2018 et le second le 2 janvier 2019. Un autre affidavit a été souscrit par David Ingram, directeur général de la

société mère, le 1^{er} octobre 2018. Des deux affidavits qui restent, un a été souscrit par l'employée avec qui l'appelant avait entretenu une relation amoureuse/sexuelle qui avait été déterminante dans son congédiement, et l'autre a été souscrit par un analyste en ressources humaines au sein de la société mère de l'intimée. Ce dernier affidavit avait pour but d'expliquer que, contrairement à l'interprétation faite par l'appelant, sa garantie d'assurance collective n'avait pas été annulée au cours des quatre semaines ayant suivi son congédiement et que tout refus des réclamations qu'il aurait soumises pendant cette période était fondé sur les conditions de la police d'assurance collective. Cette explication est à la fois raisonnable et elle n'a pas été contestée. Je l'accepte sans hésitation aucune.

[12] Le dossier ne contient aucune motion officielle en jugement sommaire qui aurait été présentée par l'intimée. En effet, quatre des affidavits de l'intimée se terminent en précisant qu'ils sont faits [TRADUCTION] « pour contester » la motion en jugement sommaire présentée par l'appelant. L'autre affidavit est muet sur le sujet. Dans son principal mémoire préalable à l'audition de la motion, l'intimée n'a pas sollicité un jugement sommaire rejetant l'action. Plutôt, elle a sollicité ce qui suit : (1) une ordonnance déclaratoire portant que l'appelant a été congédié pour un motif valable, ce qui aurait omis de régler à tout le moins une question importante, savoir la validité en droit du congédiement au titre du par. 30(2); et (2) une ordonnance confirmant [TRADUCTION] « le caractère exécutoire du contrat d'emploi [particulièrement de la sous-disposition 10.1b)] », ce qui n'aurait pas réglé la question de l'interprétation appropriée de cette sous-disposition. Si cela avait constitué la totalité du dossier de la preuve dont disposait la juge saisie de la motion, sa décision d'accorder à l'intimée un jugement sommaire aurait été injustifiable pour des motifs procéduraux.

[13] À l'audition de l'appel, la Cour a exprimé son scepticisme quant au caractère approprié de l'octroi d'un jugement sommaire à une partie intimée qui n'a pas présenté de motion incidente afin d'obtenir cette mesure réparatoire. On nous a fourni par la suite une copie du mémoire préparatoire supplémentaire de l'intimée qui traitait du caractère exécutoire de la sous-disposition 10.1b). Dans ce mémoire, qui a été déposé quelques jours avant l'audience, l'intimée sollicitait une ordonnance [TRADUCTION]

« [rejetant] la demande en entier ». De toute évidence, la juge saisie de la motion a considéré cette demande comme une motion en jugement sommaire (voir le par. 1 de sa décision), et l'audience s'est déroulée sur ce fondement, sans que l'appelant ne conteste ou ne présente une demande d'ajournement. Je reviendrai sur cette question sous peu.

[14] L'appelant est né le 17 décembre 1961 et, ainsi qu'il a été mentionné, il détient un diplôme d'études secondaires.

[15] Il a travaillé pour le compte de Rentown Enterprises Inc., à Edmonton, en Alberta, du 15 octobre 1987 au 30 avril 1991, d'abord en tant que conducteur puis à titre de gérant de magasin. En mai 1991, son employeur a déposé un relevé d'emploi avisant le gouvernement fédéral du fait que [TRADUCTION] « la société [avait été] vendue ».

[16] La transition de Rentown Enterprises Inc. comme employeur à l'intimée s'est faite sans accroc. L'appelant a commencé à travailler pour le compte de l'intimée le 1^{er} mai 1991 et a travaillé pour elle de façon ininterrompue jusqu'au 20 mai 2002, date à laquelle il a pris un congé de deux mois pour des raisons médicales. Il occupait alors le poste de directeur régional pour les provinces de l'Atlantique.

[17] Dans son affidavit du 26 juin 2018, l'appelant explique qu'au début de l'année 2002, il souffrait de stress et d'anxiété liés au travail et que ceux-ci étaient débilissants. Il a informé l'intimée de l'incapacité dont il souffrait en lui indiquant qu'il [TRADUCTION] « ne pouvait plus accomplir [ses] fonctions professionnelles sans qu'un changement soit apporté » (je souligne). L'appelant affirme qu'il est resté à la maison et qu'il a obtenu des prestations d'assurance-emploi pendant deux mois. L'intimée prétend qu'il a [TRADUCTION] « quitté » son poste de directeur régional pour les provinces de l'Atlantique le 20 mai 2002, et c'est la raison qui est indiquée sur le relevé d'emploi du 22 mai 2002 pour son établissement. En juillet 2002, M. Ingram a communiqué avec l'appelant et l'a invité à revenir au travail dans un [TRADUCTION] « poste d'accommodement », soit celui de directeur régional pour le Nouveau-Brunswick seulement. L'appelant a accepté cette offre.

[18] Dans son second affidavit, M. Poole signale que l'appelant a signé un contrat d'emploi le 2 août 2002 relativement au poste de directeur régional pour le Nouveau-Brunswick et que ce contrat prévoyait une période d'essai de 90 jours et la remise d'un avis de cessation conformément au par. 30(1) de la *Loi*. En application de ce paragraphe, un employé a uniquement droit à un avis de cessation s'il « a travaillé pour l'employeur pendant une période d'emploi continu de six mois ou plus ». Le terme « période d'emploi » est défini à l'art. 1 comme « la période de temps qui court de la date du dernier embauchage d'un salarié par un employeur jusqu'à la date de cessation de son emploi ». Le contrat d'emploi de 2002 traitait de l'avis de cessation d'emploi dans la clause suivante :

[TRADUCTION]

Vous comprenez et reconnaissez qu'il peut être mis fin à votre emploi sans motif valable à la seule appréciation de l'employeur, qui vous fournira un préavis de cessation écrit approprié, ou une indemnité tenant lieu de préavis, ainsi que le prescrit la loi provinciale applicable sur les normes d'emploi. Vous acceptez et reconnaissez qu'après avoir rempli ces obligations en matière d'avis et d'indemnité de départ prescrites par la loi provinciale sur les normes d'emploi (notamment en vous versant les sommes acquises), l'employeur est libéré à l'égard de toute réclamation découlant de votre emploi ou de la cessation de celui-ci.

L'intimée soutient que cette clause interdit toute prise en compte des 15 années de service antérieures dans l'établissement de la période de préavis raisonnable.

[19] En 2008, l'appelant a été promu : il a été nommé au poste de vice-président de la division 3 (pour les provinces de l'Atlantique, le Québec et une partie de l'Ontario). Il a signé un nouveau contrat d'emploi qui contenait la clause suivante :

[TRADUCTION]

10. Cessation d'emploi

10.1 Il peut être mis fin à votre emploi par vous-même ou par la société, à quelque moment que ce soit et pour quelque motif que ce soit, que celui-ci soit valable ou non, aux conditions suivantes :

- a) La société peut mettre fin à votre emploi pour un motif valable sans préavis, sans indemnité tenant lieu de préavis ou sans indemnité de départ.
- b) La société peut mettre fin à votre emploi à quelque moment que ce soit sans motif valable en vous remettant un préavis écrit ou en vous versant une indemnité tenant lieu de préavis. Si la société met fin à votre emploi conformément à la présente sous-disposition 10.1b), elle n'est tenue de vous verser aucun montant, sauf les montants exigibles et impayés à la date de la cessation de votre emploi. Les paiements et le préavis prévus dans la présente sous-disposition 10.1b) incluent vos droits à un préavis de cessation, à une indemnité tenant lieu de préavis, à une indemnité de départ et au versement des avantages sociaux prévus par la législation sur les normes d'emploi du Nouveau-Brunswick.

La clause de cessation d'emploi du contrat d'emploi de 2008, tout comme celle du contrat d'emploi de 2002, préservait expressément le droit de l'appelant au salaire et aux indemnités de congés annuels à payer.

[20] En 2012, l'appelant avait déjà pris vivement conscience du fait que le poste de vice-président d'une division était trop stressant, étant donné sa capacité d'adaptation, et du fait que sa santé en souffrait beaucoup. Il a informé l'intimée que [TRADUCTION] « la situation à [son] lieu de travail avait des incidences négatives sur [sa] santé et [son] bien-

être » et il a pris un congé de maladie de trois mois, congé au cours duquel il a obtenu des prestations d'assurance-emploi. Selon M. Ingram, l'appelant [TRADUCTION] « était un employé très estimé ». Il [TRADUCTION] « voulais[t] que [l']emploi [de l'appelant] se poursuive, même s'il devait occuper des fonctions différentes ».

[21] Le 1^{er} mai 2012, l'appelant a réintégré le travail dans le poste de directeur régional pour le Nouveau-Brunswick. Ce changement de poste a entraîné une réduction importante de ses fonctions et responsabilités; seuls les gérants des 10 magasins de la province devaient faire rapport de leurs activités à l'appelant et il n'était responsable que de la surveillance d'environ 44 autres employés. Malgré cette réduction de ses fonctions et responsabilités, l'intimée a accepté de verser le même salaire à l'appelant et de lui accorder la même allocation de voiture, les deux montants étant supérieurs à ceux qui étaient versés aux autres directeurs régionaux. J'ajoute, en passant, que le dossier n'indique pas si les autres directeurs régionaux avaient une ancienneté et un rendement comparables à ceux de l'appelant. Quoiqu'il en soit, l'appelant a signé un nouveau contrat d'emploi qui remplaçait expressément tous les contrats antérieurs. Ce contrat d'emploi renfermait les clauses suivantes :

[TRADUCTION]

7. Non-concurrence

7.1 Pendant la durée de votre emploi et pendant a) le nombre de semaines correspondant à la période de préavis totale/l'indemnité tenant lieu de préavis totale et à l'indemnité de départ auxquels vous auriez droit s'il était mis fin à votre emploi sans motif valable (ainsi qu'il est précisé [ci-dessous]), peu importe la manière dont prend fin votre emploi, calculé à partir de votre dernier jour d'emploi effectif, et b) la période d'un an suivant la date à laquelle vous cessez d'être un employé d'*easyhome*, quelle que soit la partie qui a initié la cessation de la relation de travail, selon celle de ces deux périodes qui est la plus longue, il vous est interdit, sans le consentement préalable écrit d'*easyhome*, que ce soit

directement ou indirectement, individuellement ou à titre d'associé, conjointement ou de concert avec une autre personne physique ou avec une personne juridique, notamment une société en nom collectif, une association, un syndicat de copropriété, une compagnie ou une société, à quelque titre que ce soit, notamment à titre de mandataire, d'actionnaire, d'employé ou de conseiller, sauf si c'est à la demande et pour le compte d'*easyhome*, de vous livrer aux activités suivantes :

- a) à quelque moment que ce soit, et de quelque manière qui soit susceptible de faire concurrence aux activités commerciales menées par *easyhome* ou d'avoir une incidence négative sur ses activités commerciales, solliciter ou accepter la clientèle ou l'apport commercial d'une personne physique ou d'une personne juridique, – y compris une société en nom collectif, une association, un syndicat de copropriété, une compagnie ou une société avec qui vous avez fait affaire directement en tant que représentant d'*easyhome* et qui est soit un client d'*easyhome*, soit un client éventuel d'*easyhome* avec qui *easyhome* fait alors affaire ou a fait affaire durant la période d'un an qui précède immédiatement la date à laquelle vous avez cessé d'être employé d'*easyhome* – lui rendre un service, conclure avec elle des ventes ou des contrats ou tenter de négocier un contrat avec elle;

- b) offrir un emploi à une personne qui travaille pour le compte d'*easyhome* ou qui a un engagement envers *easyhome* le dernier jour de votre emploi effectif, tenter d'amener cette personne à quitter *easyhome* ou entraver de quelque manière que ce soit l'emploi de cette personne au sein d'*easyhome* ou l'engagement entre cette personne et *easyhome*.

[...]

