

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

28-08-CA

COVERED BRIDGE RECREATION INC., doing
business as COVERED BRIDGE GOLF AND
COUNTRY CLUB, a body corporate

APPELLANT

- and -

TOM SCHURMAN

RESPONDENT

Covered Bridge Golf and Country Club v.
Schurman, 2009 NBCA 1

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Turnbull
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
February 26, 2008

History of Case:

Decision under appeal:
2008 NBQB 84

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
October 16, 2008

Judgment rendered:
January 8, 2009

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

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

COVERED BRIDGE RECREATION INC.,
faisant affaire sous le nom de COVERED
BRIDGE GOLF AND COUNTRY CLUB, corps
constitué

APPELANTE

- et -

TOM SCHURMAN

INTIMÉ

Covered Bridge Golf and Country Club c.
Schurman, 2009 NBCA 1

CORAM :

L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
Le 26 février 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2008 NBBR 84

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
Le 16 octobre 2008

Jugement rendu :
Le 8 janvier 2009

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Turnbull
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
G. Peter Hyslop

Pour l'appelante :
G. Peter Hyslop

For the respondent:
Daniel P.L. Leger

Pour l'intimé :
Daniel P.L. Leger

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed, the award of damages in lieu of due notice of dismissal is set aside with costs of \$2,250. In all other respects, the decision rendered in the court below stands.

L'appel est accueilli et les dommages-intérêts tenant lieu de préavis de congédiement raisonnable qui ont été adjugés sont annulés avec dépens de 2 250 \$. À tous les autres égards, la décision rendue par le tribunal d'instance inférieure est confirmée.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] The respondent, Thomas Schurman, has successfully prosecuted an action in contract against the appellant for its failure to give a “season’s notice” of his dismissal from the position of golf pro at the Covered Bridge Golf and Country Club (“the Club”) in central Carleton County, New Brunswick (see *Schurman v. Covered Bridge Recreation Inc. (c.o.b. Covered Bridge Golf and Country Club* (2008), 328 N.B.R. (2d) 234, [2008] N.B.J. No. 69 (QL), 2008 NBQB 84). While the trial judge did not explicitly convert a “season’s notice” to a calendar period, it appears he proceeded on the understanding that it meant 12 months. As will be seen, in reality, a “season’s notice” amounts to 18 months’ notice.

[2] Each of the principal grounds of appeal would, if accepted, compel reversal. First, the Club contends none of the judicial precedents referenced by the trial judge support his finding that reasonable notice of dismissal was a “season’s notice”. In the Club’s submission, no breach of its implied contractual obligations regarding notice took place since the six months’ notice it gave in October 2006, at the end of that year’s golf season, was entirely reasonable in the circumstances. Second, the Club protests that, in any event, the trial judge erred in law in awarding damages for the disputed breach of contract on the basis of its expected payout to Mr. Schurman during the 2007 golf season. The Club argues those damages stood to be assessed on the basis of the losses accruing to Mr. Schurman as a consequence of any such breach. Reduced to its core, the Club’s complaint is this: the termination of the parties’ contractual arrangement was mutually beneficial and, more importantly for our present purposes, inflicted no financial injury whatsoever upon Mr. Schurman, who, otherwise, would have lost money if the parties’ existing arrangement had been continued during the 2007 golf season.

[3] I respectfully agree with both submissions and would, accordingly, allow the appeal.

II. Background

[4] The Club hired Mr. Schurman in the fall of 2002 for the ensuing year's golf season. At the time of hiring, he was seasonally employed as assistant golf professional at the Riverside Country Club in Rothesay, New Brunswick, having been so employed for four years. His employment income for 2002 totaled \$15,000.

[5] Riverside Country Club is a longstanding and well-established private members club. At all times material to the underlying action, it had approximately 850 members, counting all categories. By contrast, the Covered Bridge Golf and Country Club is a fairly new public golf course. The record shows that, at the pertinent times, the Club had approximately 250 members and charged dues substantially lower than those at Riverside Country Club. Not surprisingly, green fee traffic was critical to its profitable operation. The evidence also reveals the Club operated 13 cottage units, each of which was capable of accommodating four guests. This admittedly superficial comparison would suggest that, as a matter of common sense, modes of operation with a proven track record of success at the Riverside Country Club might well be ill-suited for a small-scale public course such as the one overseen by the Club's management team.

[6] Be that as it may, and critically, the Club's contractual arrangement with Mr. Schurman did more than require that he provide golf pro services; it obliged him to operate, as his own, a retail golf equipment business at the Club's pro shop. Mr. Schurman was to be paid a weekly salary of \$725.00 and 5% of the revenue from: (1) green fees; and (2) cabin and golf cart rentals. In addition, he was entitled to whatever profit he could generate out of the pro shop's retail golf equipment business. However, and most importantly for our present purposes, he was to bear any loss sustained in connection with that business.

[7] Mr. Schurman worked during the 2003-2006 golf seasons, each running from April to October. At season's end, he would receive a Record of Employment attributing termination to "lack of work". That document allowed him to collect Employment Insurance (EI) benefits for the off-season.

[8] Mr. Schurman's salary and business income while under contract with the Club were as follows:

	2003	2004	2005	2006
1. Salary	\$19,575	\$18,720	\$18,538	\$19,344
2. Gross Revenue	\$121,865	\$140,819	\$115,075	\$116,250
3. Inventory Purchases	\$96,641	\$103,338	\$90,020	\$81,000
4. Business Income	\$18,828	\$294	<\$5,411>	<\$21,067>
5. (1 + 4) Total Income (Not inclusive of EI)	\$38,403	\$19,014	\$13,127	<\$1,723>

[9] Additionally, Mr. Schurman received EI benefits of \$2,509 in 2003, \$7,847 in 2004, \$10,738 in 2005 and \$11,151 in 2006. Thus, in the last year of his contract, he earned less than \$10,000 from all sources, including EI benefits.

[10] As might be expected in light of his ever-growing business losses, Mr. Schurman advised his employer during the 2006 golf season that he "wasn't too keen" on continuing to operate the pro shop's retail golf equipment business. He testified to "highly [recommending] that [the Club] give consideration to paying [him] a base salary" to operate the business. When asked at trial if his future association with the Club was predicated on a renegotiation of his contract along those lines, Mr. Schurman answered: "I was hoping so". He also stated under oath that, although his intention during the summer of 2006 was to come back for the 2007 golf season, he did not know whether he would have done so under the existing arrangement. As it turned out, Mr. Schurman did

not have to make a decision on point. At the end of the 2006 golf season, more precisely on October 16, the Club notified him that he would not be rehired in April of 2007.

[11] At the time, Mr. Schurman was 37 years of age and had been under contract with the respondent for four years. As noted, in his final year with the Club, he sustained a net loss of \$1,723 after his business losses were applied against his salary.

[12] As in the previous three off-seasons, Mr. Schurman began collecting EI benefits in October of 2006. All agree that the termination of his contract with the Club did not detrimentally affect his entitlement to those benefits.

[13] On February 21, 2007, Mr. Schurman commenced the underlying action against the Club.

[14] Mr. Schurman separated from his wife in March of 2007. She subsequently moved to the United States with their only child. There is no evidence suggesting the length of notice given by the Club contributed to the break-up of the relationship. In fact, it would appear the seeds of the break-up were planted well before notice of dismissal was given.

[15] For his part, Mr. Schurman relocated to Summerside, Prince Edward Island, taking up residence with his parents. In the spring of 2007, he turned down an offer of employment with a golf retail chain in Halifax, Nova Scotia. He did not do so because of any dissatisfaction with the attendant remuneration, but because he was “going through a hard time in [his] personal life”. That “hard time” followed from his marital and financial difficulties, the latter largely traceable to his unprofitable arrangement with the Club. Ultimately, Mr. Schurman, who is a C.P.G.A. Class A golf professional, chose to stay with his parents and work in Summerside as a part-time golf instructor, earning fees of \$3,000 in 2007.

[16] The trial judge found Mr. Schurman's employment was permanent in nature. He also found Mr. Schurman was dismissed without just cause. Neither of those findings is challenged on appeal. In fact, the Club conceded both of these points at trial.

