COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

57-19-CA

TOTAL CREDIT RECOVERY LTD.

APPELLANT

- and -

RENELLE MARTIN, LESLIE ALLAIN, THÉRÈSE LEBLANC and TANYA BOURQUE

RESPONDENTS

Total Credit Recovery Ltd. v. Martin et al., 2020 NBCA 8

CORAM:
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
May 29, 2019

History of Case:

Decision under appeal:
2019 NBQB 102

Preliminary or incidental proceedings:
[2019] N.B.J. No. 242
[2019] N.B.J. No. 243
[2019] N.B.J. No. 244
[2019] N.B.J. No. 245

Appeal heard:
November 27, 2019

Judgment rendered:
February 6, 2020

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice LeBlond

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

TOTAL CREDIT RECOVERY LTD.

APPELANT

- et -

RENELLE MARTIN, LESLIE ALLAIN, THÉRÈSE LEBLANC et TANYA BOURQUE

INTIMÉES

Total Credit Recovery Ltd. c. Martin et autres, 2020 NBCA 8

CORAM :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
le 29 mai 2019

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2019 NBBR 102

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2019] A.N.-B. nº 242
[2019] A.N.-B. nº 243
[2019] A.N.-B. nº 244
[2019] A.N.-B. nº 245

Appel entendu :
le 27 novembre 2019

Jugement rendu :
le 6 février 2020

Motifs de jugement :
l'honorable juge LeBlond

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

Counsel at hearing:

For the Appellant:
René Antoine LeBlanc

For the Respondents:
Iris Imbeault

THE COURT

The appeal is allowed with respect to the finding of bad faith and award of punitive damages against the appellant. In all other respects, the appeal is dismissed with one set of costs payable by the appellant in the amount of $4,000.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
René Antoine LeBlanc

Pour les intimées :
Iris Imbeault

LA COUR

L'appel est accueilli en ce qui concerne la conclusion de mauvaise foi et la condamnation de l'appelante aux dommages-intérêts punitifs. À tous les autres égards, l'appel est rejeté et l'appelante est condamnée à une masse de dépens de 4 000 $.

The judgment of the Court was delivered by

LEBLOND, J.A.

I. Introduction

[1] The respondents were employed by either Total Credit Recovery Limited ("TCR"), or Total Credit Recovery (Atlantic) Limited ("Atlantic") or both for various time periods. They were all dismissed on either September 18 or 21, 2015, and given two or four weeks of severance pay in lieu of notice. The particulars are as follows:

NAME	YEARS OF SERVICE	SEVERANCE PAY
Renelle Martin	4	2 weeks
Leslie Allain	22	4 weeks
Thérèse LeBlanc	15	2 weeks
Tanya Bourque	8	4 weeks

[2] Separate actions were commenced in which each of the respondents claimed the following relief against TCR only, and which are at issue in this appeal:

a) loss of salary equivalent to a reasonable period of notice;
b) aggravated damages; and
c) in the alternative to aggravated damages, an extended notice period because of the employer's bad faith in the manner in which it conducted the dismissals.

[3] Following the close of pleadings and before examinations for discovery, each respondent filed a motion for summary judgment. Similar affidavit evidence was tendered by each of them. The evidence, common to all four claims and relevant to this appeal, is summarized below.

[4] The motion judge granted summary judgment. With respect to the issues in this appeal, he determined:

1) TCR was the respondents' employer pursuant to the common employer doctrine and that it had been properly sued as such;

2) the notice period, which each of the respondents was entitled to be given, for purposes of calculating compensatory damages in lieu thereof, could be established; however, the amount of damages could not be determined until trial of the issue concerning their mitigation efforts; and

3) the respondents were entitled to recover punitive damages against TCR because of its bad faith conduct in the dismissals, and these damages could be awarded by extending each of the notice periods by four months.

II. Factual Context

[5] Each respondent was presented with a letter of termination, written on TCR's letterhead, advising that Atlantic was closing its Moncton operation. In addition to the periods of notice referenced above, which TCR purported to argue were sufficient to meet the requirements of the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2, each of the respondents was advised formal Records of Employment ("ROE") would follow. Each was also advised the amount of $2,000 would be available as a "moving allowance" if any of them had an interest in relocating to TCR's offices in either Toronto, Ontario, or Laval, Québec. The letter was signed by a Moncton management level employee on behalf of the Chief Operating Officer of TCR whose name appeared at the bottom of each letter.

[6] Each of the respondents received a ROE completed by TCR, and not Atlantic, showing TCR as being the employer, with an address in Toronto, which happens to be the same address used to register Atlantic in New Brunswick. The annual Statements of Remuneration Paid (T4) also identified TCR as the employer.

[7] There was evidence that, at all material times, all important operational and policy decisions were made at TCR's head office in Toronto for transmission to the branch offices including Atlantic's.

[8] The first inkling of the closure of Atlantic's office came a few days prior to receipt of the letters of termination. The evidence established that TCR's customers had been advised of the closure long before the respondents became aware of it.

[9] While there was some evidence of mitigation efforts by some of the respondents to find alternate employment, that issue was not determined by the motion judge who ruled it required examinations for discovery and perhaps trial. He nevertheless determined he could set each of the periods of notice in a summary fashion, but the amount of damages could not be calculated until trial of the mitigation issue.

[10] On appeal, TCR denies it employed the respondents. Its position is that the latter were employed by Atlantic, a separate company, and that, as a result, the respondents had sued the wrong entity. It should be noted that, following closure of the Moncton office, Atlantic's corporate status in New Brunswick was cancelled, following which it was dissolved.

[11] TCR also led evidence to show the collector's licence issued to each of the respondents by the Province of New Brunswick showed Atlantic as being the employer, given that TCR was not registered to conduct business in New Brunswick. Atlantic's Moncton branch bank accounts had also been set up in Atlantic's name. Finally, TCR established the lease for the Moncton office had been signed by Atlantic.

[12] The only evidence led by TCR as to the reason for the closure of Atlantic's office was that a local manager had shown a lack of interest and initiative in finding an alternate location from which to run Atlantic's operation. While TCR led evidence relating to the issue of mitigation vis-à-vis the respondents, as noted, that issue was set aside by the motion judge. For the reasons which follow, there is no need to deal with that issue in this decision.

III. Grounds of Appeal

[13] TCR argues the motion judge erred in:

1) finding it acted in bad faith;

2) extending the notice periods by four months to allow for bad faith damages;

3) awarding punitive damages where none were claimed in the Statements of Claim;

4) applying the common employer doctrine to find TCR was the employer where that doctrine was not pleaded in the Statements of Claim; and

5) determining each period of notice without considering the mitigation issue.