10. Cessation d'emploi

10.1 Il peut être mis fin à votre emploi par vous-même ou par la société, à quelque moment que ce soit et pour quelque motif que ce soit, que celui-ci soit valable ou non, aux conditions suivantes :

- a) La société peut mettre fin à votre emploi pour un motif valable sans préavis ni indemnité tenant lieu de préavis ou sans indemnité de départ.
- b) La société peut mettre fin à votre emploi à quelque moment que ce soit sans motif valable en vous remettant un préavis écrit ou une indemnité tenant lieu de préavis correspondant à celui auquel vous avez droit au titre de la législation du Nouveau-Brunswick sur les normes d'emploi. Si la société met fin à votre emploi conformément à la présente sous-disposition, elle n'est tenue de vous verser aucun autre montant, et vous n'aurez droit en common law à aucun autre montant par suite de votre cessation d'emploi. En outre, les paiements et l'avis prévus dans la présente sous-disposition incluent vos droits à un préavis de cessation, à une indemnité tenant lieu de préavis, ou à quelque autre indemnité de départ prévus par la législation sur les normes d'emploi du Nouveau-Brunswick.

Les clauses 7 et 10 font partie du contrat d'emploi qui était en vigueur lorsque l'appelant a été congédié le 29 mai 2017.

[22] En plus des conditions du contrat d'emploi de 2012, l'appelant était régi par la politique générale et la procédure de la société et, aux dires de l'intimée, il aurait enfreint celles-ci lorsqu'il s'est livré à la conduite décrite ci-après. Au début mai 2017, une gérante de magasin a informé l'intimée qu'elle avait entretenu une relation amoureuse/sexuelle

avec l'appelant, son surveillant immédiat. Elle avait été embauchée par lui en janvier 2016 et il l'avait promue en la nommant au poste de gérante de magasin en juillet 2016. À ce titre, elle rendait compte directement à l'appelant. Après avoir mené une enquête, l'intimée a appris que la relation durait depuis environ 12 mois, qu'elle avait commencé en juin 2016 et qu'elle avait amené l'appelant à faire des recommandations qui avaient conduit à des décisions qui, selon l'intimée, allaient à l'encontre de ses intérêts financiers. Lorsque l'intimée a interrogé l'appelant au sujet de la relation, à une rencontre tenue le 24 mai 2017, ce dernier l'aurait niée. Ce n'est que lorsque l'information fournie par l'employée subalterne lui a été présentée que l'appelant a avoué la relation.

[23] Le 29 mai 2017, l'intimée a mis fin à l'emploi de l'appelant à une rencontre tenue avec l'appelant, M. Poole et le directeur des ressources humaines de l'intimée. À ce moment-là, M. Poole a mentionné que l'intimée estimait qu'elle avait des motifs valables pour mettre fin à l'emploi de l'appelant, motifs qui, selon la juge saisie de la motion, étaient les suivants :

[TRADUCTION]

- s'engager dans une relation avec une employée dont il était tenu d'assurer la surveillance;
- fournir à la société des conseils en fonction de ses souhaits d'avantager l'employée;
- fournir à l'employée des conseils fondés sur de l'information privilégiée au sujet d'événements à venir;
- omettre d'informer la société de la situation, comme il était tenu de le faire;
- continuer d'assurer la surveillance de l'employée pendant plus d'un an lorsqu'il entretenait avec elle une relation;
- mentir à la société lorsqu'il a été interrogé au sujet de la relation. [par. 7]

À mon avis, le fait de [TRADUCTION] « fournir à la société des conseils en fonction de ses souhaits d'avantager l'employée » empêche l'infirmerie raisonnée de la conclusion selon laquelle il existait des motifs valables. Quoiqu'il en soit, il vaut la peine de mentionner que le juge n'a pas tiré la conclusion, ainsi que l'intimée l'exhortait à le faire, que cela avait nui à son activité commerciale au point où elle avait subi des conséquences financières par suite des conseils fournis et des décisions connexes qui avaient été prises. Je reviendrai sur ces circonstances plus loin dans mes motifs, lorsque j'aborderai la question de l'indemnisation au titre de la prime.

[24] Selon la preuve non contredite de l'appelant, à la rencontre du 29 mai 2017, il aurait été informé qu'il était mis fin à son emploi sans motif valable. À la fin de la rencontre, M. Poole a remis à l'appelant une lettre datée du 29 mai 2017, laquelle, étant donné son importance, est reproduite en entier et décortiquée à la rubrique Analyse et décision. Qu'il suffise de dire que cette lettre (la lettre ou la lettre de cessation d'emploi) consiste, en termes explicites, en un congédiement non motivé.

[25] Qu'à cela ne tienne, l'intimée a soutenu en première instance et en appel qu'elle avait mis fin à l'emploi de l'appelant pour un motif valable et qu'elle n'avait offert de congédier l'appelant sans motif valable que s'il acceptait l'offre faite par elle d'un forfait de transition lui fournissant une indemnité tenant lieu de préavis de cessation correspondant à trois mois de salaire. Comme nous le verrons, la lettre de cessation d'emploi ne reflète pas cette assertion.

[26] L'appelant a rejeté le forfait de transition le 30 mai 2017.

[27] Le 10 juin 2017, l'appelant a reçu la somme de 10 876 \$ tenant lieu d'un préavis de cessation de quatre semaines.

[28] Le 14 juin 2017, l'intimée a fait parvenir au gouvernement fédéral un relevé d'emploi dans lequel elle indiquait que l'appelant avait été son employé depuis le

1^{er} mai 2002 et qu'il avait été mis fin à son emploi à titre de directeur régional pour le Nouveau-Brunswick [TRADUCTION] « sans motif valable » le 29 mai 2017.

[29] Une action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié a été intentée en novembre 2017. Dans l'exposé de la demande, l'appelant prétend qu'il a été congédié sans motif valable et sans préavis raisonnable ainsi qu'en violation de ses droits de la personne. La violation alléguée des droits de la personne tiendrait au fait que l'intimée aurait omis de prévoir des accommodements en raison de son [TRADUCTION] « état de santé » en mai 2017, omission qui lui aurait causé [TRADUCTION] « une souffrance morale et une atteinte à sa dignité ». Aucune preuve n'appuie la violation alléguée des droits de la personne et c'est tout ce que je me contenterai de dire sur le sujet.

[30] Dans l'exposé de la demande, l'appelant soutient qu'il a droit à un préavis de cessation d'emploi de 28 mois et il réclame les dommages-intérêts particuliers suivants :

- a) perte de salaire en remplacement du préavis pour un total de 326 666,34 \$;
- b) perte des cotisations de l'employeur au REER sur une période de 28 mois;
- c) perte des cotisations à l'A-E et au RPC sur une période de 28 mois;
- d) perte des cotisations au régime de participation aux coûts de l'assurance-santé et dentaire sur une période de 28 mois;
- e) perte de la prime annuelle de 2 000 \$;
- f) perte de l'allocation de voiture annuelle de 9 599,98 \$.

[31] L'intimée a déposé un exposé de la défense, en avril 2018, dans lequel elle soutient que l'action devrait être rejetée parce qu'il a été mis fin à l'emploi de l'appelant comme il se devait et que ce congédiement était motivé. Subsidiairement, elle fait valoir que l'appelant a reçu l'indemnité tenant lieu de préavis prévue à la sous-disposition 10.1b), soit une indemnité correspondant à quatre semaines de salaire.

[32] Dans une réplique, l'appelant a prétendu notamment que, puisque le congédiement étant non motivé, l'intimée était précluse de soulever l'existence d'un motif

valable comme moyen de défense. La réplique présentait aussi, pour la première fois, une demande au titre des dommages-intérêts majorés et punitifs.

[33] Les parties ont échangé des affidavits des documents. Ni l'une ni l'autre ne se plaint de ce que l'autre aurait omis de communiquer et de produire tous les documents.

[34] L'appelant a déposé un avis de motion en jugement sommaire conforme aux *Règles* vers la fin du mois de juin 2018.

[35] Dans son mémoire préparatoire à l'audition de la motion, l'intimée décrit les [TRADUCTION] « questions générales soulevées par la présente motion, [savoir] si un jugement sommaire devrait être accordé en faveur du demandeur [l'auteur de la motion] [...] et si les autres mesures réparatoires sollicitées par voie de jugement sommaire par le demandeur devraient être accordées ». Pour l'intimée, les questions clés sont celles de savoir [TRADUCTION] « si le demandeur a été congédié pour un motif valable et, si ce n'est pas le cas, la durée du préavis, ou de l'indemnité tenant lieu de préavis auquel le demandeur a droit ». L'intimée affirme ensuite que [TRADUCTION] « le demandeur a été congédié pour un motif valable ». Elle réitère cette affirmation à au moins deux reprises (par. 21 et 35), avant de demander à la Cour de déclarer que [TRADUCTION] « le demandeur a été congédié pour un motif valable » (par. 124). Ainsi qu'il a déjà été mentionné, il fallait ensuite déterminer la validité, au regard du par. 30(2), du prétendu congédiement motivé.

[36] Le résultat de ces observations est le suivant : la thèse de l'intimée était fondée sur un congédiement motivé et, jusqu'à ce stade de la procédure, elle n'avait pas demandé un jugement sommaire rejetant l'action intentée. Toutefois, dans un mémoire préparatoire supplémentaire qui a été déposé quelques jours avant l'audience, l'intimée a sollicité une ordonnance [TRADUCTION] « rejetant la demande en entier ».

[37] La juge a conclu qu'il existait un motif valable pour le congédiement. À son avis, il n'existait pas de question nécessitant la tenue d'un procès. Elle s'est abstenue

d'examiner et de trancher quelque autre question que ce soit. Comme le souligne l'appelant, il demeurait des questions importantes à régler, notamment l'effet du par. 30(2) sur la validité du prétendu congédiement motivé et toute une panoplie d'autres questions si le congédiement était jugé invalide.

[38] Au bout du compte, l'intimée a obtenu un jugement sommaire rejetant l'action ainsi que des dépens de 2 500 \$.

[39] Dans son avis d'appel supplémentaire, l'appelant se plaint de ce que la juge saisie de la motion a omis de trancher des questions importantes. Cette omission constituerait la [TRADUCTION] « preuve forte qu'une personne raisonnable, bien informée de toutes les circonstances pertinentes, conclurait qu'elle a omis de s'attaquer aux questions en litige et de les trancher de façon impartiale et indépendante ». Corollairement, l'appelant soutient que la juge n'a pas tenu compte des sources jurisprudentielles ayant force obligatoire qui obligent le respect de la *Loi* pour ce qui est des congédiements « pour motif valable » et qu'elle a commis des erreurs manifestes et dominantes en déterminant qu'il existait un motif valable de congédiement. Finalement, l'appelant prétend que la juge a commis une erreur en omettant de faire un calcul provisoire des dommages-intérêts, ce qui l'aurait amenée à déterminer la validité de la sous-disposition 10.1b) du dernier contrat d'emploi et à tirer des conclusions de fait sur divers points en litige, notamment sur ses années de service au sein de la société intimée.

[40] Dans le mémoire qu'il a déposé auprès de notre Cour, l'appelant demande que l'évaluation des dommages-intérêts soit renvoyée à la Cour du Banc de la Reine. Toutefois, à l'audience, l'avocat de l'appelant a exhorté la Cour à rendre les ordonnances qui auraient dû être rendues en première instance : (1) accueillir sa motion en jugement sommaire; (2) fixer la période de préavis appropriée; (3) accorder des dommages-intérêts tenant lieu de préavis. L'intimée s'oppose à cela en faisant valoir que le dossier est insuffisant et que la Cour devrait ordonner la tenue d'un procès sur les questions du préavis et des dommages-intérêts. Avec égards, je ne suis pas de cet avis. Dans la présente affaire, qui porte sur un congédiement qui remonte à trois ans et qui était accompagné d'une

indemnité tenant lieu de préavis correspondant à quatre semaines de salaire, justice différée serait bel et bien justice refusée.

III. Analyse et décision

[41] Je me lance dans l'analyse en faisant quelques observations sur la possibilité pour un défendeur d'obtenir un jugement sommaire en réponse à une motion en jugement sommaire, lorsqu'il n'a pas présenté une motion en jugement sommaire qui soit conforme aux *Règles*. Ensuite, j'aborderai le bien-fondé de l'affaire.