[17] The trial judge went on to hold that the six months' notice given by the Club was inadequate and that the parties' oral contract impliedly required "a season's notice". The trial judge settled upon that timeframe after considering the notice periods allowed in three cases, *Latta v. Eagle Point Golf and Country Club*, [2001] B.C.J. No. 1154 (QL), 2001 BCSC 739, *Loranger v. Mount Allison University* (1998), 206 N.B.R. (2d) 96, [1998] N.B.J. No. 473 (QL) and *Paulin v. Vibert* (2007), 314 N.B.R. (2d) 312, [2007] N.B.J. No. 200 (QL), 2007 NBQB 90, and then applying the criteria suggested in the oft-cited case of *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (H.C.J.), [1960] O.J. No. 149 (QL).

[18] The trial judge assessed damages in lieu of due notice on the basis of what the Club would "have been responsible for had Mr. Schurman been employed during the 2007 season", namely from April to October. He found that, based on the figures for 2006, the Club would have paid Mr. Schurman the sum of \$33,724, which was arrived at by totaling Mr. Schurman's gross salary (minus CPP contributions) and the revenue (5%) from the green fees, golf cart rentals and cabin rentals. By approaching the task of assessing damages on the basis of the Club's anticipated payout during the 2007 season, the trial judge excluded from the equation any EI benefits received during the 2006-2007 off-season and thereafter, if any, as well as the loss which Mr. Schurman would likely have sustained in 2007 from the retail golf equipment business. Ultimately, the trial judge deducted the income earned by Mr. Schurman in 2007 (\$3,000 for golf lessons in Summerside, P.E.I.) and awarded the sum of \$30,724 as damages in lieu of due notice plus simple interest at 7% from October 20, 2006.

[19] In addition, the judge awarded aggravated damages of \$1,280.16 ("four weeks salary utilizing the net award") because of what he perceived as the Club's lack of good faith in maintaining, until its final oral submission at trial, the defence of just cause

for dismissal. While that award is not under appeal and must accordingly stand, its correctness may be doubted in light of *Honda Canada Inc. v. Keays*, [2008] S.C.J. No. 49 (QL), 2008 SCC 39, which, I hasten to underscore, was only released after the judgment in the court below was published by way of its filing with the clerk.

[20] In addition, Mr. Schurman was awarded costs at trial of \$2,250 plus allowable disbursements. There is no appeal from that award.

[21] In the text that follows, I explain why the challenged award cannot stand. In summary, and with respect, a “season’s notice” is a length of notice that cannot be sustained in light of the precedents referenced in the decision under appeal and by application of the principles espoused in the jurisprudence emanating from this Court. Moreover, the record leads inexorably to the conclusion that the Club relieved Mr. Schurman of a very bad bargain when it terminated its arrangement with him at the end of the 2006 season. In the result, he sustained no related compensable losses.

III. Analysis and Decision

[22] I begin by recording the post-judgment occurrence of two significant events. First, one of the decisions relied upon by the trial judge in settling on a “season’s notice” was overruled by this Court, as luck would have it, a mere two days after the decision under appeal was rendered. Second, the Supreme Court of Canada released its decision in *Honda Canada Inc. v. Keays*, which posits an approach to compensatory and aggravated damages in wrongful dismissal cases that is at odds with the one applied by the trial judge. I have no doubt that had those two events occurred before judgment, the action would have been dismissed.

A. *General observations*

(1) The juridical basis for the action

[23] It is settled law that, absent an express or implied binding agreement to the contrary, an employment contract of indefinite duration obligates the employer, who dismisses an employee without cause, to give reasonable notice of termination. Some jurists have suggested that an employee's entitlement to such reasonable notice is rooted exclusively in public policy considerations. Others have sourced the entitlement in an implied term of the employment contract (see the thorough canvassing of differing views on point in Stacey Reginald Ball, *Canadian Employment Law*, vol. 1, chapters 1-20 (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1992) at 9-3ff). The debate is surely now settled, as a result of the Supreme Court of Canada's decision in *Honda Canada Inc. v. Keays*. In that case, the majority adopts the proposition that a wrongful dismissal action "is based on an implied obligation in the employment contract to give reasonable notice of an intention to terminate the relationship in the absence of just cause" (para. 50). It goes on to add that "if an employer fails to provide reasonable notice of termination, the employee can bring an action for breach of the implied term".

(2) The compensatory damages recoverable

[24] Generally speaking, damages for breach of the implied obligation to give reasonable notice are limited to the losses occasioned to the discharged employee by the employer's failure to give due notice. Damages are not recoverable for the employee's loss of employment as such. Nor are damages usually recoverable for the emotional pain, distress and injured feelings attendant upon termination.

[25] The principles that govern the assessment of damages in wrongful dismissal cases are set out in S.M. Waddams *The Law of Damages*, looseleaf ed. (Toronto: Canada Law Book, 2007), at para. 5.1070:

In wrongful dismissal cases, the first question is usually the extent of the employer's obligation. If the parties have expressly agreed to a particular term of employment, this will be the extent of the employer's obligation. Where the employer can terminate the employment on notice, the period of notice, either as expressly agreed or as determined by the court to be reasonable, will measure the extent of the employer's liability. [...]

An employee wrongfully dismissed is entitled to compensation not only for loss of wages and salary, but also for other forms of remuneration, such as commissions, gratuities and other benefits *insofar as the plaintiff suffers actual loss*. [...]

The basic principle of compensation is that the plaintiff is entitled to be put, so far as money can do it, in the position that would have been occupied if the wrong had not been done. This principle in a case where the plaintiff is deprived of opportunities to render services and earn a reward suggests as a starting point the amount of the reward (wages, commission or price) that would have been earned. From this, however, must be deducted, as Anglin J. said in a building case: "the time, labour and expense which the plaintiffs have been saved through being relieved of their obligation to carry out the contract under which they would have earned it. Thus, out-of-pocket expenses that have been saved, such as the cost to a builder of materials, must be deducted. *This is merely to say that the plaintiff is entitled to the expected net profit not to gross revenues. Allowance must also be made for trouble and risk avoided by the breach.* [...]

[Emphasis added.]

[26] In *Honda Canada Inc. v. Keays*, the majority holds that damages in wrongful dismissal actions founded upon the employer's failure to provide due notice stand to be assessed in accordance with the principles articulated in the celebrated case of *Hadley v. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, at 151:

Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties, the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the

amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract. [p. 151]
[Emphasis added.]

[27] To 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. Of course, it is the employee who bears the burden of proof in that regard. Moreover, only losses caused by the lack of due notice can be reflected in the award of damages for the employer’s related breach. Any such award is designed to put the aggrieved employee in the position he or she would have been but for the employer’s breach of the implied term requiring reasonable notice. More pointedly for our present purposes, the award of damages cannot yield a betterment, which is what would take place if it placed the employee in a better position than if he or she had worked during the notice period required, by implication, under the contract.

(3) Quantifying reasonable notice

[28] It is axiomatic that each case requires an individualized assessment of reasonable notice. Generally speaking, reasonable notice reflects the court’s view of the time fairly required by the discharged employee to secure suitable alternative employment. That said, reasonableness in this context must reflect the perspective of both the employer and the employee, and each claim stands to be examined on its own merits without rigid constraints (see *Bramble et al. v. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 N.B.R. (2d) 111 (C.A.), [1999] N.B.J. No. 307 (QL)). Needless to say, the assessing court does not sit on appeal or conduct a review of the employer’s decision regarding its implied notice obligations under the employment contract. Thus, the court owes no deference to the employer’s decision on point. Indeed, as the Court

emphasized in *Walsh et al. v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.* (2003), 257 N.B.R. (2d) 331, [2003] N.B.J. No. 166 (QL), 2003 NBCA 32, at para. 17, “only the court's informed and principled opinion counts in the adjudicative process that determines what constitutes reasonable notice in any given case”.