IV. Standards of Review

[14] The first ground is related to the award of punitive damages. Findings of bad faith, and whether punitive damages are justified as a result, are both reviewable on the standard of rationality. Our Court dealt with that standard in *512842 N.B. Inc., Roger Landry, Cape Bald Packers Limited, Patrice Landry and Denis Carrier v. Delphinium Ltée and Louis Schofield*, 2008 NBCA 56, 333 N.B.R. (2d) 291, citing *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595. Deschênes J.A., writing for the Court, stated the following with respect to this standard of review as it applies to punitive damages and a trial judge's findings of bad faith:

> A few points should be emphasized with respect to the standard of appellate review pertaining to an award of punitive damages and the analytical framework to be used in determining whether an award of punitive damages was appropriate in the first place. On these issues, the statements of the Supreme Court at paras. 84 and 85 of

Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd., [2002] 1 S.C.R. 678, [2002] S.C.J. No. 20 (QL), 2002 SCC 19, (released contemporaneously with *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 S.C.R. 595, [2002] S.C.J. No. 19 (QL), 2002 SCC 18, paras. 84-85) are apposite:

> The applicable standard of appellate review for "rationality" was articulated by Cory J. in *Hill, supra*, at para. 197:
>
> > Unlike compensatory damages, punitive damages are not at large. Consequently, courts have a much greater scope and discretion on appeal. The appellate review should be based upon the court's estimation as to whether the punitive damages serve a rational purpose. <u>In other words, was the misconduct of the defendant so outrageous that punitive damages were rationally required to act as deterrence</u>?
> >
> > *Whiten* affirms that "[t]he 'rationality' test applies both to the question of whether an award of punitive damages should be made at all, as well as to the question of its quantum" (para. 101).

The review of an award of punitive damages involves the application of the rationality test outlined in *Whiten*. The analysis focuses on whether the award is rational in the sense of being necessary to achieve its purposes, namely deterrence, denunciation and retribution. In addition, as pointed out by Charron J.A. (as she then was) in *Ferme Gérald Laplante & Fils Ltée v. Grenville Patron Mutual Fire Insurance Co.* (2002), 61 O.R. (3d) 481 (C.A.), [2002] O.J. No. 3588 (QL), at para. 110, an award of punitive damages will only be rational if it is proportionate. Proportionality is determined by considering at least the following factors: (1) the blameworthiness of the defendant's conduct; (2) the degree of vulnerability of the plaintiff; (3) the harm directed at the plaintiff; (4) the need for deterrence; (5) any other penalties likely to be inflicted on the defendant; and (6) the advantage wrongfully gained by the defendant.

An assessment of the award's appropriateness must then address the following question: <u>was the conduct of the</u>

appellants so outrageous that punitive damages are rationally required for the purposes of deterrence, denunciation and retribution?

[…] It bears emphasizing at this point that although there is no absolute rule against the award of punitive damages for breach of contract, such damages are not normally awarded because of "the assumption underlying much of contract law that a breach of contract, coupled with an offer to pay just compensation, does no harm to the plaintiff, is not morally wrong and may be desirable on the grounds of efficiency" (see S.M. Waddams, *The Law of Damages* (Aurora, Ont.: Canada Law Book, looseleaf) at pp. 11-14 section 11.250 (Oct. 2007)).

The type of conduct which may attract punitive damages was described by McIntyre J. in *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, [1989] S.C.J. No. 46 (QL), at para. 27:

> [...] punitive damages may only be awarded in respect of conduct which is of such nature as to be deserving of punishment because of its harsh, vindictive, reprehensible and malicious nature. I do not suggest that I have exhausted the adjectives which could describe the conduct capable of characterizing a punitive award, but in any case where such an award is made the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment. [...]

See also *Honda Canada Inc. v. Keays*, [2008] S.C.J. No. 40 (QL), 2008 SCC 39, para. 68.

In *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, [1992] S.C.J. No. 60 (QL), the Court stated it was sufficient if the conduct was "reprehensible and [...] of a type to offend the ordinary standards of decent conduct in the community" (para. 58). In that case, however, a doctor in a position of power had exchanged drugs for sex with a vulnerable patient. Although the conduct was not harsh, vindictive or malicious, the Court held it was nevertheless reprehensible, and offended the ordinary standards of decent conduct in the community.

With the greatest of respect for the views expressed by the trial judge, I do not look upon the conduct of the appellants

> in this case as being of a nature capable of attracting punitive damages. […] As a consequence of their wrongful actions, the appellants have been held jointly and severally liable for the substantial pecuniary damages resulting from the breach of contract. At the end of the day, the decision not to honour contractual obligations, and the deliberate business decision to procure the breach of the agreement, exacted a sufficiently stiff price, having regard to the evidence adduced at trial.
>
> In my view, considering the type of conduct involved and the resulting damage award for which the appellants are jointly and severally liable, the award of punitive damages in this case does not serve a rational purpose. That being so, it is not necessary to go further and apply the rationality test to the quantum of punitive damages awarded. […]
>
> [paras. 48-55]
> [Emphasis added.]

[15] The second, third and fifth grounds of appeal raise questions of law reviewable on the standard of correctness.

[16] The fourth ground raises a question of mixed fact and law reviewable on the standard of palpable and overriding error.

[17] Finally, I would also note that in the context of a summary judgment motion, the same standards of review apply as in all other appeals. See *Robson v. Canadian Union of Public Employees, Local 3339*, 2019 NBCA 55, [2019] N.B.J. No. 189 (QL), at paras. 11-13.

IV. Analysis

A. *Did the Appellant act in bad faith?*

[18] The critical findings of the motion judge with respect to the issue of bad faith are contained in paras. 24 and 47 of his decision as follows:

> As a general comment, I do not believe the plaintiffs were treated fairly by their former employer. The length of

> service by the former plaintiffs range from 4 1/2 years to 22 years and to be given two weeks' notice was cruel. The excuse for shutting down the business was weak, i.e., that the manager did not work hard enough to find a new location. Finally, failing to give some advance notice before delivering the termination letters was egregious considering the notification they gave to their clients.
>
> […]
>
> […] I find the conduct of Total Credit Recovery Limited to be egregious. They knew what they were planning, told their clients about the closure but not the long-term employees until the day of the closure, gave them two weeks' salary and then collapsed Total Credit Recovery (Atlantic) Limited so they would not have to pay reasonable notice; so they thought. To me, this conduct is harsh, vindictive, reprehensible and malicious. I believe that no employee should be treated by their employer this way and even more so when the four plaintiffs had worked for them for many years.