A. *Éléments procéduraux*

[42] La règle 22 prévoit les cas où il est possible d'obtenir un jugement sommaire. À l'audience, la Cour a soulevé de son propre chef les questions suivantes : l'intimée pouvait-elle obtenir un jugement sommaire sous le régime de la règle 22 malgré le fait qu'elle n'avait pas déposé une motion incidente à cette fin et, de façon plus générale, les jugements sommaires par [TRADUCTION] « effet boomerang » sont-ils admissibles sous le régime des *Règles de procédure*? Une motion est simplement une demande faite en bonne et due forme afin d'obtenir une réparation judiciaire. Comme chacun le sait, les demandes officieuses de mesures réparatoires sont courantes lors des audiences et des procès. S'agissant du terme « effet boomerang », il s'agit d'une manière dont les juristes ont décrit les jugements sommaires qui sont accordés à une partie visée par une motion conforme aux *Règles de procédure* déposée sous le régime de la règle 22 sans que cette partie dépose une motion incidente, fût-elle présentée en bonne et due forme ou de manière officieuse. Au bout du compte, la motion initiale subit un « effet boomerang » et aboutit en un rejet de la demande ou de la défense de l'auteur de la motion.

[43] J'entame l'élaboration des réponses aux questions de la Cour en insistant sur le fait qu'il faut appliquer les *Règles de procédure* en partant du principe que la conformité aux exigences de celles-ci n'est pas facultative. Après tout, elles font partie de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, et elles ont « la même force

obligatoire et les mêmes effets qu'un texte législatif » : art. 76. Ainsi que la Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Smith c. Human Rights Commission (N.B.) et al.* (1999), 217 R.N.-B. (2^e) 336, [1999] A.N.-B. n^o 392 (C.A.) (QL) :

[TRADUCTION]

[...] L'expérience a montré que le respect tant du cadre juridictionnel des *Règles de procédure* que de ses préceptes en matière de procédure sert l'intérêt supérieur de la justice. De fait, l'obligation de se conformer aux *Règles de procédure* permet invariablement de séparer le bon grain [...] de l'ivraie, ce qui se traduit par une clarification utile des questions que le tribunal est appelé à trancher. Il s'ensuit invariablement des décisions centrées et éclairées qui se traduisent en fin de compte par une meilleure justice pour tous. [par. 19]

[44] La règle 22 (« Jugement sommaire »), la règle 37 (« Procédure des motions ») et la règle 2 (« Inobservation des règles ») entrent en ligne de compte, tout comme le principe global selon lequel toutes les règles doivent recevoir une interprétation libérale afin d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive. Un corollaire de ce principe veut que le recours à des pièges soit inacceptable.

[45] Les principes qui régissent l'interprétation des *Règles de procédure* sont énoncés dans l'arrêt *Davis c. MacKenzie*, 2008 NBCA 85, 338 R.N.-B. (2^e) 232 :

Il est maintenant bien établi que l'interprétation législative « ne peut pas être fondée sur le seul libellé du texte de loi » et qu'il « faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (voir l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n^o 2 (QL), au par. 21). La règle 1.03(1) prescrit qu'à moins que le contexte n'indique une intention contraire, la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13 s'applique aux *Règles de procédure*. L'article 17 de la *Loi d'interprétation* est ainsi rédigé :

17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l'objet de l'interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

Ce qui est sans doute plus important encore, les mots « se fonde » [règle 52.01(4)] doivent être interprétés conformément aux préceptes énoncés à la règle 1.03(2). Ils doivent donc « recevoir une interprétation libérale afin d'assurer une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive ». [par. 33]

[46] En outre, les rubriques peuvent servir à des fins d'interprétation : règle 1.03(3).

[47] La conclusion voulant qu'un défendeur doive présenter une motion en jugement sommaire est incontournable, vu la règle 22 dans son ensemble, et en particulier la règle 22.01(3), à la rubrique « Applicabilité [...] *Au défendeur* ». La règle 22.01(3) permet à un défendeur qui a signifié l'exposé de sa défense de solliciter, « par voie de motion », un jugement sommaire rejetant tout ou partie de la demande formulée dans l'exposé de la demande. Lorsqu'aucune motion incidente en jugement sommaire n'est présentée afin que soit rejetée la demande dans son intégralité ou en partie, le défendeur qui souhaite contester la mesure réparatoire sollicitée par une partie adverse doit faire la preuve des faits précis faisant apparaître « une véritable question en litige qui nécessite la tenue d'un procès » : règle 22.02(2). La nécessité de présenter une preuve de cette nature ne milite pas en faveur de l'octroi d'un jugement sommaire à l'intimée.

[48] De façon plus générale, si la partie intimée dans une motion en jugement sommaire pouvait obtenir un jugement sommaire sans fournir à l'auteur de la motion un avis équitable et spécifique du risque auquel il s'expose, les plaideurs pourraient très bien s'abstenir d'avoir recours à la règle 22. Pareil résultat ne serait pas en harmonie avec l'objet principal de la règle, savoir la réduction des coûts des litiges par un règlement hâtif et abordable sur le fond (voir *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87). L'objet d'une disposition législative est un élément clé dans l'interprétation de celle-ci (voir

Alexander c. Province du Nouveau-Brunswick, représentée par le directeur chargé de la sécurité des communautés et des voisinages, 2020 NBCA 55, le juge d'appel LeBlond rendant jugement au nom de la Cour).

[49] Cela dit, je reconnais que le libellé de la règle 22.04 ouvre la voie à un argument en faveur de l'octroi de jugements sommaires par « effet boomerang ». Cette règle prévoit que la cour doit rendre un jugement sommaire dans certaines circonstances, sans indiquer explicitement qu'il faut présenter une motion. Toutefois, cette interprétation ne saurait avoir préséance sur une interprétation contextuelle de la règle 22.04, particulièrement si l'on tient compte de la rubrique, « Décision sur la motion » (je souligne).

[50] À moins de dispenser de l'exigence de présenter une motion prescrite par la règle 22 au moyen d'une ordonnance rendue à cet effet en vertu de la règle 2.01, l'octroi d'un jugement sommaire par « effet boomerang » n'est pas une solution admissible. La présentation d'une motion, officielle ou officieuse, est une condition préalable à l'octroi d'un jugement sommaire sous le régime de la règle 22, et une ordonnance ayant pour effet de dispenser de cette exigence, laquelle n'est pas une question de forme, conviendra uniquement dans des circonstances exceptionnelles, comme celles que révélait le dossier dans l'affaire *Banque Manuvie du Canada c. Conlin*, [1996] 3 R.C.S. 415, [1996] A.C.S. n° 101 (QL), ou lorsque la règle 22.04(1)b s'applique. Cette règle prévoit que la cour rend un jugement sommaire lorsque les parties sont d'accord pour que l'affaire soit ainsi tranchée et qu'il convient de le faire.

[51] Après tout, sous réserve du fait que chaque partie doit faire de son mieux, la procédure énoncée à la règle 22 se déroule dans le cadre du système accusatoire où la cour est appelée à rendre jugement sur les motions présentées par les parties afin d'obtenir des mesures réparatoires (voir *O'Toole c. Peterson*, 2018 NBCA 8, [2018] A.N.-B. n° 58 (QL)). Les propos exprimés en obiter dans les décisions *Volpé c. Nouveau-Brunswick*, 2017 NBBR 109, [2017] A.N.-B. n° 127 (QL) (intitulé QL), au par. 33, et *Stéphane Vienneau c. Joy Global (Canada) Ltd.*, 2020 NBBR 076, [2020] A.N.-B. n° 102 (QL), aux

par. 38 à 41, provoquent certes la réflexion, mais dans la mesure où ils proposent une interprétation différente des *Règles de procédure*, il ne faudrait pas y souscrire.

[52] Cela dit, je reconnais que l'opinion dissidente exprimée par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Banque Manuvie du Canada c. Conlin* alimente les arguments contraires. Dans cette affaire, la question procédurale était celle de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario avait compétence pour accorder un jugement en faveur de M. Conlin et ainsi rejeter la poursuite intentée par Manuvie en application de son cautionnement, même si M. Conlin n'avait pas fourni de réponse à la requête en obtention d'un jugement sommaire déposée par Manuvie en présentant une requête incidente afin d'obtenir un jugement en sa propre faveur. Selon mon interprétation de l'opinion exprimée par le juge Iacobucci, sur présentation d'une requête en obtention d'un jugement sommaire sous le régime des *Règles de procédure civile* de l'Ontario qui étaient alors en vigueur, la Cour avait compétence pour rendre un jugement en faveur de la partie intimée même si aucune requête incidente n'avait été présentée, puisque le rejet de la requête initiale, sur le fondement des faits et du droit, signifiait que la partie intimée aurait droit à un jugement en sa faveur, soit à la suite de la présentation d'une requête en obtention d'un jugement sommaire soit à la suite d'un procès. En parvenant à cette conclusion, le juge Iacobucci s'est fondé sur les règles de l'Ontario qui correspondent à nos règles 1.03(2), 22.04(1)a) et 22.04(5).

[53] Toutefois, les juges majoritaires s'entendaient sur la conclusion selon laquelle « la Cour d'appel avait compétence pour délivrer l'ordonnance rejetant l'action » intentée à M. Conlin, sans expressément souscrire à l'interprétation faite par le juge Iacobucci de la règle de l'Ontario portant sur les jugements sommaires (par. 1). Ils avaient peut-être à l'esprit certaines circonstances particulières de l'instance devant la Cour d'appel de l'Ontario : Manuvie avait renoncé à sa requête en annulation de l'appel interjeté par M. Conlin dans laquelle elle invoquait comme moyen que cet appel était frivole et vexatoire, et les deux parties s'étaient entendues pour [TRADUCTION] « débattre l'appel sur le fond » (*Manulife Bank of Canada c. Conlin*, [1994] O.J. No. 2560 (C.A.) (QL), au par. 17). Par suite de ce changement d'orientation, le rejet de l'action intentée à M. Conlin

était une solution possible que la Cour d'appel de l'Ontario pouvait envisager, même si M. Conlin n'avait présenté, en première instance, aucune requête incidente en obtention d'un jugement sommaire. Cela semblait avoir été l'interprétation faite par les trois juges qui siégeaient en appel.

[54] Avec égards, les circonstances de nature procédurale dans l'affaire *Banque Manuvie du Canada c. Conlin* étaient exceptionnelles. À ce sujet, il vaut la peine de mentionner les points suivants : (1) l'entente entre les parties devant la Cour d'appel, ainsi que l'avait comprise la formation de juges; (2) Banque Manuvie était au courant du fait que le rejet de l'action qu'elle avait intentée contre M. Conlin était inévitable si sa requête en obtention d'un jugement sommaire était rejetée sur le fond; et (3) la conclusion des juges majoritaires, fondée sur les faits et le droit, que Banque Manuvie ne pouvait obtenir un jugement contre M. Conlin. Au bout du compte, ni la présentation par lui d'une requête afin d'obtenir un jugement sommaire rejetant l'action intentée contre lui par Banque Manuvie ni la tenue d'un procès n'auraient rempli une fin utile.

[55] La règle 37.01 prévoit qu'une motion doit être présentée par avis de motion (formule 37A) ou par avis de motion préliminaire. Cette règle prescrit la forme que doit prendre une motion. La règle 2.01 prévoit qu'un juge peut dispenser de cette exigence quant à la forme en appliquant le critère qui régit les situations ordinaires (voir *Trifidus Inc. c. Samgo Innovations Inc. et autres*, 2011 NBCA 59, 375 R.N.-B. (2^e) 141, au par. 37, motifs de la juge d'appel Quigg). Il s'agit d'un critère moins rigoureux que celui qui s'applique quand aucune motion incidente n'a été présentée (voir par. 49 ci-dessus).