[29] It has been observed, quite rightly in my view, that “[d]etermining the reasonable period is an art, not a science” (see Ellen E. Mole, *Wrongful Dismissal Practice Manual*, 2nd ed. vol. 1, loose-leaf (Scarborough, Ont.: Butterworths, 2005) at para. 7.16). The same observation has been made in other areas of the law, most notably in connection with the quantification of sentence. However, that state of affairs hardly forecloses meaningful appellate scrutiny. Indeed, the notice assessment process is far from arbitrary, calling, as it does, for the principled exercise of judgment, one that reflects a consideration of all pertinent circumstances. Chief among those are the length of service and the age of the employee as well as the availability of suitable alternative employment, having regard to the employee’s experience, training and qualifications. In *Bramble v. Medis Health and Pharmaceutical*, at para. 72, the Court made the following observations on point:

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

(4) Standard of review

[30] In *Naylor Group Inc. v. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 S.C.R. 943, [2001] S.C.J. No. 56 (QL), 2001 SCC 58, Justice Binnie, who delivered the judgment of the Court, defined the standard of appellate review applicable to an assessment of damages at paragraph 80:

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

[31] In *Walsh v. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, at para. 21, the Court concluded the *Naylor* standard of appellate review applied to the trial judge's assessment of reasonable notice because of the latter's centrality in the determination of the aggrieved employee's damages. In *Paulin v. Vibert* (2008), 328 N.B.R. (2d) 270, [2008] N.B.J. No. 77 (QL), 2008 NBCA 23, Larlee, J.A., writing for the Court, followed suit in drawing a parallel between appellate review of an assessment of damages and appellate review of an assessment of notice in a case such as the present one.

[32] Thus, absent a significant error of law (e.g. a failure to abide by legislative dictates), a significant principle-related mistake (e.g. a failure to follow settled common law rules) or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence, the trial judge's assessment of reasonable notice must stand unless it is "palpably incorrect" or "wholly erroneous". However, where, as here, one or more of those flaws are established, it is incumbent upon the appeal court to perform or direct the assessment called for by the evidence, the law and the governing principles.

B. *A season's notice*

[33] As noted, the Club advised Mr. Schurman at the end of the 2006 golf season that he would not be rehired in April of 2007. The trial judge concluded that, in doing so, the Club failed to abide by its implied contractual obligations regarding notice of termination, which, in his judgment, imposed a requirement of a "season's notice". In reality, that implied contractual requirement could only be satisfied, at the time of dismissal herein, by the Club advising Mr. Schurman that he would not be rehired in April of 2008. In the result, the trial judge implied a contractual obligation to give 18 months' notice (from October 2006 to April 2008). In settling on a "season's notice", the trial judge considered three judicial precedents.

[34] The first case referenced by the trial judge is *Latta v. Eagle Point Golf and Country Club*. From mid-1991 to the end of 1994, Mr. Latta acted as the assistant golf pro at Eagle Point Golf and Country Club in British Columbia. In 1995, he earned his designation as a member of the CPGA and, coincidentally, his duties at the golf course expanded to include acting as liaison with the grounds and restaurant staff, working in the pro shop and providing instruction to members and other players. While he had previously been subject to annual lay-offs in January and February, Mr. Latta was engaged on a full-time basis as associate golf pro from March 1997 until his dismissal at the end of October 2000. At the time, he was earning \$2,600 monthly plus all golf instruction fees. In addition, he was provided medical coverage (\$72 monthly), a meal allowance and other fringe benefits. In his lawsuit, Mr. Latta sought damages in lieu of

notice equivalent to his salary over 8-10 months plus compensation for loss of the other benefits. Considering Mr. Latta's age (30), experience, responsibility and length of employment (8.5 years, a period described as “most of [Mr. Latta’s] adult working life”), the court determined he was entitled to six months’ notice (in addition to the three weeks’ notice given by his employer). By contrast, Mr. Schurman had been employed at the Club for only 4 years and worked just 6 months of the year. He certainly had not been employed at the Club “most of his working life”. Moreover, Mr. Schurman was losing money under his contractual arrangement with the Club.

[35] The second case cited by the trial judge is *Loranger v. Mount Allison University*. Mr. Loranger was hired in January of 1990 as an assistant football coach at an annual salary of \$10,000. In May of 1991, he accepted employment as head football coach for a one-year term at a salary of \$25,000. His contract was renewed annually until 1994, at which time he entered into an employment contract with Mount A for an indefinite term as head football coach. Mr. Loranger was dismissed on September 30, 1996. At that time he was earning an annual salary of \$35,000, in addition to being entitled to fringe benefits, including disability insurance, group life insurance, accident insurance, Blue Cross, pension, four weeks vacation and a tuition fees discount. The court found he was entitled to 12 months’ notice. It did so without providing detailed insights into the underlying rationale, but it bears noting nonetheless that Mr. Loranger’s length of employment (6.75 years) and his remuneration package were significantly greater than those of Mr. Schurman. That being so, the case is of little or no assistance as a judicial precedent in the case at hand.

[36] The third case mentioned is the decision at trial in *Paulin v. Vibert*, where the dismissed employee, a seasonally employed deckhand on a lobster fishing boat, was awarded damages based on a 12 month notice period. That decision was set aside on appeal, our Court finding the dismissed employee was entitled to only four months’ notice of dismissal.

[37] In my respectful analysis and judgment, none of the cases referenced by the trial judge support a notice period greater than the one given by the Club, namely six months' notice.

[38] The trial judge also indicated he utilized the criteria enunciated in *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* Those criteria are as follows: character and length of employment, the employee's age, training and experience and any difficulty or ease in finding suitable alternative employment.

[39] There is nothing about the character of Mr. Schurman's employment that could weigh in the balance and his age (37) as well as the length of his employment (four years of seasonal work) argue in favour of a notice period of no more than six months. Moreover, there is no evidence establishing that Mr. Schurman's employment is such that it would be particularly difficult for him to find comparable substitute work. In that regard, the record shows that, during the six months' notice period provided by his employer, Mr. Schurman applied for two head golf professional positions, one at the Sussex Golf and Curling Club and the other at the Algonquin Golf Club in St. Andrews, New Brunswick. He was interviewed for both positions but, for reasons that remain unexplained, he was not hired. In any event, Mr. Schurman found employment as a golf instructor in his native Summerside, P.E.I., again within the notice period provided by the Club. Moreover, during that same period, he was offered, but declined, employment with a golf retail chain in Halifax, Nova Scotia.

[40] The trial judge committed reversible error in finding the parties' contract featured an implied term requiring the Club to give Mr. Schurman notice in October 2006 that he would not be rehired for the 2008 golf season. In my respectful judgment, the notice provided by the Club was reasonable having regard to Mr. Schurman's age (37), the length of his employment (four years) and the losses he incurred during the 2006 golf season. In regard to the last mentioned consideration, suffice it to spotlight, once again, the fact that Mr. Schurman earned no net income, exclusive of EI benefits in 2006. In

fact, he ended that year in a deficit position as a consequence of his business losses at the pro shop.

C. *Damages*

[41] As mentioned, damages for breach of the employer's obligation to give reasonable notice of dismissal are calculated within the framework proposed in *Hadley v. Baxendale*. The correct approach focuses on the losses flowing from the failure to give reasonable notice, as required under the employment contract, not on what the employer would have been responsible for during that period. Thus, the trial judge fell into error in determining damages by answering the question: "what would the defendant have been responsible for had Mr. Schurman been employed during the 2007 season?" Applying the correct standard, one can only conclude Mr. Schurman sustained no compensable losses as a result of the Club's failure to give him the notice set by the trial judge. After all, as mentioned, perhaps more often than necessary, his business losses at the golf pro shop exceeded his employment income in the year of his dismissal.

D. *Rule 79 (Simplified Procedure)*

[42] The underlying action, which had been initiated under the ordinary procedure, was converted to a Rule 79 action prior to trial. However, the trial judge was only advised of this during the trial. That objectionable state of affairs led him to make the following observations:

Until the plaintiff closed his case the Court was unaware this is a Simplified Procedure action under Rule 79. None of the pleadings reveals the action was either started or continued under that Rule. The Trial Record does not contain the Notice Whether Action Under Rule 79 required by Rule 79.05(9). Such a Notice was, in fact, filed with the Clerk's Office in March 2007. Rule 47.06(1)(h) says the Trial Record shall contain, inter alia, a "copy of any notice ... respecting the trial". Recognizing that Rule 79 is new to this jurisdiction and entails novel procedural steps it would probably be appropriate to include the Notice that this was

a Simplified Procedure action in the Trial Record. Had the action been commenced as a Simplified Procedure action the Notice of Action would say so (see: Rule 79.05(5)).