[19] I note, in passing, that two of the employees actually received four weeks of pay in lieu of notice, but this does not affect the findings of the motion judge.

[20] As noted above in *Delphinium*, our Court reviewed an award of damages for bad faith made by the trial judge in circumstances which, in my view, were far more egregious than the ones before us in this appeal. The trial judge in *Delphinium* relied on the principles enunciated in *Whiten*, at para. 94. She found that although the compensatory awards she had already made addressed the *Whiten* objectives of deterrence and denunciation, she nonetheless felt these objectives would be better achieved by awarding punitive damages. She was of the view the compensatory awards did not provide sufficient retribution, deterrence and punishment to address the misconduct. However, for the reasons set out above, her findings did not meet the rationality standard.

[21] Our Court has previously dealt with this issue in *Walsh v. Nicholls and CGU Insurance Company of Canada*, 2004 NBCA 59, 273 N.B.R. (2d) 203, where Drapeau C.J.N.B. (as he then was) held at para. 84:

> Punitive damages are reserved for misconduct that is so offensive to the court's sense of decency that no award of compensatory damages can provide adequate retribution, deterrence and punishment. […] That said, proof of bad faith will not necessarily lead to an award of punitive damages: *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678 at para. 87.
>
> [Emphasis added.]

[22] In *Vorvis v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1085, [1989] S.C.J. No. 46 (QL), McIntyre J. held:

> […] in any case where such an award is made the conduct must be extreme in its nature and such that by any reasonable standard it is deserving of full condemnation and punishment. […] [p. 1108]
>
> [Emphasis added.]

[23] In *Vorvis*, although the treatment inflicted by the employer on the employee had been harsh and reprehensible, it did not rise to the standard set by McIntyre J.

[24] In yet an earlier decision of our Court, *Brennan v. Henley Publishing Ltd.* (1998), 188 N.B.R. (2d) 338, [1997] N.B.J. No. 202 (QL), upon reviewing a trial judge's award of punitive damages, it was held that when determining whether the impugned conduct was sufficiently extreme, it could not simply be conduct of which the court disapproved, "however strongly the judge may feel" (at para. 28).

[25] For the reasons which follow, I would allow TCR's appeal on this ground relating to the finding of bad faith and resultant award of punitive damages. In my view, the misconduct of TCR was not so outrageous as to justify punitive damages as a rational requirement to act as deterrence.

[26] It appears that what drew the motion judge's ire in this case was not the fact of dismissal without cause, which is compensable in damages. Rather, the three elements of the case which seem to have driven him to award punitive damages were:

1) only giving two or four weeks' pay in lieu of notice, which he termed "cruel";
2) TCR notifying clients of the closure of the Moncton office but not long-time employees; and
3) collapsing Atlantic in an attempt to avoid paying damages in lieu of giving reasonable notice of termination.

[27] I would note with respect to the first element, the motion judge fully compensated the respondents by awarding damages in lieu of reasonable notice. As will be seen below, he was correct in that respect.

[28] On the second element, business owners are entitled to deal with their clients as they deem appropriate and do not owe any obligation, fiduciary or otherwise, to their employees in that respect.

[29] Finally, the third element would only have merit if there had been a finding Atlantic was the actual employer in this case. To the extent the motion judge correctly found the employer to be TCR, and ordered TCR to pay full compensatory damages in lieu of giving reasonable notice, there is no basis for an award of punitive damages in light of the above principles.

[30] I would apply the *Delphinium* analysis to the case before us and reverse the motion judge's award of punitive damages.

[31] Before closing this portion of the decision, I note the motion judge seems to have conflated punitive damages with aggravated damages. The latter are compensatory in nature and although claimed by the respondents, were not awarded. However, he described "*Wallace* damages" (from *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, [1997] S.C.J. No. 94 (QL)) as punitive and both counsel before us agreed this was confusing. "*Wallace* damages" fall into the category of compensable damages. The judge's comments in para. 47 of his decision are relevant to an award of punitive damages and indeed, in para. 48, he specifically awards "punitive damages" by

ordering four additional months of notice to each respondent. I would note in passing that this is not an appropriate way of quantifying either punitive or aggravated damages. See *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362, at paras. 59 and 69, and our Court's decision in *Covered Bridge Golf and Country Club v. Schurman*, 2009 NBCA 1, 340 N.B.R. (2d) 168, at para. 19 in *obiter*.

B. *Extending the notice periods for bad faith damages*

[32] This ground has already been dealt with and need not be expanded further.

C. *Awarding punitive damages where none were claimed*

[33] While it is debatable as to whether the respondents properly claimed punitive damages, that issue need not be decided in this case given the reversal of the award of punitive damages.

D. *Applying the common employer doctrine to find TCR liable in damages where the doctrine was not pleaded*

[34] The facts which point to TCR being the employer at all material times are set out above and will not be repeated here. This ground was not vigorously argued by counsel for TCR. Although the motion judge was correct in finding TCR was the employer as opposed to Atlantic, in the end, it did not matter as the judge also correctly applied the common employer doctrine. TCR's main contention was that the doctrine was not pleaded by the respondents.

[35] Dealing with the doctrine itself, the motion judge quoted Stacey Ball, a leading Canadian scholar in employment law. In his text *Canadian Employment Law*, Vol. 1 (Markham: Canada Law Book, 2016) (loose-leaf updated 2019, release 82), Ball defines the doctrine as follows:

> The courts now recognize that, for the purposes of determining the contractual and fiduciary obligations which

> are owed by employers and employees, an individual can have more than one employer. The courts now regard the employment relationship as more than a matter of form and technical corporate structure. Consequently, the present law states that an individual may be employed by a number of different companies at the same time. [pp. 4-1 to 4-2]

[36] In *Currie v. Gledhill et al.*, 2018 ONSC 775, [2018] O.J. No. 851 (QL), Copeland J. formulated the doctrine as follows:

> In the context of common law claims for wrongful dismissal, the doctrine of common employer has developed to recognize that in some situations where different legal entities are involved in a person's employment, more than one legal entity may be found to be a person's employer: *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161 (CA); *Sinclair v. Dover Engineering Services Ltd.*, 1987 CanLII 2692 (BCSC); *De Kever v. Nemato*, 2014 ONSC 6576 at paragraphs 6, 7, 14; affirmed 2015 ONSC 6273 (Div. Ct.).
>
> Various formulations have been used to describe the type of relationship necessary to make a person or legal entity a common employer:
>
> > *"As long as there exists a sufficient degree of relationship between the different legal entities who apparently compete for the role of employer, there is no reason in law or in equity why they ought not all to be regarded as one for the purpose of determining liability for obligations owed to those employees who, in effect, have served all without regard for any precise notion of to whom they were bound in contract. What will constitute a sufficient degree of relationship will depend, in each case, on the details of such relationship, including such factors as individual shareholdings, corporate shareholdings, and interlocking business directorships. The essence of that relationship will be the element of common control." (*Sinclair*, *supra* at paragraph 18)
> >
> > *"... although an employer is entitled to establish complex corporate structures and relationships, the law should be vigilant to ensure that permissible complexity in corporate arrangements does not

> work an injustice in the realm of employment law. At the end of the day, [the employee's] situation is a simple, common and important one – he is a man who had a job, with a salary, benefits and duties. He was fired – wrongfully. The definition of 'employer' in this simple and common scenario should be one that recognizes the complexity of modern corporate structures, but does not permit that complexity to defeat the legitimate entitlements of wrongfully dismissed employees." (*Downtown Eatery*, *supra* at paragraph 36)
>
> *"Recognizing the intricacies of modern business and the modern employment relationship, the common employer doctrine imposes joint and several liability for breaches of an employment contract on legal entities who had a meaningful role to play in the employment relationship. The doctrine recognizes that an employee may have a collective as employer." (*De Kever*, *supra* at paragraph 7) [paras. 17-18]

[37] This doctrine was applied by Morrison J. in *Nuala MacDonald-Ross v. Connect North America*, 2010 NBQB 250, 364 N.B.R. (2d) 222, at paras. 102-05.

[38] With respect to the issue that the respondents had not pleaded the doctrine in their Statements of Claim, the motion judge was correct in finding that the pleadings, when read jointly with the affidavits in support of the summary judgment motions, lead to the undeniable conclusion the respondents sued the company they understood to be a co-employer, given all the badges of TCR being the employer as noted above.

[39] At any rate, the motion judge stated in the decision he would have allowed the required amendments to the pleadings to plead the doctrine, and no prejudice would have accrued to TCR.

[40] I agree with his conclusions and would leave them undisturbed. This did not give rise to a genuine issue requiring a trial.

E. *Determining notice periods without consideration for mitigation*

[41] While there is no consensus in the jurisprudence on this issue, it is my view that, in this case, the motion judge was correct in determining the periods of notice without consideration for the mitigation factor and in leaving the latter for future assessment following discoveries and perhaps trial.

[42] Ball in *Canadian Employment Law*, at s. 22:20.28 writes:

> Some Ontario jurists have held that the issue of mitigation and reasonable notice should be determined in the trial setting and have dismissed summary judgment applications by plaintiffs. More recent decisions have granted summary judgment in wrongful dismissal actions in the same way it is available in other actions. Even where there is a triable issue on mitigation, the court may still grant summary judgment on the notice period.
>
> It is submitted that summary judgment applications are appropriate in many wrongful dismissal cases and the approach of these more recent cases are eminently sound. Given the recent Supreme Court of Canada jurisprudence on summary judgment, it is thought that wrongful dismissal cases with no cause alleged are particularly well suited for summary judgment. Summary judgment is also appropriate prior to the expiry of the notice period. [Emphasis added.]

[43] I am of the view that, in this case, even if mitigation is an issue requiring a trial, the motion judge was correct in granting summary judgment under Rule 22 of the *Rules of Court* with respect to the notice periods. See *Ellsworth v. Murray Canada Inc.*, [1997] O.J. No. 5088 (Ct. J. Gen. Div.) (QL), at para. 50; *Bullen v. Proctor & Redfern Ltd.*, [1996] O.J. No. 340 (Ct. J. Gen. Div.) (QL); and *Hussain v. Suzuki Canada Ltd.*, [2011] O.J. No. 6355 (S.C.J.) (QL). This is consistent with the spirit of the current version of Rule 22 to narrow the issues requiring a trial to the greatest extent possible.

[44] Wrongful dismissal cases like this one, particularly where no cause for dismissal exists, meet the criteria of *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R.

87, and are well suited for summary judgment. Indeed, some courts have "strongly encouraged" such motions in these types of cases. See *Arnone v. Best Theratronics Ltd.*, 2015 ONCA 63, [2015] O.J. No. 461 (QL), leave to appeal to S.C.C. refused, [2015] S.C.C.A. No. 140 (QL).

V. Disposition

[45] I would allow the appeal in part to reverse the motion judge's finding of bad faith and commensurate award of punitive damages. In all other respects, I would dismiss the appeal and affirm the motion judge's finding with respect to the application of the doctrine of common employer and his award of damages in lieu of notice for the periods he determined for each respondent.

[46] Finally, although success on appeal was divided, I would award the respondents one set of costs in the amount of $4,000 plus taxable disbursements.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE LEBLOND

I. Introduction

[1] Les intimées étaient employées soit par Total Credit Recovery Limited (TCR), par Total Credit Recovery (Atlantic) Limited (Atlantic) ou par ces deux entreprises, et ce, pendant différentes périodes. Elles ont toutes été congédiées soit le 18 ou le 21 septembre 2015, et ont reçu une indemnité de départ tenant lieu de préavis correspondant à leur salaire de deux à quatre semaines. Voici les détails :

NOM	ANNÉES DE SERVICE	INDEMNITÉ DE DÉPART
Renelle Martin	4	2 semaines
Leslie Allain	22	4 semaines
Thérèse LeBlanc	15	2 semaines
Tanya Bourque	8	4 semaines

[2] Dans des actions intentées séparément, chacune des intimées a réclamé, de TCR seulement, les mesures de redressement suivantes, qui sont en cause dans le présent appel :

a) le montant de la perte de salaire qui correspond à une période de préavis raisonnable;
b) des dommages-intérêts majorés;
c) subsidiairement aux dommages-intérêts majorés, une période de préavis prolongée en raison de la mauvaise foi dont l'employeur a fait preuve dans la façon de congédier les employées.

[3] Chaque intimée a déposé une motion en jugement sommaire entre la clôture des plaidoiries et la tenue des interrogatoires préalables. Elles ont chacune présenté des preuves par affidavit semblables. La preuve commune présentée dans

chacune des quatre demandes et qui est pertinente relativement au présent appel est résumée ci-dessous.