[56] Dans son avis de motion, l'appelant a sollicité les ordonnances suivantes : (1) une ordonnance confirmant qu'il n'existait aucune véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès; (2) une ordonnance établissant le préavis raisonnable de cessation d'emploi; et (3) une ordonnance précisant [TRADUCTION] « les salaires et les avantages sociaux qu'englobe le préavis raisonnable ». Même si, dans son mémoire préparatoire supplémentaire, l'intimée a demandé des mesures réparatoires qui équivalaient somme toute à un jugement sommaire, elle n'a pas sollicité – et encore moins

obtenu – une ordonnance visée par la règle 2.01 l’autorisant de dispenser des exigences quant à la forme d’une motion qui sont prévues par la règle 37.01. La question qu’il faut trancher est celle de savoir s’il peut être fait abstraction de l’omission par l’intimée de déposer et de signifier une motion incidente en bonne et due forme afin d’obtenir un jugement sommaire ou d’obtenir l’ordonnance de dispense appropriée prévue par la règle 2.01.

[57] La règle 2.02 prévoit que l’inobservation de la règle 37.01 doit être considérée comme une irrégularité qui n’a pas pour effet d’annuler l’instance. La règle 2.02 exhorte les tribunaux à accorder les mesures de redressement nécessaires aux conditions appropriées afin d’assurer la solution équitable du litige qui oppose les parties. S’agissant de la règle 2.03, elle empêche une partie de contester l’irrégularité d’une instance lorsqu’elle a entrepris l’étape suivante en ayant connaissance de l’irrégularité. Lorsqu’une motion incidente qui n’est pas conforme aux *Règles* est contestée en temps opportun, la question est simplement de savoir si l’audition de cette motion permet « d’assurer [la] solution équitable de [l’]instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive » : règle 1.03(2) et *Trifidus Inc. c. Samgo Innovations Inc. et autres*, au par. 37.

[58] L’appelant n’a ni contesté la demande officieuse faite par l’intimée afin d’obtenir un jugement sommaire ni sollicité l’ajournement de l’audience. Qui plus est, il ne prétend pas que la procédure suivie en première instance a abouti à un déni de justice. Dans les circonstances, l’attribution d’un jugement sommaire en faveur de l’intimée est, sur le plan procédural, inattaquable (voir *King Lofts Toronto I Ltd. c. Emmons*, 2014 ONCA 215, [2014] O.J. No. 1333 (QL)).

[59] Je passe maintenant au bien-fondé de l’appel en gardant à l’esprit l’ensemble des lignes directrices, des observations et des principes qui suivent. Premièrement, la *Loi* a pour but de protéger les intérêts des employés et sa nature réparatrice devrait mener les tribunaux à choisir parmi les interprétations raisonnables celle qui encourage les employeurs à respecter ses exigences minimales, faisant ainsi « bénéficier de sa protection le plus grand nombre d’employés possible » (voir *Machtinger*

c. HOJ Industries Ltd., [1992] 1 R.C.S. 986, aux par. 31 et 32). Deuxièmement, en règle générale, les tribunaux [TRADUCTION] « interprètent les contrats d'emploi de manière différente par rapport aux autres conventions commerciales [...], en raison surtout de l'importance que revêt un emploi dans la vie d'une personne » (voir *Wood c. Fred Deeley Imports Ltd.*, 2017 ONCA 158, [2017] O.J. No. 899 (QL), au par. 26, le juge d'appel Laskin rendant jugement au nom de la Cour). Troisièmement, étant donné que les employés sont habituellement très vulnérables au moment de l'embauchage et du congédiement, les clauses des contrats d'emploi qui voudraient les priver d'une indemnité de départ équitable sont scrutées avec le plus grand soin et, lorsqu'elles soulèvent plus d'une interprétation raisonnable, les tribunaux devraient opter pour celle [TRADUCTION] « qui procure à l'employé le plus grand avantage » (*ibidem*, au par. 28).

B. *Congédiement non motivé et congédiement motivé*

[60] Ainsi qu'il a été mentionné, la juge saisie de la motion n'a pas tiré une conclusion expresse selon laquelle l'appelant avait été congédié pour un motif valable. Toutefois, je suis convaincu que c'est ce qu'elle a fait de façon implicite, étant donné la nature du débat opposant les parties et le fait que la juge était centrée sur le motif valable à l'exclusion de toutes les autres questions. La question à laquelle doit répondre notre Cour est celle de savoir si la juge a commis une erreur manifeste et dominante lorsqu'elle a conclu qu'il s'agissait d'un congédiement motivé. Avec égards, je conclus qu'elle a commis une telle erreur, et ce, pour les motifs énoncés ci-après.

[61] Premièrement, l'appelant a témoigné sous serment qu'il avait été informé, à la rencontre du 29 mai 2017, qu'il était congédié sans motif valable. Cette preuve n'est pas contredite.

[62] Deuxièmement, l'intimée a remis à l'appelant une indemnité tenant lieu d'un préavis de quatre semaines. Elle n'aurait fait aucun paiement de ce genre si le congédiement avait été effectué pour un motif valable. Pour le dire clairement, je n'accepte

pas, pour un seul instant, la prétention de l'intimée selon laquelle elle aurait versé cette somme à titre gratuit.

[63] Troisièmement, l'intimée a remis un relevé d'emploi confirmant que le congédiement était non motivé.

[64] Quatrièmement, un fait plus important encore, la lettre de cessation d'emploi fait état d'un congédiement non motivé. Elle est rédigée ainsi :

[TRADUCTION]

Pour faire suite à notre discussion d'aujourd'hui, la présente lettre confirme la décision prise par Goeasy Ltd. (la société) de mettre fin à votre emploi immédiatement. Ainsi qu'il a été indiqué lors de notre discussion, la société estime avoir un motif valable pour mettre fin à votre emploi. Cette position est fondée sur votre conduite relativement aux questions dont nous avons discuté lors de notre rencontre du 24 mai 2017, conduite qui constitue un abus de confiance et a fait en sorte que la société a perdu confiance dans votre capacité d'exercer les responsabilités de votre poste.

Quoi qu'il en soit, sans qu'il soit porté atteinte à notre capacité d'adopter comme position qu'il a été mis fin à votre emploi pour un motif valable, la société a décidé de mettre fin à votre emploi immédiatement et de qualifier ce congédiement de congédiement non motivé. Nous regrettons de devoir prendre cette décision, mais nous estimons qu'elle est dans l'intérêt supérieur de la société. Nous espérons également que lorsque vous lirez cette lettre vous aurez le sentiment que nous faisons preuve d'équité dans les circonstances.

Vous recevrez toutes les sommes que vous avez gagnées et qui vous sont payables au 29 mai 2017, notamment l'indemnité correspondant aux congés annuels que vous avez acquis mais que vous n'avez pas utilisés.

Étant donné la perturbation que cette cessation d'emploi pourrait vous causer, nous sommes disposés à accroître notre obligation contractuelle en matière de préavis, soit celle

prévue dans votre contrat d'emploi, ainsi que notre obligation établie par la *Loi sur les normes d'emploi* du Nouveau-Brunswick, qui prévoit une indemnité tenant lieu de préavis correspondant à quatre semaines de salaire, en vous offrant le forfait de transition décrit ci-après (le forfait de transition) :

1. Avis de cessation d'emploi : Vous recevrez une indemnité tenant lieu de préavis correspondant à trois mois de salaire, lequel vous sera versé sur une base continue (la période de préavis du forfait de transition). Ces sommes vous sont offertes en paiement intégral des sommes auxquelles vous avez droit, notamment celles qui doivent être versées en application de la *Loi sur les normes d'emploi* et qui sont subordonnées à toutes les déductions et retenues légales.
2. Allocation de voiture : Votre allocation de voiture continuera d'être versée au cours de la période de préavis de quatre semaines prévue par la *Loi*.
3. Congés annuels : Vous recevrez l'indemnité correspondant aux congés annuels que vous acquerez durant la période de préavis de quatre semaines prévue par la *Loi*.
4. Avantages sociaux : Votre assurance collective sera maintenue durant la période de préavis de quatre semaines prévue par la *Loi*. Par la suite, il sera mis fin à votre assurance-vie ainsi qu'à votre assurance en cas de décès ou de mutilation accidentels et à votre assurance-invalidité. Toutefois, votre assurance-santé et dentaire sera maintenue pendant la période de préavis du forfait de transition de trois mois.
5. Réorientation professionnelle : La société vous donnera accès à un programme de réorientation professionnelle de trois mois offert par l'entremise d'Optimum Talent. Les détails de ce forfait vous seront fournis dès votre acceptation du forfait de transition.
6. Qualification de la cessation d'emploi : La société est disposée à examiner la possibilité de qualifier votre cessation d'emploi, à des fins de communications internes et externes

seulement, d'une manière autre qu'un congédiement non motivé. Toutefois, la décision ultime quant à la qualification et à la communication de votre cessation d'emploi relèvera de la seule appréciation de la société.

7. Vous devrez signer une renonciation complète et définitive en faveur de la société au moyen de la formule ci-annexée (la renonciation).

Si vous choisissez d'accepter le forfait de transition décrit ci-dessus, vous devrez signer la présente lettre, à l'endroit indiqué ci-dessous, ainsi que la renonciation ci-jointe en indiquant votre acceptation au plus tard le 5 juin 2017 et retourner au soussigné les documents susmentionnés. Si vous ne retournez pas la lettre signée et la renonciation au plus tard à cette date, la société vous fournira uniquement les sommes auxquelles vous avez droit au titre de votre contrat d'emploi et des dispositions législatives en matière de cessation d'emploi. Ces sommes vous seront versées en un montant global le prochain jour de paie ordinaire.

Nous profitons de l'occasion pour vous rappeler vos obligations concernant les renseignements confidentiels que vous avez pu obtenir durant votre période d'emploi au sein de la société. Vous avez l'obligation de ne pas utiliser et de ne pas divulguer quelque renseignement confidentiel que ce soit à quelque moment que ce soit à l'avenir. Cette obligation demeure en vigueur après la cessation de votre emploi. Vous devez également remettre à la société immédiatement tous les biens et les mots de passe de la société que vous avez actuellement en votre possession ou sous votre direction.

James, nous vous remercions de votre service et de votre contribution à la société et nous vous souhaitons le plus grand succès dans vos entreprises à venir. N'hésitez pas à communiquer avec moi si vous avez besoin de précisions ou d'autres renseignements concernant le forfait de transition.

[Je souligne.]

[65] La lettre est sans équivoque. Elle confirme que la décision de l'intimée de mettre fin à l'emploi de l'appelant prend effet immédiatement. En conséquence, la cessation d'emploi n'est pas fonction de l'acceptation ou du rejet par l'appelant du forfait

de transition. Même si la lettre précise que l'intimée estime avoir un motif valable pour congédier l'appelant, on y affirme sans équivoque que la cessation d'emploi prend effet immédiatement et que ce congédiement est non motivé. Il est vrai que l'intimée a subséquemment fait une mise en garde qu'elle ne renonçait pas à sa capacité [TRADUCTION] « d'adopter comme position qu'il a été mis fin à votre emploi pour un motif valable ». Toutefois, cette mise en garde, qui était incontestablement une tactique destinée à exercer une pression sur l'appelant afin de l'amener à accepter le forfait de transition, ne tenait pas compte de la réalité : l'appelant avait déjà été congédié sans motif valable avant que la mise en garde soit faite.

[66] La lettre indique que l'intimée est [TRADUCTION] « disposé[e] à accroître [son] obligation contractuelle en matière de préavis, soit celle prévue dans [le] contrat d'emploi, ainsi que [son] obligation établie par la *Loi sur les normes d'emploi* du Nouveau-Brunswick [...] qui prévoit une indemnité tenant lieu de préavis correspondant à quatre semaines de salaire, en vous offrant [un] forfait de transition ». Les éléments principaux du forfait de transition sont le paiement d'une indemnité tenant lieu d'un préavis de trois mois, le maintien de certains avantages pendant cette période et [TRADUCTION] « [l']accès à un programme de réorientation professionnelle de trois mois offert par l'entremise d'Optimum Talent ». Les détails de ce [TRADUCTION] « programme d'orientation professionnelle » devaient être fournis à l'appelant lorsqu'il aurait accepté le forfait de transition dans son ensemble. En échange, l'appelant devait signer une renonciation complète et définitive en faveur de l'intimée. S'il omettait de le faire, l'intimée fournirait à l'appelant un préavis de cessation d'emploi réduit : le préavis et l'indemnité tenant lieu de préavis seraient établis conformément aux [TRADUCTION] « sommes auxquelles vous avez droit au titre de votre contrat d'emploi et des dispositions législatives en matière de cessation d'emploi », tel que le concevait l'intimée, soit un préavis de quatre semaines. Il va sans dire que lorsqu'une personne est congédiée pour un motif valable, il n'y a aucune obligation de fournir un préavis de cessation d'emploi, peu importe sa durée, ni une indemnité tenant lieu de préavis.