The witness affidavits were not made available to the Court until after it was disclosed this was a Simplified Procedure trial. It was apparently agreed between counsel that all the deponents on both sides would be required to give vive voce evidence at trial. While Rule 79 does not specifically require the parties to make witness affidavits available to the Court there is a requirement that, normally, the direct examination of witnesses shall be confined to matters covered in their affidavits. Rule 79.10(3) says:

79.10(3) Except with leave of the court, direct examination at trial shall be confined to matters covered in the affidavits of witnesses and expert reports.

It is difficult to see how the Court could so limit the direct examination unless it has access to the witness affidavits. The last mentioned sub-rule presupposes the Court has the means to carry out the intent of the Rule - that is, to simplify the procedural components of the trial. [paras. 2-4]

[43] I agree with the trial judge's observation that "it would probably be appropriate to include the Notice that this was a Simplified Procedure action in the Trial Record". Moreover, I agree witness affidavits should be provided to the court before the beginning of trial. Indeed, it makes eminent good sense to have those affidavits accompany the pre-trial brief required by Rule 79.09, which reads as follows:

79.09 Setting Down for Trial

At the first Motions Day following 7 months after the close of pleadings, the plaintiff shall set the action down for trial in accordance with the procedure set out in Rule 47, except that all parties shall file and serve their pre-trial briefs no later than that Motions Day.

79.09 Mise au rôle

Le demandeur doit à la première séance des motion qui a lieu 7 mois après la clôture des plaidoiries, mettre l'action au rôle conformément à la procédure prévue par la règle 47, excepté que toutes les parties doivent déposer et signifier leur mémoire préparatoire au plus tard à cette séance de motions.

IV. Conclusion and Disposition

[44] The trial judge committed reversible error in concluding that “a season’s notice was reasonable to terminate [the respondent’s] employment with [the appellant]” (para. 23). The notice provided by the appellant employer (six months) was reasonable.

[45] In any event, on the evidence, the respondent did not suffer compensable losses as a result of the breach of contract identified by the trial judge. As such, he was not entitled to damages in lieu of due notice.

[46] That being the case, I would allow the appeal and set aside the award of damages in lieu of notice. I would leave undisturbed the awards of aggravated damages and costs, as neither was appealed.

[47] Finally, I would wrap up the proceedings by awarding the appellant costs on appeal, which I would fix at \$2,250.

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] L'intimé, Thomas Schurman, a engagé une action en responsabilité contractuelle contre l'appelante, action qui a été accueillie, par suite de l'omission de cette dernière de lui donner un [TRADUCTION] « préavis d'une saison » de son congédiement du poste de golfeur professionnel au Covered Bridge Golf and Country Club (le « Club »), situé au coeur du comté de Carleton, au Nouveau-Brunswick (voir la décision *Schurman c. Covered Bridge Recreation Inc.* (2008), 328 R.N.-B. (2^e) 234, [2008] A.N.-B. n^o 69 (QL), 2008 NBBR 84). Bien que le juge du procès n'ait pas explicitement exprimé le [TRADUCTION] « préavis d'une saison » en fonction du calendrier civil, il semble qu'il ait tenu pour acquis que cette expression signifiait une période de douze mois. Comme nous le verrons, un [TRADUCTION] « préavis d'une saison » équivaut, en réalité, à un préavis de dix-huit mois.

[2] Chacun des principaux moyens d'appel, s'il était accueilli, entraînerait forcément l'infirmité de la décision. Premièrement, le Club prétend qu'aucun des précédents judiciaires qu'a invoqués le juge du procès n'appuie la conclusion de ce dernier selon laquelle un préavis raisonnable de congédiement était un [TRADUCTION] « préavis d'une saison ». Le Club fait valoir qu'il n'a pas manqué à ses obligations contractuelles implicites en matière de préavis puisque le préavis de six mois qu'il a donné en octobre 2006, à la fin de la saison de golf, était tout à fait raisonnable dans les circonstances. Deuxièmement, le Club proteste que quoi qu'il en soit, le juge du procès a commis une erreur de droit lorsqu'il a accordé des dommages-intérêts au titre de la rupture de contrat contestée en s'appuyant sur les sommes que le Club aurait, selon toute attente, versées à M. Schurman au cours de la saison de golf 2007. Le Club prétend que ces dommages-intérêts devaient être calculés en fonction des pertes qu'aurait subies M. Schurman par suite d'une rupture de ce genre. Ramenée à l'essentiel, la doléance du

Club est la suivante : la résiliation de l'arrangement contractuel des parties leur a été mutuellement avantageuse et, ce qui est encore plus important pour les fins qui nous occupent, n'a causé absolument aucun préjudice financier à M. Schurman qui aurait, autrement, perdu de l'argent si l'arrangement existant des parties avait été prorogé pendant la saison de golf 2007.

[3] Je souscris respectueusement à ces deux prétentions et je suis donc d'avis d'accueillir l'appel.

II. Le contexte

[4] Le Club a engagé M. Schurman à l'automne 2002 pour la saison de golf suivante. Au moment de son embauchage, il occupait un emploi saisonnier comme golfeur professionnel adjoint au Riverside Country Club à Rothesay, au Nouveau-Brunswick, emploi qu'il occupait depuis quatre ans. Son revenu d'emploi pour l'année 2002 s'est établi à 15 000 \$.

[5] Le Riverside Country Club est un club privé réputé qui est établi depuis longtemps. Pendant toute la période pertinente pour ce qui concerne l'action sous-jacente, ce club comptait environ huit cent cinquante membres, si l'on inclut toutes les catégories. Par contraste, le Covered Bridge Golf and Country Club est un terrain de golf public assez récent. Le dossier montre que pendant toute la période pertinente, le Club avait environ deux cent cinquante membres et demandait des droits d'adhésion considérablement moindres que ceux exigés au Riverside Country Club. On ne saurait donc s'étonner de ce que les droits de jeu versés par les clients fussent essentiels à la rentabilité du Club. La preuve révèle également que le Club exploitait treize chalets, chacun pouvant accueillir quatre clients. Cette comparaison qui est, certes, superficielle, donne à penser que sur le plan du simple bon sens, des modes d'exploitation qui se sont révélés fructueux au Riverside Country Club pourraient bien être mal adaptés à un terrain de golf public de plus petite taille comme celui que supervise l'équipe de gestion du Club.

[6] Quoi qu'il en soit, et il s'agit là d'un élément crucial, l'arrangement contractuel intervenu entre le Club et M. Schurman n'exigeait pas seulement de celui-ci la prestation des services d'un golfeur professionnel, il l'obligeait à exploiter, comme s'il lui appartenait, un commerce de vente au détail d'équipement de golf à la boutique du pro du Club. M. Schurman devait toucher un salaire hebdomadaire de 725 \$ ainsi que 5 % des revenus provenant, premièrement, des droits de jeu et deuxièmement, de la location des chalets et des chariots de golf. De plus, il avait droit aux profits qu'il pouvait tirer du commerce de vente au détail d'équipement de golf de la boutique du pro. Toutefois, chose plus importante encore pour les fins qui nous occupent, il devait supporter les pertes découlant de l'exploitation de ce commerce.

[7] M. Schurman a travaillé pendant les saisons de golf 2003 à 2006, chacune allant d'avril à octobre. À la fin de la saison, il recevait un relevé d'emploi attribuant la cessation d'emploi au [TRADUCTION] « manque de travail ». Ce document lui permettrait de toucher des prestations d'assurance-emploi pendant la morte-saison.

[8] Le salaire et le revenu d'entreprise de M. Schurman pendant qu'il était lié au Club par contrat ont été les suivants :

	2003	2004	2005	2006
1. Salaire	19 575 \$	18 720 \$	18 538 \$	19 344 \$
2. Revenu brut	121 865 \$	140 819 \$	115 075 \$	116 250 \$
3. Acquisition des stocks	96 641 \$	103 338 \$	90 020 \$	81 000 \$
4. Revenu d'entreprise	18 828 \$	294 \$	<5 411 \$>	<21 067 \$>
5. (1 + 4) Revenu total (à l'exclusion de l'assurance-emploi)	38 403 \$	19 014 \$	13 127 \$	<1 723 \$>

[9] De plus, M. Schurman a touché des prestations d'assurance-emploi s'établissant à 2 509 \$ en 2003, à 7 847 \$ en 2004, à 10 738 \$ en 2005 et à 11 151 \$ en

2006. Ainsi, au cours de la dernière année de son contrat, il a tiré moins de 10 000 \$ de toutes ses sources de revenus, y compris les prestations d'assurance-emploi.