[4] Le juge saisi de la motion a rendu un jugement sommaire. S'agissant des questions en litige dans le présent appel, il a tiré les conclusions suivantes :

1) TCR était l'employeur des intimées selon le principe de la communauté d'emploi et elle avait été poursuivie comme il le fallait en cette qualité;

2) il était possible de déterminer la période de préavis à laquelle chacune des intimées avait droit aux fins du calcul des dommages-intérêts compensatoires en tenant lieu. Toutefois, il était impossible de fixer le montant des dommages-intérêts jusqu'à ce que soit instruite la question des efforts qu'elles ont faits pour limiter les dommages;

3) les intimées avaient le droit d'obtenir de TCR des dommages-intérêts punitifs en raison de la mauvaise foi dont elle avait fait preuve en les congédiant. Ces dommages-intérêts pouvaient en outre leur être octroyés par la prolongation de quatre mois de chacune des périodes de préavis.

II. Faits

[5] Chaque intimée a reçu une lettre de cessation d'emploi, rédigée sur le papier à en-tête de TCR, l'informant qu'Atlantic mettait fin à ses activités à Moncton. En plus des périodes de préavis mentionnées ci-dessus, lesquelles, selon ce que TCR fait valoir, étaient suffisantes pour satisfaire les exigences de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2, chacune des intimées a été informée que son Relevé d'emploi (RE) lui serait transmis ultérieurement. Elles ont aussi toutes été informées qu'une [TRADUCTION] « allocation de déménagement » de 2 000 $ serait mise à leur disposition si elles souhaitaient déménager à Toronto, en Ontario, ou à Laval, au Québec, pour y travailler aux bureaux de TCR. Chaque lettre était signée par un employé de

l'échelon administratif de Moncton pour le compte du chef de l'exploitation de TCR, dont le nom apparaît au bas de la lettre.

[6] Chaque intimée a reçu un RE rempli par TCR, et non par Atlantic, indiquant que TCR était l'employeur, avec une adresse de Toronto qui est la même que celle qui a été utilisée pour inscrire Atlantic au Nouveau-Brunswick. TCR était aussi désignée comme l'employeur sur les États de la rémunération payée (T4) annuels.

[7] Des éléments de preuve indiquaient que, pendant toute la période pertinente, toutes les décisions opérationnelles ou stratégiques importantes avaient été prises au siège social de TCR, à Toronto, puis transmises aux succursales, dont Atlantic.

[8] Le premier indice de la fermeture du bureau d'Atlantic est apparu quelques jours avant la réception des lettres de cessation d'emploi. La preuve a établi que les clients de TCR avaient été informés de la fermeture bien avant que les intimées en prennent connaissance.

[9] Malgré qu'il y avait des éléments de preuve indiquant que certaines des intimées avaient fait des efforts pour limiter les dommages en essayant de se trouver d'autres emplois, cette question n'a pas été tranchée par le juge saisi de la motion, qui a jugé que celle-ci nécessitait la tenue d'interrogatoires préalables, voire d'un procès. Il a néanmoins décidé qu'il pouvait fixer les périodes de préavis de façon sommaire, mais que le montant des dommages-intérêts ne pouvait pas être calculé avant l'instruction de la question de la limitation du préjudice.

[10] En appel, TCR nie qu'elle était l'employeur des intimées. Elle fait valoir que, les intimées étant employées par Atlantic, une société distincte, ces dernières avaient intenté une poursuite à la mauvaise entité. Notez bien qu'après la fermeture du bureau de Moncton, la personnalité morale d'Atlantic au Nouveau-Brunswick a été annulée, puis la société a été dissoute.

[11] TCR a aussi présenté des éléments de preuve pour établir que les permis d'agente de recouvrement délivrés à chacune des intimées par la Province du Nouveau-Brunswick indiquaient qu'Atlantic était l'employeur, étant donné que TCR n'était pas enregistrée pour exercer une activité commerciale au Nouveau-Brunswick. Les comptes bancaires de la succursale de Moncton d'Atlantic avaient aussi été ouverts au nom d'Atlantic. Finalement, TCR a établi que le bail souscrit pour la location des locaux abritant le bureau de Moncton avait été signé par Atlantic.

[12] Les seuls éléments de preuve présentés par TCR quant à la raison de la fermeture du bureau d'Atlantic indiquaient qu'une gestionnaire de la région avait fait preuve d'un manque d'intérêt et d'initiative pour trouver un autre emplacement d'où mener les activités d'Atlantic. Même si TCR a présenté des éléments de preuve sur la question de la limitation du préjudice ayant trait aux intimées, comme je l'ai indiqué, cette question a été écartée par le juge saisi de la motion. Pour les motifs qui suivront, il n'y a aucun besoin de statuer sur cette question dans la présente décision.

III. Moyens d'appel

[13] TCR soutient que le juge saisi de la motion a commis les erreurs suivantes :

1) il a conclu qu'elle avait agi de mauvaise foi;

2) il a prolongé de quatre mois les périodes de préavis afin de permettre l'octroi de dommages-intérêts au titre de la mauvaise foi;

3) il a accordé des dommages-intérêts punitifs alors que ceux-ci n'avaient pas été sollicités dans les exposés de la demande;

4) il a appliqué le principe de la communauté d'emploi pour conclure que TCR était l'employeur alors que ce principe n'avait pas été invoqué dans les exposés de la demande;

5) il a fixé chaque période de préavis sans examiner la question de la limitation du préjudice.

IV. Normes de contrôle

[14] Le premier moyen d'appel se rapporte à l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Les conclusions tirées quant à l'existence de la mauvaise foi et à la question de savoir s'il était par conséquent justifié d'accorder des dommages-intérêts punitifs sont susceptibles de révision suivant la norme de la rationalité. Notre Cour s'est penchée sur cette norme dans l'arrêt *512842 N.B. Inc., Roger Landry, Cape Bald Packers, Limited, Patrice Landry et Denis Carrier c. Delphinium Ltée et Louis Schofield*, 2008 NBCA 56, 333 R.N.-B. (2e) 291, citant *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595. Le juge d'appel Deschênes, qui rendait jugement au nom de la Cour, a déclaré ce qui suit en ce qui concerne l'application de cette norme de contrôle aux dommages-intérêts punitifs et aux conclusions d'un juge de première instance selon lesquelles il y avait eu mauvaise foi :

> Un certain nombre de points doivent être soulignés relativement à la norme de contrôle en appel d'un octroi de dommages-intérêts punitifs et au cadre analytique qu'il faut utiliser pour déterminer si une condamnation à des dommages-intérêts punitifs est bel et bien fondée. Sur ces questions, les déclarations de la Cour suprême aux par. 84 et 85 de l'arrêt *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, [2002] A.C.S. nº 20 (QL), 2002 CSC 19 (rendu en même temps que *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595, [2002] A.C.S. nº 19 (QL), 2002 CSC 18, par. 84-85) sont pertinentes :
>
> > Dans l'arrêt *Hill*, précité, par. 197, le juge Cory a décrit ainsi la norme de contrôle applicable pour l'appréciation de la « rationalité » :
> >
> > > Contrairement aux dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs ne sont pas généralisés. En conséquence, les tribunaux disposent

> d'une latitude et d'une discrétion beaucoup plus grandes en appel. Le contrôle en appel devrait consister à déterminer si les dommages-intérêts punitifs servent un objectif rationnel. En d'autres termes, la mauvaise conduite du défendeur était-elle si outrageante qu'il était rationnellement nécessaire d'accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion?