[67] La lettre de cessation d'emploi n'effectue pas un congédiement motivé. Pourtant, c'est le seul document invoqué par l'intimée afin de remplir l'exigence en matière de préavis écrit que prescrit le par. 30(2) de la *Loi*. Si j'avais conclu que la juge saisie de la motion n'avait pas commis d'erreur en concluant que l'appelant avait été congédié pour un motif valable, j'aurais sans hésitation déclaré la cessation d'emploi invalide pour non-respect du par. 30(2). Je passe maintenant à l'observation de l'intimée selon laquelle la sous-disposition 10.1b) du contrat d'emploi de 2012 établit le droit de l'appelant en matière de préavis à une période de quatre semaines.

C. *La validité de la sous-disposition 10.1b)*

[68] Le 1^{er} mai 2012, l'appelant est retourné au travail à titre de directeur régional pour le Nouveau-Brunswick. Il a signé un nouveau contrat d'emploi qui confirmait les détails de son emploi auprès de l'intimée et de sa société mère, easyhome Ltd.

[69] Le contrat indiquait expressément qu'il remplaçait tous les contrats d'emploi antérieurs.

[70] Il renfermait également une clause de non-concurrence (clause 7.1) que l'on pourrait opposer à l'affirmation de l'intimée selon laquelle la sous-disposition 10.1b) limitait son obligation en matière de préavis à la seule période de quatre semaines, malgré les longues années de service de l'appelant. Il est possible de résumer la clause de non-concurrence comme interdisant toute interaction, du fait de l'emploi ou autrement, avec une entité qui, de quelque manière que ce soit, livre concurrence à l'employeur. Fait intéressant, pour les fins de la présente affaire, l'interdiction devait se poursuivre après la cessation d'emploi, pendant celle des périodes suivantes qui est la plus longue :

7.1 [...] a) le nombre de semaines correspondant à la période de préavis totale/l'indemnité tenant lieu de préavis totale et à l'indemnité de départ auxquels vous auriez droit s'il était mis fin à votre emploi sans motif valable (ainsi qu'il est précisé [ci-dessous]), peu importe la manière dont prend fin votre emploi,

calculé à partir de votre dernier jour d'emploi effectif, et b) la période d'un an suivant la date à laquelle vous cessez d'être un employé d'*easyhome*, quelle que soit la partie qui a initié la cessation de la relation de travail [...]

[71] La *Loi* ne prévoit pas une [TRADUCTION] « indemnité de départ » qui soit différente d'une [TRADUCTION] « indemnité tenant lieu de préavis ». En conséquence, la clause 7.1 peut être plaidée comme une entente entre les parties voulant que le préavis de cessation d'emploi puisse dépasser une année, ce qui ne concorderait pas avec l'argument de l'intimée voulant que les termes [TRADUCTION] « correspondant à celui auquel vous avez droit au titre de la législation » que contient la sous-disposition 10.1b) limitent son obligation en matière de préavis à la seule période de quatre semaines. Il vaut la peine de reprendre cette disposition pour en faciliter la consultation :

10. Cessation d'emploi

10.1 Il peut être mis fin à votre emploi par vous-même ou par la société, à quelque moment que ce soit et pour quelque motif que ce soit, que celui-ci soit valable ou non, aux conditions suivantes :

- a) La société peut mettre fin à votre emploi pour un motif valable sans préavis ni indemnité tenant lieu de préavis ou sans indemnité de départ.
- b) La société peut mettre fin à votre emploi à quelque moment que ce soit sans motif valable en vous remettant un préavis écrit ou une indemnité tenant lieu du préavis correspondant à celui auquel vous avez droit au titre de la législation du Nouveau-Brunswick sur les normes d'emploi. Si la société met fin à votre emploi conformément à la présente sous-disposition, elle n'est tenue de vous verser aucun autre montant, et vous n'aurez droit en common law à aucun autre montant par suite de votre cessation d'emploi. En outre, les paiements et l'avis prévus dans la présente sous-disposition incluent vos droits à un préavis de cessation, à

une indemnité tenant lieu de préavis, ou à quelque autre indemnité de départ prévus par la législation sur les normes d'emploi du Nouveau-Brunswick.

[72] Selon la sous-disposition 10.1b), deux conséquences résultent de la remise par l'employeur d'un préavis écrit ou d'une indemnité tenant lieu de préavis qui correspond à ce à quoi l'employé aurait droit au titre de la *Loi* : (1) l'employeur est déchargé de toute obligation d'effectuer d'autres paiements à l'appelant; et (2) l'appelant n'a droit à aucune autre somme qui serait payable en common law.

[73] Tel qu'il a été mentionné, l'intimée soutient que la sous-disposition 10.1b) limite le droit de l'appelant à un préavis de cessation d'emploi à la période de quatre semaines prévue à l'al. 30(1)b) de la *Loi*. À mon humble avis, la sous-disposition 10.1b) ne fait rien de la sorte. Elle fixe la durée du préavis de cessation d'emploi à laquelle l'appelant [TRADUCTION] « a droit » à celle prévue par la *Loi*. Notre Cour n'a pas encore déterminé ce droit. Je fais remarquer que, dans la décision *Cybulski c. Adecco Employment Services Limited*, 2011 NBBR 181, 375 R.N.-B. (2^e) 307, le juge Glennie a souligné que la *Loi* dispose que le droit de l'employé à un préavis de cessation d'emploi est le droit à un préavis « minimal » de quatre semaines, ce qu'il a interprété comme signifiant que le droit à un préavis pouvait dépasser quatre semaines. Quoi qu'il en soit, en l'espèce, on peut soutenir que, dans la clause de non-concurrence, les parties se sont entendues sur le fait que le droit de l'appelant à un préavis n'était pas limité à quatre semaines; en effet, cet avis pouvait dépasser une période d'un an. Cela dit, les parties n'ont pas soulevé l'effet de la clause de non-concurrence sur le droit au préavis de cessation d'emploi prévu à la sous-disposition 10.1b), et la Cour ne les a pas interrogées à ce sujet. En conséquence, j'aborderai l'effet de cette sous-disposition sous un autre angle, soit celui du caractère exécutoire.

[74] À mon avis, la sous-disposition 10.1b) est nulle parce qu'elle est contraire à la *Loi*. Il en est ainsi du fait qu'elle dégage l'intimée de toute responsabilité de verser « aucun autre montant » à l'appelant une fois qu'elle lui a fourni un préavis écrit ou une indemnité tenant lieu de préavis qui équivaut à ce à quoi il aurait droit au titre de la *Loi*.

[75] L'intimée était liée par la *Loi* : voir l'art. 2. Qui plus est, le libellé du par. 4(1) est clair et sans équivoque : la *Loi* s'applique nonobstant toute convention contraire entre un employeur et un employé. Cela dit, je suis conscient de la rubrique qui précède le par. 4(1), soit « Priorité de la Loi sur toute convention collective », mais je ne vois aucune raison de faire abstraction du libellé du paragraphe comme tel et de limiter son application aux conventions collectives. Premièrement, la rubrique ne fait pas partie de la *Loi* et elle a été insérée « aux seules fins de faciliter la consultation » : art. 16 de la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13. Deuxièmement, la rubrique est juste, en ce sens que la *Loi* a priorité sur une convention collective. Troisièmement, la rubrique ne prétend pas exclure les contrats d'emploi particuliers de la protection de la *Loi*. En conséquence, la *Loi* a priorité sur le contrat d'emploi de 2012 et, plus précisément, sur la sous-disposition 10.1b).

[76] Si une partie d'une clause de cessation d'emploi laisse entendre qu'elle a pour effet d'exclure un avantage que prévoit la *Loi*, l'ensemble de la clause est nulle, et non seulement la partie qui va à l'encontre du texte législatif (voir *North c. Metaswitch Networks Corporation*, 2017 ONCA 790, [2017] O.J. No. 5327 (QL), au par. 24, la juge d'appel Feldman rendant jugement au nom de la Cour). Il en est ainsi même si l'employeur s'est effectivement conformé à la *Loi* au moment de la cessation d'emploi en fournissant à l'employé tout ce à quoi il avait droit au titre de la *Loi*, parce que [TRADUCTION] « le caractère exécutoire d'une clause de cessation d'emploi est déterminé par le libellé de la clause comme tel, et non par la conduite de l'employeur après la cessation d'emploi » : *Andros c. Colliers Macaulay Nicolls Inc.*, 2019 ONCA 679, [2019] O.J. No. 4434 (QL), le juge d'appel Fairburn rendant jugement au nom de la Cour.

[77] Deux avantages prévus par la *Loi* entrent en jeu en l'espèce. Premièrement, au moment de la cessation de leur emploi, les employés ont droit à une indemnité de congés annuels équivalant soit à 4 % ou à 6 % de leur salaire pour l'année de référence, selon la durée d'emploi continu : art. 26. Compte tenu des années d'emploi continu de l'appelant, il avait droit à 6 % au moment de la cessation d'emploi. Deuxièmement, à la cessation d'emploi, l'employeur doit « verser au salarié qu'il cesse d'employer le reliquat de la

rémunération qui lui est due au plus tard à la date à laquelle il aurait été payé s'il avait continué à être employé » : art. 37. Le dossier contient trois contrats d'emploi écrits qui traitent de ce sujet.

[78] Le contrat d'emploi du 2 août 2002 afférent au poste de directeur régional pour le Nouveau-Brunswick prévoyait que l'appelant pouvait être congédié sur remise [TRADUCTION] « [d']un préavis de cessation écrit approprié, ou [d']une indemnité tenant lieu de ce préavis, ainsi que le prescrit la [Loi] et, si l'appelant était congédié et qu'il recevait le versement des sommes acquises, l'employeur serait libéré à l'égard de toute réclamation découlant de l'emploi ou de la cessation d'emploi. Évidemment, le libellé de la clause de cessation d'emploi ne prévoyait pas que l'employeur était par contrat dégagé de ses obligations prévues par la loi à l'égard des salaires et des congés annuels acquis.

[79] La sous-disposition 10.1b) du contrat d'emploi de 2008 afférent au poste de vice-président de division en prévoyait autant. Elle réitérait l'obligation de l'employeur de payer [TRADUCTION] « les montants exigibles et impayés à la date de la cessation de votre emploi ».

[80] Toutefois, la sous-disposition 10.1b) du contrat d'emploi de 2012 afférent au poste de directeur régional pour le Nouveau-Brunswick prétendait écarter toute obligation de la sorte une fois que l'appelant aurait reçu le préavis ou l'indemnité en tenant lieu. Selon cette sous-disposition, il pouvait être mis fin à l'emploi de l'appelant sans motif valable par remise d'un préavis écrit ou d'une indemnité tenant lieu de préavis d'une durée qui correspondait à celui auquel il avait droit au titre de la *Loi*. Dans cette éventualité, l'employeur [TRADUCTION] « [n'était] tenu de [...] verser aucun autre montant » à l'appelant. Ainsi, la sous-disposition tentait d'écarter par contrat l'application des art. 26 (indemnité de congés annuels au moment d'une cessation d'emploi) et 37 (salaires acquis). En conséquence, cette partie de la sous-disposition 10.1b) est nulle, ce qui a pour effet de rendre inexécutoire la sous-disposition en entier, à moins qu'une partie de cette sous-disposition qui pourrait être valide, comme l'exclusion du [TRADUCTION] « droit

en common law à [tout] autre montant », tombe sous le coup de la clause de divisibilité, soit la clause 12.6, qui est rédigée ainsi :

[TRADUCTION]

12.6 Si une disposition ou une partie de la présente convention est jugée invalide ou inexécutoire pour quelque raison que ce soit, les autres dispositions et parties de la présente convention demeureront en vigueur et produiront tous leurs effets permis en droit.