[10] Comme on pouvait s'y attendre étant donné ses pertes d'entreprise qui augmentaient constamment, M. Schurman a informé son employeur, pendant la saison de golf 2006, qu'il ne [TRADUCTION] « tenait pas tellement » à continuer à exploiter le commerce de vente au détail d'équipement de golf à la boutique du pro. Il a témoigné avoir [TRADUCTION] « fortement [recommandé au Club] d'envisager de [lui] verser un salaire de base » afin qu'il exploite ce commerce. Lorsqu'on lui a demandé, au procès, si son association future avec le Club dépendait de la révision de son contrat en ce sens, M. Schurman a répondu : [TRADUCTION] « C'est ce que j'espérais ». Il a également déclaré sous serment que bien qu'à l'été 2006, il ait eu l'intention de revenir pour la saison de golf 2007, il ne savait pas s'il l'aurait fait dans le cadre de l'arrangement existant. En fin de compte, M. Schurman n'a pas eu à prendre de décision à cet égard. À la fin de la saison de golf 2006, plus précisément le 16 octobre, le Club l'a avisé qu'il ne serait pas réengagé en avril 2007.

[11] M. Schurman était alors âgé de trente-sept ans et il avait été lié au Club par contrat pendant quatre ans. Comme nous l'avons vu, il a subi, pendant sa dernière année au Club, une perte nette de 1 723 \$ une fois les pertes d'entreprise portées en diminution de son salaire.

[12] Comme il l'avait fait au cours des trois mortes-saisons précédentes, M. Schurman a commencé à toucher des prestations d'assurance-emploi en octobre 2006. Tous s'entendent pour reconnaître que la résiliation de son contrat avec le Club n'a pas compromis son droit à ces prestations.

[13] Le 21 février 2007, M. Schurman a engagé l'action sous-jacente contre le Club.

[14] M. Schurman s'est séparé de son épouse en mars 2007. Celle-ci a par la suite déménagé aux États-Unis avec leur unique enfant. Il n'existe aucun élément de preuve donnant à penser que la longueur du préavis donné par le Club a contribué à la rupture de la relation. En fait, il semblerait que les germes de cette rupture ont été plantés bien avant que l'avis de congédiement n'ait été donné.

[15] M. Schurman, quant à lui, a déménagé à Summerside, à l'Île-du-Prince-Édouard, où il a emménagé chez ses parents. Au printemps 2007, il a refusé une offre d'emploi que lui avait faite une chaîne de magasins d'articles de golf de Halifax, en Nouvelle-Écosse. S'il l'a refusée, ce n'est pas parce qu'il était mécontent de la rémunération dont s'accompagnait l'emploi, mais parce qu'il [TRADUCTION] « traversait une période difficile dans [sa] vie personnelle ». Cette [TRADUCTION] « période difficile » découlait de ses difficultés conjugales et financières, ces dernières étant en grande partie imputables à l'arrangement non rentable passé avec le Club. Finalement, M. Schurman, qui est membre Classe A de l'Association canadienne des golfeurs professionnels, a choisi de rester chez ses parents et de travailler à Summerside comme instructeur de golf à temps partiel; ses honoraires ont été de 3 000 \$ en 2007.

[16] Le juge du procès a conclu que l'emploi de M. Schurman avait un caractère permanent. Il a également conclu que M. Schurman avait été congédié sans motif valable. Ni l'une ni l'autre de ces conclusions ne sont contestées en appel. En fait, le Club a concédé ces deux points au procès.

[17] Le juge du procès a ensuite statué que le préavis de six mois donné par le Club était insuffisant et que le contrat oral intervenu entre les parties exigeait implicitement [TRADUCTION] « un préavis d'une saison ». Le juge du procès a fixé ce délai après avoir examiné les délais de préavis accordés dans trois instances : *Latta c. Eagle Point Golf and Country Club*, [2001] B.C.J. No. 1154 (QL), 2001 BCSC 739, *Loranger c. Mount Allison University* (1998), 206 R.N.-B. (2^e) 96, [1998] A.N.-B. n^o 473 (QL) et *Paulin c. Vibert* (2007), 314 R.N.-B. (2^e) 312, [2007] A.N.B. n^o 200 (QL), 2007 NBBR 90, et avoir ensuite appliqué les critères proposés dans la décision *Bardal c. Globe*

& *Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (H.C.J.), [1960] O.J. No. 149 (QL), souvent citée.

[18] Le juge du procès a évalué les dommages-intérêts tenant lieu de préavis raisonnable en fonction de ce dont le Club [TRADUCTION] « aurait été redevable si M. Schurman avait été employé pendant la saison 2007 », c'est-à-dire d'avril à octobre. Il a conclu que compte tenu des chiffres de l'année 2006, le Club aurait versé à M. Schurman la somme de 33 724 \$, somme à laquelle il est arrivé en additionnant le salaire brut de M. Schurman (moins les cotisations au RPC) et les revenus (5 %) provenant des droits de jeu, de la location des chariots de golf et de la location des chalets. Le juge du procès a abordé la tâche qui consiste à évaluer les dommages-intérêts en se fondant sur les sommes que le Club aurait, selon toute attente, versées au cours de la saison 2007, mais il n'a pas pris en considération les prestations d'assurance-emploi touchées pendant la morte-saison 2006-2007 et par la suite, le cas échéant, ni la perte que M. Schurman aurait probablement subie en 2007 du fait du commerce de vente au détail d'équipement de golf. Finalement, le juge du procès a soustrait le revenu que M. Schurman a gagné en 2007 (soit 3 000 \$ pour des leçons de golf données à Summerside (Î.-P.-É.)) et lui a accordé la somme de 30 724 \$ à titre de dommages-intérêts tenant lieu de préavis raisonnable, majorée d'intérêts simples calculés au taux de 7 % à compter du 20 octobre 2006.

[19] De plus, le juge a accordé des dommages-intérêts majorés de 1 280,16 \$ ([TRADUCTION] « quatre semaines de salaire suivant le montant net adjugé ») en raison de ce qu'il estimait être la mauvaise foi dont le Club avait fait preuve en invoquant, jusque dans ses observations orales finales au procès, la défense fondée sur le motif valable de congédiement. Bien que le montant ainsi accordé ne fasse pas l'objet du présent appel et doive donc être confirmé, son bien-fondé pourrait être mis en doute à la lumière de l'arrêt *Honda Canada Inc. c. Keays*, [2008] A.C.S. n° 40 (QL), 2008 SCC 39, lequel, je m'empresse de le souligner, n'a été rendu public qu'après que le jugement du tribunal d'instance inférieure a été publié par suite de son dépôt auprès du greffier.

[20] De plus, M. Schurman a obtenu des dépens afférents au procès de 2 250 \$ plus les débours admissibles. Il n'a pas été interjeté appel de la somme ainsi accordée.

[21] Dans le texte qui suit, j'explique pourquoi les dommages-intérêts adjugés, qui sont contestés, ne peuvent être confirmés. En résumé, et en toute déférence, un [TRADUCTION] « préavis d'une saison » est un préavis d'une durée qui ne saurait être confirmée ni à la lumière des précédents mentionnés dans la décision qui fait l'objet du présent appel ni par l'application des principes retenus dans la jurisprudence de notre Cour. De plus, le dossier nous mène inexorablement à la conclusion que le Club a libéré M. Schurman d'un très mauvais marché lorsqu'il a résilié, à la fin de la saison 2006, l'arrangement qu'il avait conclu avec lui. Il s'ensuit que celui-ci n'a subi aucune perte connexe indemnisable.