> L'arrêt *Whiten* confirme que « [l]e critère de la "rationalité" s'applique tant pour statuer sur l'opportunité des dommages-intérêts punitifs que sur leur quantum » (par. 101).

L'examen d'un octroi de dommages-intérêts punitifs nécessite l'application du critère de la rationalité énoncé dans l'arrêt *Whiten*. Il s'agit de déterminer si de tels dommages-intérêts sont rationnels en ce sens qu'ils sont nécessaires pour atteindre leurs objectifs, à savoir dissuader, dénoncer et punir. De plus, comme l'a souligné la juge d'appel Charron (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Ferme Gérald Laplante & Fils Ltée c. Grenville Patron Mutual Fire Insurance Co.* (2002), 61 O.R. (3d) 481 (C.A.), [2002] O.J. No. 3588 (QL), au par. 110, les dommages-intérêts punitifs ne seront rationnels que s'ils sont proportionnels. On détermine la proportionnalité en examinant au moins les facteurs suivants : (1) la gravité de la conduite du défendeur; (2) le degré de vulnérabilité du demandeur; (3) le préjudice causé au demandeur; (4) le besoin de dissuasion; (5) les autres amendes ou sanctions susceptibles d'être infligées au défendeur et (6) les avantages indûment tirés par le défendeur.

Ensuite, afin de déterminer si les dommages-intérêts punitifs sont adéquats, il faut répondre à la question suivante : la conduite des appelants était-elle si outrageante qu'il était rationnellement nécessaire d'accorder des dommages-intérêts punitifs dans un but de dissuasion, de dénonciation et de châtiment?

[…] À ce [stade], il importe de souligner que même si aucune règle absolue n'interdit l'octroi de dommages-intérêts punitifs en cas de rupture de contrat, habituellement, de tels dommages-intérêts ne sont pas adjugés en raison de [TRADUCTION] « la présomption qui sous-tend une bonne partie du droit contractuel, selon

laquelle une rupture de contrat, combinée avec une offre de payer une juste indemnité, ne porte pas préjudice au demandeur, n'est pas contraire à la morale et peut être souhaitable pour des motifs d'efficacité » (voir S.M. Waddams, *The Law of Damages* (Aurora, Ont. : Canada Law Book, feuilles mobiles) aux pages 11-14, section 11.250 (oct. 2007)).

Le type de conduite qui peut justifier l'octroi de dommages-intérêts punitifs a été décrit en ces termes par le juge McIntyre dans l'arrêt *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, [1989] A.C.S. nº 46 (QL), au par. 27 :

> […] il n'est possible d'accorder des dommages-intérêts punitifs qu'à l'égard d'un comportement qui justifie une peine parce qu'il est essentiellement dur, vengeur, répréhensible et malicieux. Je ne prétends pas avoir énuméré tous les qualificatifs aptes à décrire un comportement susceptible de justifier l'attribution de dommages-intérêts punitifs, mais de toute façon, pour que de tels dommages-intérêts soient accordés, il faut que le comportement soit de nature extrême et mérite, selon toute norme raisonnable, d'être condamné et puni. […]

Voir aussi *Honda Canada Inc. c. Keays*, [2008] A.C.S. nº 40 (QL), 2008 CSC 39, par. 68.

Dans l'affaire *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, [1992] A.C.S. nº 60 (QL), la Cour a affirmé qu'il suffisait que la conduite soit « répréhensible et contraire aux normes sociales habituelles en matière de décence » (par. 58). Toutefois, dans cette affaire, un médecin en position de force avait échangé des médicaments contre des services sexuels avec une patiente vulnérable. Bien que la conduite ne soit pas dure, vengeresse ou malicieuse, la Cour a néanmoins statué qu'elle était répréhensible et contraire aux normes sociales habituelles en matière de décence.

Avec la plus grande déférence pour les opinions exprimées par la juge du procès, je ne considère pas que la conduite des appelants en l'espèce soit de nature à justifier l'octroi de dommages-intérêts punitifs. […] Par suite de leurs actes fautifs, les appelants ont été condamnés conjointement et solidairement à verser de substantiels dommages-intérêts pécuniaires au titre de la rupture de contrat. En fin de

> compte, compte tenu de la preuve produite au procès, les appelants ont payé très cher leur décision de ne pas honorer leurs obligations contractuelles, et la décision d'affaires délibérée d'inciter à la violation de la convention.
>
> À mes yeux, compte tenu de la nature des agissements en cause et des dommages-intérêts que les appelants ont été condamnés conjointement et solidairement à verser en raison de ces agissements, l'octroi de dommages-intérêts punitifs ne sert pas un objectif rationnel dans la présente instance. De ce fait, il est donc superflu d'aller plus loin et d'appliquer le critère de la rationalité au montant de dommages-intérêts punitifs qui a été adjugé. […]
>
> [par. 48 à 55]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[15] Les deuxième, troisième et cinquième moyens d'appel soulèvent des questions de droit pouvant faire l'objet d'une révision selon la norme de la décision correcte.

[16] Le quatrième moyen d'appel soulève une question mixte de fait et de droit susceptible de révision selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[17] Finalement, je soulignerais aussi que, dans le contexte d'une motion en jugement sommaire, les normes de contrôle qui s'appliquent sont les mêmes que dans tous les autres appels. Voir *Robson c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3339*, 2019 NBCA 55, [2019] A.N.-B. nº 189 (QL), aux par. 11 à 13.