[81] À mon avis, la clause 12.6 est inopérante à l'égard de la sous-disposition 10.1b) de la clause de cessation d'emploi, parce que c'est la sous-disposition en entier qui est nulle. Ainsi qu'il a été mentionné dans l'affaire *North c. Metaswitch Networks Corporation*, une clause de divisibilité [TRADUCTION] « ne peut produire d'effet sur les autres clauses du contrat que la *Loi* a frappées de nullité. Ces dispositions sont frappées de nullité à toutes les fins [...] » : par. 44.

[82] Étant donné que la sous-disposition 10.1b) est nulle, la présomption selon laquelle le contrat d'emploi de 2012 renferme, comme condition implicite, l'exigence de fournir un préavis raisonnable de cessation d'emploi demeure non réfutée. Un préavis de quatre semaines ne saurait en aucun cas, en l'espèce, constituer un préavis raisonnable.

D. *Préavis raisonnable*

[83] S'agissant de fixer un préavis raisonnable de cessation d'emploi, les tribunaux ont pour objectif premier de donner à l'employé congédié une occasion équitable de trouver un autre emploi convenable : *Dick c. Canadian Pacific Ltd.*, 2000 NBCA 10, 230 R.N.-B. (2^e) 39. Pour ce faire, il faut prendre en ligne de compte à la fois la perspective de l'employé et celle de l'employeur, de sorte que, même s'il est peu probable que l'appelant puisse obtenir un emploi comparable à celui qu'il occupait auprès de l'intimée, il n'ait tout de même pas droit à un préavis d'une durée qui s'étende jusqu'à la date prévue de son départ à la retraite.

[84] Pour parvenir à établir ce qui constitue un préavis raisonnable dans une affaire donnée, il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes, parmi lesquelles les plus importantes sont l'âge de l'employé au moment de la cessation d'emploi, les états de service auprès de l'employeur et la possibilité d'obtenir un autre emploi convenable compte tenu de l'expérience, de la formation et de la compétence de l'employé : *Covered Bridge Golf and Country Club c. Schurman*, 2009 NBCA 1, 340 R.N.-B. (2^e) 168. Comme on pourrait s'y attendre, une clause de non-concurrence peut justifier un accroissement de la période de préavis : Howard A. Levitt, *The Law of Dismissal in Canada*, 3^e éd. (Aurora : Canada Law Book, 2003) (feuillet mobile mis à jour en 2020), vol. 2, au par. 8:70, p. 8-19.

(1) Âge

[85] Dans l'arrêt *Bramble et al. c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.*, la Cour a fait les observations suivantes concernant l'importance du facteur de l'âge :

[TRADUCTION]

De plus, le lien qui existe entre l'âge de l'employé congédié et la réalisation du but premier du préavis est incontestable. Le juge Iacobucci, qui rendait le jugement unanime de la Cour suprême dans l'arrêt *Law c. Canada*, précité, a reconnu, aux p. 71 et 72 [N.R.], paragraphe 101, que la connaissance d'office donne un fondement juridique au rôle joué par ce facteur dans la détermination de ce qui constitue un avis raisonnable :

[...] Il me semble qu'un tribunal peut à bon droit prendre connaissance d'office du fait que plus l'on vieillit, plus il est difficile de trouver et de conserver un emploi. En fait, notre cour a souvent reconnu que l'âge était un facteur à considérer dans le contexte de la participation au marché du travail et du retrait de ce dernier. Par exemple, le juge La Forest a affirmé, au nom de la cour à la majorité dans *McKinney*, [1990] 3 R.C.S. 229, précité, à la p. 299 :

À moins qu'elles aient des compétences particulières, on reconnaît généralement que les personnes de plus de 45 ans ont plus de difficulté à se trouver du travail que les autres. Elles n'ont pas la souplesse des jeunes, un désavantage souvent aggravé par le fait que les jeunes disposent généralement d'une formation plus récente dans les techniques plus modernes.

Des idées semblables ont été exprimées dans l'arrêt *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, aux p. 998 et 999, le juge Iacobucci, et aux p. 1008 et 1009, [la] juge McLachlin, concernant la pertinence de l'âge quant à savoir ce qui constitue un préavis raisonnable de cessation d'emploi. [...] [par. 63]

[86] L'appelant avait 55 ans lorsqu'il a été congédié. Cette situation milite en faveur d'une période de préavis qui se situe à l'extrémité supérieure de l'échelle.

(2) États de service

[87] Dans l'arrêt *Bramble et al. c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.*, la Cour a reconnu l'importance de ce facteur :

[TRADUCTION]

Quant aux états de service, leur pertinence en ce qui concerne les objectifs du préavis est double : premièrement, lorsque les années passées au service de l'employeur sont longues, le préavis fixé par la cour donne une expression juridique au droit moral qu'a l'employé à un délai de préavis plus long, et deuxièmement, le tribunal prend connaissance d'office des difficultés qu'éprouvent les employés de longue date à trouver un autre emploi convenable. Dans l'arrêt *Bishop c. Carleton Co-operative Ltd.*, précité, aux pages 217 et 218, paragraphe 10, le juge d'appel Bastarache (tel était alors son titre) a fait allusion à certaines de ces difficultés. [par. 62]

[88] L'intimée soutient que, s'agissant des états de service de l'appelant aux fins du calcul d'un préavis raisonnable, la durée de service est de 15 ans et commence à courir à partir de son emploi à titre de directeur régional pour le Nouveau-Brunswick, au mois d'août 2002. Deux raisons sous-tendent ce raisonnement : (1) l'absence de preuve selon laquelle l'intimée aurait été l'employeur de l'appelant avant cette date; et (2) le fait que l'appelant a démissionné de son poste en mai 2002 et a été embauché au mois d'août à titre de nouvel employé régi par un contrat d'emploi qui faisait en sorte que ses années de service antérieures étaient non pertinentes.

[89] Dans son premier affidavit, l'appelant indique qu'il a travaillé pour le compte de l'intimée pendant 30 ans, à partir du 15 octobre 1987, date de son embauchage initial. Cette assertion est étayée par les trois relevés d'emploi qui ont été remis depuis ce temps. Ces relevés établissent que, du 15 octobre 1987 jusqu'à la date du congédiement de l'appelant, le 29 mai 2017, l'intimée était l'employeur réputé ou réel de l'appelant.

[90] Le premier relevé d'emploi est daté du 24 mai 1991. Il indique que, du 15 octobre 1987 au 30 avril 1991, l'employeur de l'appelant était Rentown Enterprises Inc. et que, le 30 avril 1991, l'appelant remplissait le poste de gérant de magasin à Edmonton, en Alberta. L'explication fournie pour l'établissement du relevé d'emploi est le fait que la [TRADUCTION] « société » avait été vendue. Le deuxième relevé d'emploi, qui est daté du 22 mai 2002, a été établi lorsque l'appelant a pris un congé de maladie le 20 mai 2002, époque où il occupait le poste de directeur régional pour les provinces de l'Atlantique. Ce relevé indique que l'intimée était l'employeur de l'appelant et que ce dernier avait commencé à travailler le 1^{er} mai 1991, le lendemain de la date à laquelle il avait cessé de travailler pour Rentown Enterprises, après la vente de cette entreprise. Si la vente avait eu lieu au Nouveau-Brunswick, elle n'aurait pas occasionné d'interruption de la continuité d'emploi et l'intimée serait réputée avoir été l'employeur de l'appelant du 15 octobre 1987 au 30 avril 1991 : art. 89 de la *Loi*. Aucune preuve contraire n'ayant été présentée, il faut présumer que la disposition analogue en Alberta était identique à l'art. 89. Dans le dernier relevé d'emploi, l'intimée est indiquée comme l'employeur du 1^{er} août 2002 au 29 mai 2017.

[91] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que l'intimée était l'employeur de l'appelant du 15 octobre 1987 au 29 mai 2017, soit une période d'environ 30 ans. La prochaine question à trancher est celle de savoir si les circonstances du congé que l'appelant a pris, en mai 2002, de son poste de directeur régional pour les provinces de l'Atlantique et de son embauchage, au mois d'août 2002, à titre de directeur régional pour le Nouveau-Brunswick, ont pour effet de soustraire du calcul de la durée du préavis raisonnable les 15 années de service antérieures de l'appelant auprès de l'intimée. N'oublions pas que l'intimée prétend que c'est l'effet que produisent les facteurs suivants : la démission de l'appelant et la cessation de son emploi en mai 2002, et la signature par lui, le 2 août 2002, d'un contrat d'emploi à titre de nouvel employé.

[92] Il n'y a pas démission aux yeux de la loi à moins que l'employeur ne démontre que l'employé avait l'intention subjective de quitter son poste et que la conduite de l'employé était objectivement incohérente avec la continuité de son emploi : *The Law of Dismissal in Canada*, par. 2:70, p. 2-16. À mon avis, l'intimée n'a pas prouvé que l'appelant avait l'intention de mettre fin à leur relation d'emploi lorsqu'il a pris un congé pour des raisons médicales (stress et anxiété liés au travail) en mai 2002. Son but lorsqu'il a pris ce congé était d'obtenir un [TRADUCTION] « changement » d'emploi auprès de l'intimée qui tiendrait compte de son état de santé. La conduite de l'appelant n'est donc pas objectivement incohérente avec la continuité de son emploi auprès de l'intimée. Il était âgé de 40 ans et aucun autre emploi convenable ne s'offrait à lui. Quoi qu'il en soit, même si l'absence du travail de l'appelant avait constitué une « démission » reconnue par la loi, elle n'empêcherait pas de tenir compte en common law des 15 années de service antérieures de l'appelant. Même si l'intimée souligne, à bon droit, que la durée de l'avis de cessation d'emploi prévu par la *Loi* est calculée en fonction de la continuité d'emploi à partir de la date du dernier embauchage, la common law est bien plus flexible : il peut être tenu compte de périodes distinctes de service si les circonstances s'y prêtent.

[93] En règle générale, s'agissant de déterminer la durée de l'emploi, une période d'absence du travail relativement brève pour des raisons liées à sa santé, sans période d'emploi ailleurs, et une réintégration au travail à l'invitation de l'employeur et à des

conditions qui tiennent compte de l'état de santé de l'employé, comme c'était le cas en l'espèce, ne feront pas en sorte que la première période d'emploi perde sa pertinence. En pareilles circonstances, les tribunaux peuvent à juste titre tenir compte de la durée intégrale du service. Dans la décision *Swamy c. O'Bryan Hotels Ltd.*, [1997] B.C.J. No. 2114 (C.S.) (QL), l'employé avait quitté son poste pour des raisons liées à sa santé pendant une période de trois mois et avait reçu des prestations d'assurance-emploi pendant cette période. L'employeur l'avait encouragé à réintégrer le travail. La Cour a conclu que l'interruption était sans conséquence et elle a utilisé la période entière d'emploi dans le calcul des états de service. Dans la décision *Gordon c. Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. Ltd.* (1983), 47 R.N.-B. (2^e) 150, [1983] A.N.-B. n° 187 (C.B.R.) (QL), la Cour a conclu qu'une interruption d'un an dans l'emploi n'avait pas pour effet d'exclure les 30 années d'emploi antérieures du calcul des états de service. Dans cette affaire, l'employé avait été réembauché dans le même poste et avait obtenu une augmentation de salaire. Dans l'affaire *Roscoe c. McGavin Foods Ltd.*, [1983] B.C.J. No. 1249 (C.S.) (QL), la Cour a conclu qu'une interruption volontaire de l'emploi d'une durée de huit mois afin d'aller travailler ailleurs ne devrait pas être prise en ligne de compte au détriment de l'employé, celui-ci étant revenu au travail à l'invitation de l'employeur et ayant accumulé des congés annuels comme s'il n'avait jamais quitté son poste. Dans l'arrêt *Cronk c. Canadian General Insurance Co.*, [1995] O.J. No. 2751 (C.A.) (QL), l'employée avait démissionné de son poste afin d'élever une famille. Six ans plus tard, l'employeur l'a invitée à réintégrer le travail. La Cour a rejeté l'argument voulant que la période d'emploi antérieure à la démission ne doive pas être incluse dans les états de service de l'employée aux fins du calcul d'un préavis raisonnable de cessation d'emploi.