III. Analyse et décision

[22] Pour commencer, je souligne la survenance postérieure au jugement de deux événements importants. En premier lieu, une des décisions sur lesquelles le juge du procès s'est appuyé pour fixer le [TRADUCTION] « préavis d'une saison » a, tout à fait par hasard, été écartée par notre Cour seulement deux jours après que la décision qui fait l'objet du présent appel eut été rendue. En second lieu, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision dans l'affaire *Honda Canada Inc. c. Keays*, qui expose une manière d'envisager les dommages-intérêts compensatoires et majorés en matière de congédiement injustifié qui est incompatible avec celle qu'a utilisée le juge du procès. Il ne fait aucun doute à mes yeux que si ces deux événements s'étaient produits avant que le jugement soit rendu, l'action aurait été rejetée.

A. *Observations générales*

(1) Le fondement juridique de l'action

[23] Il est bien établi en droit qu'en l'absence d'une convention obligatoire expresse ou implicite précisant le contraire, un contrat de travail d'une durée indéterminée oblige l'employeur qui congédie un employé sans motif valable à lui donner un préavis raisonnable de cessation d'emploi. Certains juristes ont laissé entendre que le droit de l'employé à ce préavis raisonnable repose exclusivement sur des considérations d'intérêt public. D'autres fondent ce droit sur une clause implicite du contrat de travail (voir l'examen approfondi des opinions divergentes sur ce point que l'on trouve dans l'ouvrage de Stacey Reginald Ball, intitulé *Canadian Employment Law*, vol. 1, chapitres 1 à 20 (Aurora (Ont.): Canada Law Book, 1992) au par. 9-3 et s.). Le débat est maintenant, à n'en pas douter, réglé par suite de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Honda Canada Inc. c. Keays*. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ont adopté la proposition selon laquelle l'action pour congédiement injustifié « se fonde sur l'obligation, découlant tacitement du contrat de travail, de donner un préavis raisonnable de l'intention de mettre fin à la relation d'emploi en l'absence d'un motif valable de le faire » (au par. 50). Ils ajoutent ensuite que « l'employé auquel l'employeur ne donne pas un préavis raisonnable de cessation d'emploi peut intenter une action pour manquement à cette obligation tacite ».

(2) Les dommages-intérêts compensatoires recouvrables

[24] En règle générale, les dommages-intérêts pour manquement à l'obligation implicite de donner un préavis raisonnable se limitent aux pertes que l'omission de l'employeur de donner un préavis suffisant a causées à l'employé congédié. Des dommages-intérêts ne sont pas recouvrables au titre de la perte de l'emploi, à proprement parler, de l'employé. Des dommages-intérêts ne sont pas non plus habituellement recouvrables au titre des troubles émotifs, de la souffrance et de la vexation auxquelles donne lieu le congédiement.

[25] Les principes qui régissent l'évaluation des dommages-intérêts en matière de congédiement injustifié sont énoncés dans l'ouvrage de S.M. Waddams intitulé *The Law of Damages*, éd. feuilles mobiles (Toronto : Canada Law Book, 2007), au par. 5.1070 :

[TRADUCTION]

En matière de congédiement injustifié, la première question qui se pose est habituellement l'étendue de l'obligation de l'employeur. Si les parties ont expressément convenu que l'emploi avait une durée précise, c'est là l'étendue de l'obligation de l'employeur. Lorsque l'employeur peut mettre fin à l'emploi sur remise d'un préavis, c'est le délai de préavis, dont les parties sont expressément convenues ou qui a été fixé par la Cour comme étant raisonnable, qui constitue la mesure de l'étendue de la responsabilité de l'employeur. [...]

L'employé victime d'un congédiement injustifié a le droit d'être indemnisé de la perte non seulement d'un traitement et d'un salaire, mais aussi d'autres modes de rémunération comme les commissions, gratifications et autres avantages, *dans la mesure où le demandeur subit une perte réelle.* [...]

Le principe fondamental de l'indemnisation est qu'il faut mettre le demandeur, dans la mesure où l'argent peut le faire, dans la situation où il se serait trouvé si le tort n'avait pas été causé. Ce principe, dans une instance où le demandeur est privé de la possibilité de rendre des services et de gagner une rémunération, donne à penser qu'il faut prendre comme point de départ le montant de la rémunération (traitement, commission ou prix) qui aurait été gagné. Il faut toutefois déduire de ce montant, comme l'a dit le juge Anglin dans une instance en matière de construction, [TRADUCTION] « le temps, la main-d'oeuvre et les frais qui ont été épargnés à la partie demanderesse du fait qu'elle a été libérée de son obligation d'exécuter le contrat en vertu duquel elle aurait été rémunérée ». Ainsi, les déboursés qui n'ont pas été faits, par exemple le coût des matériaux que le constructeur doit supporter, doivent être soustraits. *Cela revient tout simplement à dire que le demandeur a droit au bénéfice net prévu, pas à des revenus bruts. Il faut également prendre en compte les difficultés et les risques qui ont été évités du fait de la rupture.* [...]

[L'italique est de moi.]

[26] Dans l'arrêt *Honda Canada Inc. c. Keays*, la majorité a statué que dans une action pour congédiement injustifié fondée sur l'omission de l'employeur de donner un préavis convenable, les dommages-intérêts doivent être évalués conformément aux principes énoncés dans le célèbre arrêt *Hadley c. Baxendale* (1854), 9 Ex. 341, 156 E.R. 145, à la p. 151 :

[TRADUCTION]

Cependant, si les demandeurs avaient porté à la connaissance des défendeurs les circonstances spéciales dans lesquelles le contrat avait été conclu et qu'elles aient été connues des deux parties, les dommages-intérêts exigibles par suite de la rupture du contrat et envisagés par les deux parties seraient donc fondés sur le préjudice découlant normalement d'une rupture de contrat dans les circonstances particulières telles qu'elles étaient connues et avaient été révélées. Mais d'un autre côté, si ces circonstances spéciales étaient totalement inconnues de la partie qui rompt le contrat, tout au plus pourrait-on considérer qu'elle avait en vue le préjudice qui découlerait généralement et dans la majorité des cas, abstraction faite de toutes circonstances particulières, à la suite d'une rupture de contrat. [p. 151]

[C'est moi qui souligne.]

[27] Pour 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. Bien entendu, c'est à l'employé qu'incombe la charge de la preuve à cet égard. De plus, seules les pertes causées par l'absence de préavis convenable peuvent être prises en compte dans le calcul des dommages-intérêts adjugés au titre de la rupture de la part de l'employeur. Les dommages-intérêts accordés 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 prescrivant un préavis raisonnable. Plus précisément, pour les fins qui nous occupent, les dommages-intérêts adjugés ne peuvent entraîner une amélioration, ce qui se produirait s'ils mettaient l'employé dans une situation meilleure que celle où il se serait

trouvé s'il avait travaillé pendant le délai de préavis implicitement requis en vertu du contrat.

(3) La détermination de la durée d'un préavis raisonnable

[28] Il est évident qu'il faut, dans chaque instance, effectuer une évaluation individualisée du préavis raisonnable. En général, le préavis raisonnable est fonction de l'opinion qu'a la Cour du délai dont l'employé congédié a besoin, en toute justice, pour obtenir un autre emploi convenable. Cela dit, la raison doit, dans ce contexte, refléter les points de vue respectifs de l'employeur et de l'employé et chaque demande doit être examinée sur son propre fond, sans contraintes rigides (voir l'arrêt *Bramble et al. c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 R.N.-B. (2^e) 111 (C.A.), [1999] A.N.-B. n^o 307 (QL)). Il va sans dire que le tribunal qui procède à l'évaluation des dommages-intérêts ne siège pas en appel et n'effectue pas non plus une révision de la décision de l'employeur concernant les obligations implicites qui lui sont faites en matière de préavis en vertu du contrat de travail. La Cour n'est donc tenue à aucune déférence envers la décision de l'employeur à cet égard. D'ailleurs, comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Walsh et al. c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.* (2003), 257 R.N.-B. (2^e) 331, [2003] A.N.-B. n^o 166 (QL), 2003 NBCA 32, au par. 17, « seule l'opinion éclairée de la Cour, appuyée sur des principes établis, a sa place dans le processus décisionnel qui permet de déterminer ce qui constitue un préavis raisonnable dans une affaire donnée ».