IV. Analyse

A. *L'appelante a-t-elle agi de mauvaise foi?*

[18] Les paragraphes 24 et 47 de la décision du juge saisi de la motion renferment ses conclusions déterminantes sur la question de la mauvaise foi :

> [TRADUCTION]
> De manière générale, je ne pense pas que les demanderesses ont été traitées de façon équitable par leur

> ancien employeur. La durée du service des demanderesses varie entre 4 ans et demi et 22 ans et il était cruel de leur donner un préavis de deux semaines. L'excuse fournie pour justifier la fermeture de l'entreprise était faible, c'est-à-dire que la gestionnaire n'avait pas déployé suffisamment d'efforts pour trouver un nouvel emplacement. Enfin, le défaut de donner un préavis avant de remettre les lettres de congédiement était scandaleux, compte tenu du préavis que la société avait donné à ses clients.
>
> […]
>
> [J]e conclus que la conduite de Total Credit Recovery Limited était abominable. Cette société savait ce qu'elle avait en tête, elle a informé ses clients de la fermeture, mais non les employées de longue date avant le jour même de la fermeture et elle a donné à ses employées l'équivalent de deux semaines de salaire, puis elle a liquidé Total Credit Recovery (Atlantic) Limited de sorte qu'elle n'ait pas à payer une indemnité tenant lieu d'un préavis raisonnable, ou du moins c'est ce qu'elle pensait faire. À mon sens, pareille conduite est dure, vengeresse, répréhensible et malveillante. Je pense qu'aucun employé ne devrait être traité de la sorte par son employeur et encore moins lorsqu'il s'agit de quatre employées comme les demanderesses, qui avaient travaillé pour lui de nombreuses années.

[19] Je remarque, en passant, que deux des employées ont en fait reçu une indemnité tenant lieu de préavis correspondant au salaire de quatre semaines, mais que ce fait n'a aucune incidence sur les conclusions du juge saisi de la motion.

[20] Comme il est mentionné ci-dessus, dans l'arrêt *Delphinium*, notre Cour a examiné les dommages-intérêts octroyés pour mauvaise foi par la juge de première instance dans des circonstances qui étaient, à mon avis, beaucoup plus inacceptables que celles qui sont devant nous en l'espèce. La juge de première instance dans l'affaire *Delphinium* s'était appuyée sur les principes énoncés au par. 94 de l'arrêt *Whiten*. Elle a conclu que, même si les dommages-intérêts compensatoires qu'elle avait déjà accordés remplissaient les objectifs de la dissuasion et de la dénonciation prévus dans l'arrêt *Whiten*, elle estimait néanmoins que ces objectifs seraient mieux atteints par l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Elle était d'avis que les dommages-

intérêts compensatoires accordés n'assuraient pas un châtiment, une dissuasion ou une sanction qui suffisaient pour constituer une solution à l'inconduite. Toutefois, pour les motifs énoncés ci-dessus, ses conclusions n'ont pas satisfait à la norme de la rationalité.

[21] Notre Cour s'est déjà penchée sur cette question dans *Walsh c. Nicholls et CGU, Compagnie d'Assurance du Canada*, 2004 NBCA 59, 273 R.N.-B. (2e) 203, arrêt où le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) a conclu, au par. 84 :

> Les dommages-intérêts punitifs sont réservés aux cas où une conduite répréhensible choque tellement le sens de dignité de la Cour qu'aucune adjudication de dommages-intérêts compensatoires ne peut assurer un châtiment, une dissuasion ou une sanction convenables. […] Cela étant dit, le fait que la mauvaise foi a été prouvée ne signifie pas nécessairement que des dommages-intérêts punitifs seront accordés : *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678 au paragraphe 87.
>
> [C'est moi qui souligne.]

[22] Dans l'arrêt *Vorvis c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 1085, [1989] A.C.S. nº 46 (QL), le juge McIntyre a conclu ce qui suit :

> […] de toute façon, pour que de tels dommages-intérêts soient accordés, il faut que le comportement soit de nature extrême et mérite, selon toute norme raisonnable, d'être condamné et puni. […] [p. 1108]
>
> [C'est moi qui souligne.]

[23] Dans l'arrêt *Vorvis*, même si la façon dont l'employeur a traité l'employé était dure et répréhensible, elle n'atteignait pas le seuil établi par le juge McIntyre.

[24] Dans une décision encore plus ancienne de notre Cour, à savoir *Brennan c. Henley Publishing Ltd.* (1998), 188 R.N.-B. (2e) 338, [1997] A.N.-B. nº 202 (QL), celle-ci, lorsqu'elle s'est penchée sur l'octroi de dommages-intérêts punitifs par la juge de première instance, a conclu que, en déterminant si le comportement reproché était de nature suffisamment extrême, ce ne pouvait pas être simplement un comportement que le tribunal désapprouve, [TRADUCTION] « quels que puissent être les sentiments du juge » (par. 28).

[25] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir l'appel de TCR pour ce qui est de la conclusion de mauvaise foi et des dommages-intérêts punitifs accordés en conséquence. À mon sens, la mauvaise conduite de TCR n'était pas outrageante au point de justifier d'accorder des dommages-intérêts punitifs au motif qu'ils sont rationnellement requis dans un but de dissuasion.

[26] Il semble que ce qui a suscité, en l'espèce, la colère du juge saisi de la motion n'était pas le fait qu'il y ait eu congédiement sans cause, ce qui peut être indemnisé par l'attribution de dommages-intérêts. Ce sont plutôt les trois éléments suivants de l'affaire qui semblent l'avoir poussé à accorder des dommages-intérêts punitifs :

1) le fait qu'on a versé une indemnité de préavis de deux à quatre semaines de salaire seulement, ce qu'il a qualifié de [TRADUCTION] « cruel »;
2) le fait que TCR a avisé ses clients de la fermeture du bureau de Moncton, mais pas ses employées de longue date;
3) le fait qu'on a liquidé Atlantic pour tenter d'éviter de payer des dommages-intérêts tenant lieu d'un préavis raisonnable.

[27] Je soulignerais que, en ce qui concerne le premier de ces éléments, le juge saisi de la motion a complètement indemnisé les intimées en leur accordant des dommages-intérêts tenant lieu d'un préavis raisonnable. Comme nous le verrons ci-dessous, il a agi à bon droit à cet égard.

[28] S'agissant du deuxième élément, les propriétaires d'entreprises ont le droit de traiter avec leurs clients comme il leur semble approprié et ils n'ont aucune obligation, fiduciale ou autre, envers leurs employés à cet égard.