[94] Il reste à examiner l'argument de l'intimée selon lequel le contrat d'emploi signé par l'appelant le 2 août 2002 empêche ce dernier de bénéficier de ses 15 années de service antérieures dans la détermination de ce qui constitue un préavis raisonnable de cessation d'emploi. Selon l'intimée, ce contrat d'emploi prévoyait que le préavis devait être fixé conformément à la *Loi*. La *Loi* précise que le préavis doit être établi selon la « période d'emploi » de l'employé, qui est définie comme la période de temps qui court de la date du dernier embauchage. Même si le contrat d'emploi de 2002 peut fort bien avoir

eu pour effet de rendre non pertinentes les 15 années de service antérieures, ces années doivent tout de même être incluses dans le calcul des états de service de l'appelant afin de déterminer la période de préavis, selon la common law. Il en est ainsi parce que le contrat d'emploi de 2002 n'était plus en vigueur au moment de la cessation d'emploi le 29 mai 2017. Il ne faut pas oublier que le dernier contrat d'emploi conclu avec l'intimée (en 2012) [TRADUCTION] « remplace » toutes les conventions antérieures. Ce contrat d'emploi n'empêche pas la prise en compte des 15 années de service de l'appelant allant de 1987 à 2002.

[95] Je conclus que la durée du service de l'appelant aux fins du calcul de la durée d'un préavis raisonnable est de 29,5 années, ce qui signifie qu'il a consacré essentiellement toute sa vie professionnelle au service de l'intimée. Cet état de choses également milite en faveur de l'établissement d'une période de préavis à l'extrémité supérieure de l'échelle (voir *Bishop c. Carleton Co-operative Ltd.* (1996), 176 R.N.-B. (2^e) 206, [1996] A.N.-B. n^o 171 (C.A.) (QL), et le jugement majoritaire (les juges d'appel Ryan et Turnbull) dans l'arrêt *Donovan c. New Brunswick Publishing Co.* (1996), 184 R.N.-B. (2^e) 40, [1996] A.N.-B. n^o 601 (C.A.) (QL)).

(3) Possibilité d'obtenir un autre emploi convenable

[96] Dans l'arrêt *Bramble et al. c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.*, la Cour a confirmé que ce facteur était pertinent :

[TRADUCTION]

La possibilité d'obtenir un emploi analogue est, à première vue, liée à la réalisation du but premier du préavis et de ce fait, il ne fait aucun doute que la cour est fondée à en tenir compte pour fixer le délai de préavis. [par. 61]

[97] Selon la preuve de l'appelant, le [TRADUCTION] « bassin d'emplois comparables offrant un salaire comparable » est extrêmement restreint au Nouveau-Brunswick. Je serais étonné d'apprendre le contraire. Il a déclaré également, dans son affidavit de juin 2018, soit 13 mois après sa cessation d'emploi, que, malgré tous ses

efforts, il n'avait pas été en mesure d'obtenir un autre emploi comparable. Cela non plus n'est pas étonnant étant donné sa scolarité et son expérience de travail, cette dernière ayant été limitée à l'entreprise de location de l'intimée pendant à peu près toute sa vie professionnelle.

[98] Il n'y a tout simplement aucun élément de preuve qui appuie l'allégation faite par l'intimée dans ses plaidoiries du fait que l'appelant aurait omis d'atténuer ses pertes. À cet égard, il vaut la peine de souligner que le forfait de transition prévoyait [TRADUCTION] « [l']accès à un programme de réorientation professionnelle de trois mois offert par l'entremise d'Optimum Talent ». Évidemment, l'intimée estimait que l'appelant avait besoin d'aide professionnelle pour pouvoir obtenir un autre emploi comparable. Toutefois, elle n'a pas fourni cette aide professionnelle à l'appelant après qu'il eût rejeté le forfait de transition.

(4) Clause de non-concurrence

[99] La clause de non-concurrence que contient le dernier contrat d'emploi est très restrictive. Si l'appelant avait occupé un emploi comparable auprès d'un concurrent de l'intimée pendant la durée de validité de la clause, il aurait couru un risque susceptible de lui être très coûteux sur le plan juridique.

(5) Échelle des préavis raisonnables selon les sources jurisprudentielles

[100] Quoique la détermination de ce qui constitue un préavis raisonnable n'a rien de scientifique, la jurisprudence nous offre des conseils utiles sur l'établissement d'une échelle pratique quant à ce qui constitue un préavis raisonnable. Compte tenu des décisions suivantes, j'accepte une échelle de 17 à 28 mois pour les employés à long terme qui sont dans la cinquantaine, avec possibilité d'augmenter la durée d'un préavis à l'intérieur de cette échelle si l'employé est d'un âge plus avancé et compte aussi de plus longues années de service : *Corbin c. Standard Life Assurance Co. et al.* (1995), 167 R.N.-B. (2^e) 355, [1995] A.N.-B. n^o 461 (C.A.) (QL), le juge d'appel Ryan rendant jugement au nom de la

Cour (le préavis fixé au procès a été confirmé en appel, soit 18 mois pour un vendeur d'assurance âgé de 53 ans et comptant 18 ans de service); *Dey c. Valley Forest Products Ltd.* (1995), 162 R.N.-B. (2^e) 207, [1995] A.N.-B. n^o 240 (C.A.) (QL) (le préavis fixé au procès a été confirmé en appel, soit 17 mois pour un directeur des activités de récolte du bois responsable en second de l'entreprise qui était âgé de 51 ans et comptait 15 années de service); *Bishop c. Carleton Co-operative Ltd.* (le préavis a été majoré en appel, passant de 18 mois à 24 mois, dans le cas d'un chef de bureau âgé de 51 ans qui comptait 27 années de service); *Donovan c. New Brunswick Publishing Co.* (le préavis a été majoré en appel, passant de 18 mois à 28 mois, dans le cas d'un cadre supérieur âgé de 57 ans qui avait travaillé pour le compte de la société pendant 36 ans, soit essentiellement pendant toute sa vie professionnelle); *Bramble et al. c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.*, où la Cour a confirmé un préavis de 24 mois dans le cas d'un employé d'entrepôt âgé de 53 ans qui comptait 34 années de service; et *UPM-Kymmene Miramichi Inc. c. Walsh et DeWolfe*, 2003 NBCA 32, 257 R.N.-B. (2^e) 331 (le préavis de 28 mois a été confirmé en appel pour des employés d'une usine qui étaient dans la cinquantaine et avaient travaillé pour le compte de l'employeur défendeur pendant plus de 30 ans).

[101] Compte tenu de l'échelle allant de 17 à 28 mois, des facteurs dont il faut tenir compte selon l'arrêt *Bramble et al. c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.*, soit l'âge, les états de service et la possibilité d'obtenir un nouvel emploi convenable, ainsi que de la clause de non-concurrence, je conclus que l'appelant avait droit à un préavis de cessation d'emploi de 24 mois.

E. *Domages-intérêts tenant lieu de préavis*

[102] Dans l'arrêt *Covered Bridge Golf and Country Club*, la Cour a appliqué l'arrêt *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362, afin de déterminer le droit aux dommages-intérêts de l'employé congédié. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada a déclaré que le critère en matière de dommages-intérêts pour congédiement injustifié avait été formulé dans l'arrêt *Hadley c. Baxendale* (1854), 156 E.R. 145 (C. de

l'Exch.) : ce critère est fondé sur le principe général de la prévisibilité. Sous réserve de ce principe, l'octroi d'une indemnité pour le défaut de l'employeur de fournir un préavis raisonnable de cessation d'emploi a pour but de réintégrer l'employé lésé dans la situation dans laquelle il se serait trouvé n'eût été le défaut de l'employeur. Comme l'a expliqué la Cour dans l'arrêt *Covered Bridge Golf and Country Club*, « [p]our avoir gain de cause dans une action pour congédiement injustifié, l'employé doit avoir subi un "préjudice" par suite de la rupture du contrat par l'employeur » (par. 27).

[103] Dans l'arrêt *Jean c. Pêcheries Roger L. Ltée*, 2010 NBCA 10, 354 R.N.-B. (2^e) 300, la Cour s'est penchée à nouveau sur la question et a conclu que la perte par l'employé congédié de ses prestations d'assurance-emploi était une perte « indemnisable » étant donné qu'elle était le résultat du congédiement injustifié et qu'elle était raisonnablement prévisible d'après les faits. Dans ses motifs, la Cour a fait les observations qui suivent sur les principes dont il faut tenir compte dans l'évaluation des dommages-intérêts pour défaut de fournir un préavis raisonnable :

Les principes directeurs, qui ont été clarifiés et dont l'énoncé a été peaufiné dans les motifs de jugement de la majorité dans l'affaire *Honda Canada Inc. c. Keays*, ont été repris et appliqués tout récemment dans l'arrêt *Schurman c. Covered Bridge Recreation Inc.* (2009), 340 R.N.-B. (2^e) 168, [2009] A.N.-B. n° 1 (QL), 2009 NBCA 1. Ces motifs de jugement s'inscrivent dans la foulée de l'arrêt *Fidler c. Sun Life du Canada compagnie d'assurance-vie*, [2006] 2 R.C.S. 3, [2006] A.C.S. n° 30 (QL), 2006 CSC 30 où la Cour suprême du Canada, sous la plume de la juge en chef McLachlin et de la juge Abella, a réaffirmé l'importance capitale du principe général de la prévisibilité raisonnable dans l'attribution de dommages-intérêts pour violation de contrat.

Dans une affaire comme celle qui nous occupe, les principes clés sont les suivants : (1) l'action pour congédiement injustifié se fonde sur une obligation tacite aux termes du contrat d'emploi entre les parties; (2) il s'agit de l'obligation de donner un préavis raisonnable de congédiement; (3) le manquement à cette obligation ouvre la voie à une attribution de dommages-intérêts; (4) ceux-ci ne servent

aucunement à indemniser l'employé pour la perte de son emploi, leur fonction étant limitée à le dédommager pour la violation de contrat occasionnée par l'omission de l'employeur de lui donner un préavis raisonnable de cessation d'emploi; (5) les dommages-intérêts pour violation de contrat ont pour objectif de fournir une réparation financière qui rétablit la victime dans la situation qui aurait existé si le contrat avait été respecté; (6) cette réparation est « celle qu'on peut considérer justement et raisonnablement soit comme celle qui découle naturellement [...] de cette rupture de contrat, soit celle que les deux parties pouvaient raisonnablement et probablement envisager » : *Hadley c. Baxendale*, p. 151, et *Fidler c. Sun Life du Canada*, par. 27; (7) cette règle est d'application générale, l'arrêt *Hadley c. Baxendale* n'établissant « aucune distinction entre les types de pertes susceptibles de recouvrement par suite d'une violation de contrat » et réunissant « en un principe unique toutes les formes de dommages-intérêts en matière contractuelle » : *Fidler c. Sun Life*, par. 30 et 54; et (8) les dommages-intérêts pour pertes occasionnées par une violation de contrat doivent être déterminés « en fonction de ce que les parties pouvaient raisonnablement envisager au moment de la formation du contrat » : *Fidler c. Sun Life*, par. 55. Cela étant, la règle de l'arrêt *Hadley c. Baxendale* doit servir dans la détermination de tous les dommages-intérêts, y compris l'indemnité pour le défaut de l'employeur de se conformer à son obligation contractuelle de donner un préavis raisonnable de cessation d'emploi.

[...]