[29] On a fait observer, tout à fait à juste titre selon moi, que [TRADUCTION] « la détermination du délai raisonnable est un art, non pas une science » (voir l'ouvrage de Ellen E. Mole, intitulé *Wrongful Dismissal Practice Manual*, 2^e éd. vol. 1, feuilles mobiles (Scarborough (Ont.) : Butterworths, 2005) au par. 7.16). La même observation a été faite dans d'autres domaines du droit, plus particulièrement en ce qui concerne la détermination de la durée de la peine. Toutefois, cet état de choses n'empêche pas, tant s'en faut, un examen valable en appel. En effet, le processus d'évaluation du préavis est loin d'être arbitraire puisqu'il exige que l'on se serve de son jugement, en s'appuyant sur

des principes établis, d'une façon qui reflète la prise en compte de toutes les circonstances pertinentes. Les plus importantes de ces circonstances sont les états de service et l'âge de l'employé ainsi que la possibilité d'obtenir un autre emploi convenable compte tenu de l'expérience, de la formation et de la compétence de l'employé. Dans l'arrêt *Bramble c. Medis Health and Pharmaceutical*, au par. 72, la Cour a fait les observations pertinentes suivantes :

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

(4) La norme de contrôle

[30] Dans l'arrêt *Naylor Group Inc. c. Ellis-Don Construction Ltd.*, [2001] 2 R.C.S. 943, [2001] A.C.S. n° 56 (QL), 2001 CSC 58, le juge Binnie, qui a rendu le jugement de la Cour, a défini, au par. 80, la norme de contrôle qui s'applique à un appel interjeté à l'encontre d'une évaluation de dommages-intérêts :

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

[31] Au paragraphe 21 de l'arrêt *Walsh c. UPM-Kymmene Miramichi Inc.*, la Cour a conclu que la norme de contrôle en appel qui a été énoncée dans l'arrêt *Naylor* s'appliquait à l'évaluation du préavis raisonnable établie par le juge du procès parce que celle-ci joue un rôle fondamental dans la détermination des dommages-intérêts de l'employé lésé. Dans l'arrêt *Paulin c. Vibert* (2008), 328 R.N.-B. (2^e) 270, [2008] A.N.-B. n° 77 (QL), 2008 NBCA 23, la juge d'appel Larlee, qui rendait jugement au nom de la Cour, a fait de même lorsqu'elle a établi un parallèle entre la révision en appel de l'évaluation des dommages-intérêts et la révision en appel de l'évaluation d'un préavis dans un cas comme celui qui nous occupe en l'espèce.

[32] Par conséquent, à défaut d'une erreur de droit grave (par exemple, l'omission de respecter les volontés du législateur), d'une erreur importante liée à un principe (par exemple, l'omission de respecter des règles de common law bien établies) ou d'une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation de la preuve, il n'y a lieu de modifier l'évaluation d'un préavis raisonnable établie par le juge du procès que si elle est

manifestement fausse ou complètement erronée. Cependant, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'existence d'un ou de plusieurs des vices susmentionnés est établie, il incombe au tribunal d'appel d'effectuer lui-même ou d'ordonner l'évaluation du préavis que justifient la preuve, le droit et les principes directeurs.

B. *Le préavis d'une saison*

[33] Comme nous l'avons vu, le Club a avisé M. Schurman, à la fin de la saison de golf 2006, qu'il ne serait pas réengagé en avril 2007. Le juge du procès a conclu que ce faisant, le Club n'avait pas respecté ses obligations contractuelles implicites concernant l'avis de cessation d'emploi, lesquelles, selon lui, prescrivaient un [TRADUCTION] « préavis d'une saison ». En réalité, pour respecter cette condition contractuelle implicite, il aurait fallu que le Club, au moment du congédiement qui a eu lieu en l'espèce, avise M. Schurman qu'il ne serait pas réengagé en avril 2008. Le juge a donc conclu à l'existence implicite d'une obligation contractuelle de donner un préavis de dix-huit mois (soit d'octobre 2006 à avril 2008). Pour en arriver à un « préavis d'une saison », le juge du procès a examiné trois précédents.

[34] La première instance qu'il a invoquée est la décision *Latta c. Eagle Point Golf and Country Club*. Du milieu de l'année 1991 à la fin de l'année 1994, M. Latta avait agi à titre de golfeur professionnel adjoint au Eagle Point Golf and Country Club, en Colombie-Britannique. En 1995, il avait obtenu son agrément au sein de l'Association canadienne des golfeurs professionnels. Ses attributions au club de golf s'étaient en même temps accrues et consistaient désormais, notamment, à assurer la liaison avec le personnel du terrain de golf et le personnel du restaurant, à travailler à la boutique du pro et à donner des cours de golf aux membres et à d'autres joueurs. Bien qu'il eût précédemment fait l'objet de mises à pied annuelles en janvier et février, M. Latta avait été engagé à temps plein comme golfeur professionnel associé de mars 1997 jusqu'à son congédiement à la fin d'octobre 2000. À ce moment-là, il gagnait 2 600 \$ par mois, somme à laquelle s'ajoutait la totalité des honoraires payés pour les cours de golf. Il bénéficiait en outre d'une assurance médicale (72 \$ par mois), d'une indemnité de repas

et d'autres avantages sociaux. Dans la poursuite qu'il a engagée, M. Latta a sollicité des dommages-intérêts tenant lieu de préavis équivalant au salaire qu'il touchait sur une période de huit à dix mois ainsi qu'une indemnité au titre de la perte des autres avantages. Compte tenu de l'âge de M. Latta (trente ans), de son expérience, de ses attributions et de la durée de son emploi (huit ans et demi, période décrite comme correspondant à [TRADUCTION] « la plus grande partie de la vie professionnelle de [M. Latta] »), la Cour a estimé qu'il avait droit à un préavis de six mois (en plus du préavis de trois semaines que lui avait donné son employeur). Par contraste, M. Schurman n'était à l'emploi du Club que depuis quatre ans et ne travaillait que pendant six mois chaque année. Il n'avait certainement pas travaillé au Club pendant [TRADUCTION] « la plus grande partie de sa vie professionnelle ». De plus, M. Schurman perdait de l'argent dans le cadre de l'arrangement contractuel qu'il avait passé avec le Club.

[35] La deuxième instance citée par le juge du procès est la décision *Loranger c. Mount Allison University*. En janvier 1990, M. Loranger avait été engagé comme entraîneur de football adjoint, poste qui lui procurait un salaire annuel de 10 000 \$. En mai 1991, il avait accepté un mandat d'un an au poste d'entraîneur-chef pour un salaire de 25 000 \$. Son contrat avait été renouvelé chaque année jusqu'en 1994, année où il avait passé avec Mount Allison un contrat de travail de durée indéterminée qui lui attribuait le poste d'entraîneur-chef de l'équipe de football. M. Loranger avait été congédié le 30 septembre 1996. À ce moment-là, il touchait un salaire annuel de 35 000 \$, somme à laquelle s'ajoutaient, entre autres avantages, une assurance-invalidité, une assurance-groupe sur la vie, une assurance-accident, la Croix-Bleue, un régime de retraite, quatre semaines de vacances et une remise sur frais de scolarité. La Cour a conclu qu'il avait droit à un préavis de douze mois. Elle l'a fait sans exposer dans le détail le raisonnement qui fondait sa conclusion, mais il vaut néanmoins la peine de souligner que la durée de l'emploi de M. Loranger (6,75 ans) et son régime salarial étaient considérablement supérieurs à ceux de M. Schurman. Puisqu'il en est ainsi, cette décision n'a peu, sinon pas d'utilité comme précédent en l'espèce.

[36] La troisième instance mentionnée est la décision rendue en première instance dans l'affaire *Paulin c. Vibert*, où l'employé congédié, qui occupait un emploi saisonnier comme matelot de pont sur un bateau de pêche au homard, avait obtenu des dommages-intérêts calculés en fonction d'un délai de préavis de douze mois. Cette décision a été annulée en appel, notre Cour ayant conclu que l'employé congédié n'avait droit qu'à un préavis de congédiement de quatre mois.

[37] En dernière analyse, je suis respectueusement d'avis qu'aucune des instances invoquées par le juge du procès n'appuie un préavis plus long que celui que le Club a donné, savoir un préavis de six mois.

[38] Le juge du procès a également indiqué qu'il a utilisé les critères énoncés dans la décision *Bardal c. Globe & Mail Ltd.* Ces critères sont les suivants : la nature et la durée de l'emploi, l'âge de l'employé, sa formation et son expérience ainsi que le fait qu'il lui soit difficile ou facile de trouver un nouvel emploi convenable.

[39] Il n'y a rien à propos de la nature de l'emploi de M. Schurman qui puisse peser dans la balance et son âge (trente-sept ans) ainsi que la durée de son emploi (quatre années de travail saisonnier) militent en faveur d'un délai de préavis d'au plus six mois. De plus, il n'existe aucun élément de preuve établissant que l'emploi de M. Schurman est tel qu'il lui serait particulièrement difficile de trouver un autre travail comparable. À cet égard, le dossier montre qu'au cours du délai de préavis de six mois que son employeur lui a donné, M. Schurman a posé sa candidature à deux postes de golfeur professionnel en chef, un au Sussex Golf and Curling Club et l'autre au Algonquin Golf Club, à St. Andrews, au Nouveau-Brunswick. Il a eu une entrevue pour les deux postes, mais pour des raisons qui demeurent inexplicées, il n'a pas été engagé. Quoiqu'il en soit, M. Schurman a trouvé un emploi comme instructeur de golf à Summerside (Î.-P.-É), sa ville natale, là encore à l'intérieur du délai de préavis que le Club lui a donné. Qui plus est, on lui a offert, au cours de cette même période, un emploi au sein d'une chaîne de magasins d'articles de golf à Halifax, en Nouvelle-Écosse, emploi qu'il a refusé.

[40] Le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en concluant que le contrat intervenu entre les parties contenait une clause implicite qui obligeait le Club à aviser M. Schurman, en octobre 2006, qu'il ne serait pas réengagé pour la saison de golf 2008. J'estime respectueusement que le préavis donné par le Club était raisonnable compte tenu de l'âge de M. Schurman (trente-sept ans), de la durée de son emploi (quatre ans) et des pertes qu'il a subies pendant la saison de golf 2006. En ce qui concerne cette dernière considération, il suffit de mettre en lumière, une fois encore, le fait que M. Schurman n'a gagné aucun revenu net, à l'exclusion des prestations d'assurance-emploi touchées en 2006. En fait, il a fini l'année dans une situation déficitaire par suite des pertes d'entreprise qu'il a subies à la boutique du pro.

C. *Les dommages-intérêts*

[41] Comme nous l'avons vu, les dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de l'employeur de donner un préavis de congédiement raisonnable sont calculés conformément au cadre proposé dans l'arrêt *Hadley c. Baxendale*. La démarche à suivre est axée sur les pertes découlant de l'omission de donner un préavis raisonnable, comme le veut le contrat de travail, et non pas sur ce dont l'employeur aurait été redevable au cours de cette période. Par conséquent, le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a déterminé le montant des dommages-intérêts en répondant à la question suivante : [TRADUCTION] « [D]e quoi la défenderesse aurait-elle été redevable si M. Schurman avait été employé pendant la saison 2007? ». Si l'on recourt à la bonne norme, la seule conclusion possible est que M. Schurman n'a subi aucune perte indemnifiable par suite de l'omission du Club de lui donner le préavis fixé par le juge du procès. Après tout, comme nous l'avons dit peut-être plus souvent que cela était nécessaire, les pertes d'entreprise qu'il a subies à la boutique du pro étaient supérieures au revenu qu'il tiré de son emploi l'année de son congédiement.

D. *La règle 79 (Procédure simplifiée)*

[42] L'action sous-jacente, qui avait été introduite conformément à la procédure ordinaire, a été convertie en une action régie par la règle 79 avant le procès. Toutefois, le juge du procès n'en a été informé que pendant le procès. Cette situation inadmissible l'a amené à faire les observations suivantes :

[TRADUCTION]

Jusqu'à ce que le demandeur close sa preuve, la Cour ignorait qu'il s'agissait en l'espèce d'une action engagée selon la procédure simplifiée prévue à la règle 79. Aucune des plaidoiries ne révèle que l'action a été introduite ou continuée en vertu de cette règle. Le dossier d'instruction ne contient pas l'avis de continuation ou non de l'action dans le cadre de la règle 79 que prescrit le par. 79.05(9). Cet avis a, en fait, été déposé au bureau du greffier en mars 2007. Aux termes de la règle 47.06(1)h), le dossier doit contenir, notamment, « copie de tout avis [...] relatif au procès ». Compte tenu du fait que la règle 79 est nouvelle dans notre ressort et suppose de nouvelles étapes d'ordre procédural, il serait sans doute approprié de verser au dossier d'instruction l'avis indiquant qu'il s'agissait d'une action continuée selon la procédure simplifiée. Si l'action avait été introduite selon la procédure simplifiée, l'avis de poursuite l'indiquerait (voir la règle 79.05(5)).

Les affidavits des témoins n'ont été mis à la disposition de la Cour qu'après qu'il a été révélé qu'il s'agissait d'un procès tenu selon la procédure simplifiée. Les avocats s'étaient, semble-t-il entendus sur le fait que tous les déposants seraient, des deux côtés, tenus de rendre un témoignage de vive voix au procès. Bien que la règle 79 n'oblige pas expressément les parties à mettre les affidavits de témoins à la disposition de la Cour, elle prescrit qu'habituellement, l'interrogatoire principal des témoins doit se limiter aux questions qui ont été traitées dans leurs affidavits. La règle 79.10(3) est ainsi rédigée :

79.10(3) Sauf permission de la cour, l'interrogatoire principal au procès doit se limiter aux questions qui ont été traitées dans les affidavits des témoins et les rapports d'experts.

Il est difficile de voir comment la Cour pourrait limiter ainsi l'interrogatoire principal à moins d'avoir accès aux affidavits des témoins. Le paragraphe susmentionné suppose que la Cour a les moyens de réaliser l'objectif de la règle - c'est-à-dire simplifier les éléments du procès qui ressortissent à la procédure. [par. 2-4]

[43] Je souscris à l'observation du juge du procès selon laquelle [TRADUCTION] « il serait sans doute approprié de verser au dossier d'instruction l'avis indiquant qu'il s'agissait d'une action continuée selon la procédure simplifiée ». De plus, j'estime aussi que les affidavits de témoins doivent être remis à la Cour avant le début du procès. En effet, le plus simple bon sens veut que ces affidavits accompagnent le mémoire préparatoire exigé à la règle 79.09, laquelle est ainsi rédigée :

79.09 Setting Down for Trial

At the first Motions Day following 7 months after the close of pleadings, the plaintiff shall set the action down for trial in accordance with the procedure set out in Rule 47, except that all parties shall file and serve their pre-trial briefs no later than that Motions Day.

79.09 Mise au rôle

Le demandeur doit à la première séance des motions qui a lieu 7 mois après la clôture des plaidoiries, mettre l'action au rôle conformément à la procédure prévue par la règle 47, excepté que toutes les parties doivent déposer et signifier leur mémoire préparatoire au plus tard à cette séance de motions.

IV. Conclusion et dispositif

[44] Le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en concluant qu'[TRADUCTION] « un préavis d'une saison était raisonnable pour mettre fin à l'emploi qu'occupait [l'intimé] auprès de [l'appelante] » (au par. 23). Le préavis donné par l'employeur appelant (qui était de six mois) était raisonnable.

[45] Quoi qu'il en soit, d'après la preuve, l'intimé n'a pas subi de perte indemnisable par suite de la rupture du contrat dont a fait état le juge du procès. Il n'avait pas droit, de ce fait, à des dommages-intérêts tenant lieu de préavis suffisant.

[46] Puisque tel est le cas, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'annuler les dommages-intérêts tenant lieu de préavis qui ont été accordés. Je suis d'avis de ne pas modifier les sommes accordées au titre des dommages-intérêts majorés et des dépens puisqu'il n'y a pas eu appel de l'une ou l'autre.

[47] Finalement, je suis d'avis de mettre fin à l'instance en accordant à l'appelante des dépens afférents à l'appel que je fixerais à 2 250 \$.