[...] la méthode d'évaluation des dommages-intérêts pour congédiement injustifié privilégiée par le passé doit s'adapter aux enseignements que renferment *Fidler c. Sun Life* et *Honda Canada c. Keays*. Ainsi, l'indemnité tenant lieu de préavis raisonnable doit être calculée conformément au cadre applicable à l'évaluation des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Or, ceux-ci visent à mettre l'employé lésé dans la situation où il se serait trouvé n'eût été [...] la violation par l'employeur de la clause implicite du contrat d'emploi prescrivant un préavis raisonnable. Il faut donc évaluer les pertes subies par l'employé en raison

du défaut de l'employeur de lui donner le préavis requis, au lieu d'évaluer ce qu'il en aurait coûté à l'employeur si l'emploi avait été continué durant la période de préavis raisonnable : *Covered Bridge Recreation Inc. c. Schurman*. Bien entendu, cela veut dire qu'il faut aborder la question de l'indemnisation en ce qui concerne l'assurance-emploi de la perspective de l'employé et non de la perspective de l'employeur, comme c'était le cas autrefois lorsque la cour se concentrait sur le quantum des contributions au fonds gouvernemental que l'employeur avait épargnées durant la période de préavis raisonnable. Désormais, il faut évaluer la perte des prestations d'assurance-emploi essuyée par l'employé, à condition, évidemment, qu'elle ait été prévisible et qu'elle découle de la rupture du contrat par l'employeur. [par. 48, 49 et 55]

[Je souligne.]

[104] Un employé qui fait l'objet d'un congédiement injustifié a le droit d'être indemnisé pour la perte de rémunération et des autres avantages financiers qu'il aurait reçus s'il avait obtenu un préavis suffisant : *The Law of Dismissal in Canada*, par. 9:10, à la p. 9-1. L'employé a droit à une indemnité au titre des primes, de l'assurance collective et des cotisations de l'employeur au REER de l'employé qu'il aurait reçues n'eût été le congédiement. Selon la règle 22.02(2), l'intimée ne pouvait s'opposer à la motion en jugement sommaire présentée par l'appelant ni, entre autres choses, à l'attribution de dommages-intérêts tenant lieu d'un préavis de cessation d'emploi, en se limitant à invoquer « des allégations ou des dénégations » énoncées dans ses plaidoiries. Elle devait relater, au moyen d'un affidavit ou d'une autre preuve, « des faits précis faisant apparaître une véritable question en litige qui nécessite la tenue d'un procès ». La règle 22.02(2) crée une obligation pour la partie intimée de faire de son mieux.

[105] Les tribunaux examineront d'abord le contrat d'emploi afin de déterminer le droit à un avantage particulier pour lequel l'employé demande une indemnisation et la valeur de cet avantage. Si le contrat ne traite pas de l'avantage en cause, celui-ci peut tout de même être indemnisable en common law. Dans l'arrêt *Paquette c. TeraGo Networks Inc.*, 2016 ONCA 618, [2016] O.J. No. 4222 (QL), la Cour a énoncé un critère à deux volets permettant de déterminer le droit à une indemnité pour la perte d'une prime, et

ce critère peut être résumé ainsi : (1) La prime faisait-elle partie intégrante du régime de rémunération, ce qui donnerait droit en common law à des dommages-intérêts en remplacement de cette prime? (2) Dans l'affirmative, les conditions qui donnent lieu à la prime ont-elles pour effet de limiter ce droit en common law sur la durée du préavis? (par. 24). Selon moi, ce critère devrait s'appliquer, avec les adaptations nécessaires, à tous les avantages découlant de l'emploi.

[106] En l'espèce, le dernier contrat d'emploi fixait le salaire annuel de l'appelant à 140 000 \$. Il confirmait également son droit à une allocation de voiture annuelle de 9 600 \$. Toutefois, le contrat ne mentionnait aucune prime ni aucune cotisation de l'employeur au REER de l'appelant. Cela dit, il n'excluait pas ces avantages à titre d'éléments composant le régime de rémunération de l'appelant et, éventuellement, ces avantages ont fait partie du régime.

[107] Un relevé des gains et retenues préparé par l'intimée montre que les gains de l'appelant, pour l'année 2016, se montaient à 193 141,85 \$. Cette somme totale était ventilée ainsi (chiffres arrondis) :

Salaire ordinaire	140 000 \$
Primes	2 000 \$
Allocation de voiture	9 600 \$
Prime MQ	14 700 \$
Dépenses	26 840 \$

L'appelant n'a pas prétendu que la « prime MQ » ou les « dépenses » faisaient partie de son régime de rémunération aux fins du calcul des dommages-intérêts tenant lieu d'un préavis de cessation d'emploi. En effet, rien n'indique que ces gains auraient vraisemblablement été réalisés après 2016, plus précisément pour la période allant du 29 mai 2017 au 29 mai 2019.

[108] Le relevé des gains et des retenues indique que l'intimée a contribué un montant équivalant à celui de l'appelant au REER de celui-ci en effectuant un paiement de 6 000 \$ (chiffre arrondi). Le relevé confirme également que l'intimée a payé une partie des

primes d'assurance de l'appelant relatives à divers régimes d'assurance collective souscrits auprès de la Great-West, compagnie d'assurance-vie. Toutefois, aucune preuve n'établit la valeur pour l'appelant de la perte de cette garantie d'assurance. L'objectif général de l'indemnisation des pertes de cette nature est de placer l'employé dans la situation dans laquelle il se serait trouvé s'il avait obtenu un préavis raisonnable. L'appelant aurait droit à des dommages-intérêts au titre du coût de remplacement de la garantie d'assurance ou, subsidiairement, au titre du remboursement des frais médicaux qui auraient été couverts par la compagnie d'assurance collective à son travail. Rien n'indique que l'appelant ait fait l'achat d'une garantie d'assurance ou qu'il ait engagé des frais médicaux qui auraient été couverts, n'eût été le congédiement injustifié. Lorsque, comme en l'espèce, le dossier de la preuve ne permet pas à la Cour d'attribuer une valeur monétaire à la perte des avantages découlant de l'emploi, aucuns dommages-intérêts ne seront accordés pour cette perte : *AMEC Amériques Limitée c. MacWilliams*, 2012 NBCA 46, 388 R.N.-B. (2^e) 254.

[109] L'appelant a témoigné sous serment que son régime de rémunération au moment de la cessation de son emploi comprenait ce qui suit :

- (1) salaire de 140 000 \$;
- (2) prime annuelle de 2 000 \$;
- (3) allocation de voiture équivalant à 9 600 \$ (chiffre arrondi par année);
- (4) cotisations équivalentes de l'employeur au REER; [...]

Étant donné que l'intimée a l'obligation de faire de son mieux, cette preuve non contredite est suffisante pour attribuer à l'intimée la responsabilité de verser des dommages-intérêts pour chacun de ces éléments du régime de rémunération de l'appelant. En effet, l'intimée n'a présenté aucun élément de preuve pour contredire la description faite sous serment par l'appelant de son régime de rémunération ou pour réfuter l'assertion de celui-ci à cet égard selon laquelle la Cour devrait tirer comme inférence que tous les éléments du régime de rémunération auraient probablement demeuré en vigueur pendant une période raisonnable de préavis de cessation d'emploi.

[110] Compte tenu de la preuve dont nous disposons, je suis d'avis que cette inférence est justifiée pour toutes les composantes. J'ajouterais qu'il n'en aurait pas été ainsi dans le cas de la prime annuelle de 2 000 \$ si l'intimée avait présenté une preuve établissant que cette prime était conditionnelle au respect par l'appelant de la politique et de la procédure de l'intimée et au fait qu'il devait faire une contribution positive au bilan financier de la société. À ce sujet, il vaut la peine de rappeler les points suivants : (1) même si la juge saisie de la motion a conclu que l'appelant prenait des décisions en fonction de ses sentiments envers l'employée subalterne et que ces décisions avaient eu une incidence sur [TRADUCTION] « l'activité commerciale de la société », elle n'a pas conclu que cela avait eu une incidence négative sur le bilan financier de la société; et (2) la preuve justifie cette nuance parce que, malgré la relation amoureuse que l'appelant a entretenue avec l'employée subalterne au cours des sept derniers mois de 2016, il a reçu deux primes (la prime annuelle de 2 000 \$ et la prime MQ de 14 200 \$). De toute évidence, la relation amoureuse et les décisions qui ont pu s'ensuire n'ont pas eu une incidence négative sur le bilan financier de la société au point que cela aurait pu écarter le paiement des primes pour l'année 2016. Qui plus est, aucune disposition valide en droit dans le contrat d'emploi de 2012 ne limite le droit en common law de l'appelant à des dommages-intérêts tenant lieu de la prime (2 000 \$) (voir *Paquette c. TeraGo Networks Inc.*). Il en va de même pour les cotisations équivalentes de l'employeur au REER (6 000 \$).

[111] En conséquence, je conclus que l'appelant a démontré, selon la prépondérance des probabilités, qu'il aurait reçu le salaire et les avantages suivants, sur une base annuelle, au cours des 24 mois qui ont suivi la cessation de son emploi :

- (1) salaire de 140 000 \$;
- (2) prime de 2 000 \$;
- (3) allocation de voiture de 9 600 \$;
- (4) cotisation équivalente de l'employeur au REER,
6 000 \$

TOTAL : 157 600 \$

Je le répète, si l'intimée avait voulu contester ce qui précède, elle aurait dû faire de son mieux et présenter une contre-preuve sur la question. Elle ne l'a pas fait.

[112] En conséquence, je conclus que l'appelant a démontré, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a subi une perte de salaire et d'autres avantages financiers d'une valeur de 315 200 \$ durant la période de 24 mois qui a suivi la cessation de son emploi. L'intimée avait la charge de démontrer des déductions reconnues en droit, notamment une déduction pour des gains, le cas échéant, que l'appelant aurait obtenus après son congédiement : *AMEC Amériques Limitées c. MacWilliams*, aux par. 49 et 51. L'intimée ne s'est pas déchargée du fardeau de la preuve qui lui incombait. Ainsi qu'il a été mentionné, les parties ont échangé des affidavits des documents et ni l'une ni l'autre ne s'est plainte de ce que l'autre n'aurait pas produit pour examen tous les documents pertinents. Qui plus est, l'intimée n'a pas sollicité l'autorisation de contre-interroger l'appelant sur la déclaration, faite dans son premier affidavit souscrit en juin 2018, selon laquelle il n'avait gagné aucun revenu après son congédiement. La seule déduction permise dans les circonstances est la somme de 10 876 \$ qui lui a été versée à titre d'indemnité tenant lieu d'un préavis de quatre semaines.

[113] J'établis les dommages-intérêts particuliers de l'appelant afférents à la période de préavis de 24 mois à 315 200 \$, somme dont je retranche 10 876 \$, ce qui fait un total net de 304 324 \$.

[114] Dans sa réplique, l'appelant a demandé des dommages-intérêts majorés et punitifs. Il ne l'a pas fait dans son exposé de la demande. Je doute que cette méthode ait pour effet de mettre cette demande en jeu. Quoi qu'il en soit, je suis convaincu que la preuve n'appuie pas l'attribution de dommages-intérêts majorés ou punitifs (voir *Total Credit Recovery Ltd. c. Martin et autres*, 2020 NBCA 8, [2020] A.N.-B. n° 32 (QL), aux par. 18 à 31, le juge d'appel LeBlond rendant jugement au nom de la Cour).

IV. Conclusion et dispositif

[115] Pour les motifs énoncés ci-dessus, j'accueillerais l'appel et j'annulerais le jugement inscrit en première instance. Conformément aux règles 22 et 62.21, j'accueillerais la motion en jugement sommaire présentée par l'appelant étant donné que

je suis convaincu, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'y a pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès. Compte tenu de tous les facteurs et principes pertinents, je serais d'avis de fixer la durée du préavis raisonnable auquel l'appelant avait droit à une période de 24 mois et de lui accorder des dommages-intérêts particuliers de 304 324 \$. J'ajouterais des intérêts sur ce montant au taux de 1 % par année à compter du 29 mai 2017 jusqu'au 29 mai 2019, et des intérêts sur le produit de ce calcul au taux de 2 % par année à compter du 29 mai 2019 jusqu'à la date du présent jugement (voir *Jean c. Pêcheries Roger L. Ltée*, aux par. 74 à 76).

[116] Enfin, j'attribuerais à l'appelant des dépens afférents à la première instance d'un montant de 13 375 \$ (tarif « A » de l'échelle 3, à la règle 59) et des dépens en appel d'un montant de 5 350 \$ (40 % des dépens afférents à la première instance), ce qui fait un total de 18 725 \$, plus tous les débours raisonnables.