[29] Finalement, le troisième élément ne serait fondé que s'il avait été conclu qu'Atlantic était effectivement l'employeur en l'espèce. Dans la mesure où le juge saisi de la motion a à bon droit conclu que l'employeur était TCR et ordonné à TCR de verser

des dommages-intérêts compensatoires tenant lieu d'un préavis raisonnable, il n'y a aucun fondement justifiant l'octroi de dommages-intérêts punitifs à la lumière des principes énoncés ci-dessus.

[30] J'appliquerais l'analyse préconisée dans l'arrêt *Delphinium* à l'affaire qui nous occupe et j'infirmerais la décision du juge saisi de la motion d'accorder des dommages-intérêts punitifs.

[31] Avant de conclure cette partie de la décision, je remarque que le juge saisi de la motion semble avoir confondu dommages-intérêts punitifs et dommages-intérêts majorés. Ces derniers sont de nature compensatoire et, même s'ils ont été sollicités par les intimées, ils ne leur ont pas été accordés. Toutefois, il a qualifié les [TRADUCTION] « dommages-intérêts de type *Wallace* » (de *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, [1997] A.C.S. nº 94 (QL)) de punitifs, et les deux avocats devant nous ont convenu que cela portait à confusion. Les [TRADUCTION] « dommages-intérêt de type *Wallace* » s'inscrivent dans la catégorie des dommages-intérêts compensatoires. Les observations du juge au par. 47 de sa décision se rapportent à un octroi de dommages-intérêts punitifs et, en effet, au par. 48, il a expressément accordé des [TRADUCTION] « dommages-intérêts punitifs » en ordonnant quatre mois supplémentaires de préavis pour chaque intimée. Je signale au passage qu'il ne s'agit pas d'une manière appropriée de quantifier des dommages-intérêts punitifs ou majorés. Voir *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362, aux par. 59 et 69, et les remarques incidentes de notre Cour au par. 19 de *Covered Bridge Golf and Country Club c. Schurman*, 2009 NBCA 1, 340 R.N.-B. (2e) 168.

B. *La prolongation des périodes de préavis comme dommages-intérêts au titre de la mauvaise foi*

[32] Nous avons déjà abordé ce moyen d'appel et il est inutile de s'y attarder davantage.

C. *L'octroi de dommages-intérêts punitifs alors que ceux-ci n'avaient pas été sollicités*

[33] Bien qu'on soit en droit de se demander si les intimées ont sollicité des dommages-intérêts punitifs comme il se doit, il est inutile de trancher cette question en l'espèce étant donné l'infirmation de l'octroi de dommages-intérêts punitifs.

D. *L'application du principe de la communauté d'emploi pour conclure que TCR était tenu de verser des dommages-intérêts alors que ce principe n'avait pas été invoqué*

[34] Les faits tendant à établir que TCR était l'employeur pendant toute la période pertinente sont exposés ci-dessus et ne seront pas répétés ici. L'avocat de TCR n'a pas soutenu ce moyen d'appel avec vigueur. Même si le juge saisi de la motion a conclu à bon droit que TCR, et non Atlantic, était l'employeur, cela n'a rien changé en fin de compte puisque le juge a aussi appliqué à bon droit le principe de la communauté d'emploi. TCR soutenait principalement que les intimées n'ont pas invoqué ce principe.

[35] Alors qu'il traitait du principe comme tel, le juge saisi de la motion a cité Stacey Ball, un éminent spécialiste canadien dans le domaine du droit du travail. Dans son ouvrage *Canadian Employment Law*, vol. 1 (Markham : Canada Law Book, 2016) (édition à feuilles mobiles mise à jour en 2019, 82e publication), M. Ball définit le principe dans les termes suivants :

> [TRADUCTION]
> Les tribunaux reconnaissent maintenant que, afin de déterminer les obligations contractuelles et fiduciales des employeurs et des employés, une personne peut avoir plus d'un employeur. Les tribunaux estiment maintenant que la relation d'emploi ne se limite pas à une question de forme et de structure nominale des sociétés. En conséquence, selon l'état actuel du droit, une personne peut être l'employée de plusieurs sociétés en même temps.
> [p. 4-1 et 4-2]

[36] Dans *Currie c. Gledhill et al.*, 2018 ONSC 775, [2018] O.J. No. 851 (QL), la juge Copeland a formulé le principe comme suit :

> [TRADUCTION]
> S'agissant des demandes faites en common law pour congédiement injustifié, le principe de la communauté d'emploi a évolué et on reconnaît maintenant que, dans certaines situations où des entités juridiques différentes entrent en jeu dans l'emploi d'une personne, il se peut que plusieurs de ces entités juridiques soient considérées comme l'employeur d'une personne : *Downtown Eatery (1993) Ltd. c. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161 (C.A.); *Sinclair c. Dover Engineering Services Ltd.*, 1987 CanLII 2692 (BC SC); et *De Kever c. Nemato Corp.*, 2014 ONSC 6576, aux paragraphes 6, 7, 14, confirmé à 2015 ONSC 6273 (C. div.).
>
> Diverses descriptions ont été données du type de relation qui est nécessaire pour qu'une personne ou une entité juridique soit considérée comme un employeur commun :
>
>> [TRADUCTION]
>> * « Tant qu'il existe une relation suffisamment étroite entre les diverses entités juridiques qui semblent se disputer le rôle d'employeur, il n'y a aucune raison, en droit ou en equity, pour qu'elles ne doivent pas être considérées comme une seule entité en vue de déterminer la responsabilité civile des obligations envers les employés qui, en réalité, ont travaillé pour toutes les entités sans se soucier de savoir précisément envers laquelle ils étaient liés par contrat. Ce qui constitue une relation suffisamment étroite dépend, dans chaque cas, des détails de ces relations, y compris des facteurs tels que la possession d'actions par les personnes et les corporations ainsi que l'interpénétration des conseils d'administration. L'essence de cette relation est la notion de contrôle commun. » (*Sinclair*, précité, au paragraphe 18)
>>
>> * [TRADUCTION] « […] même s'il est permis à un employeur d'établir une structure organisationnelle et des relations complexes, le droit doit veiller à ce que ces arrangements complexes qui sont permis ne créent pas une injustice dans le domaine du droit de l'emploi. Au bout du compte, la situation [de l'employé] est

> simple, courante et importante – il s'agit d'un homme qui avait un emploi, un salaire, des avantages sociaux et des responsabilités. Il a été congédié – sans motif valable. La définition du terme "employeur" dans cette situation simple et courante devrait reconnaître la complexité des structures organisationnelles modernes, sans toutefois permettre que ces structures complexes aient pour effet d'annuler les droits légitimes des employés qui sont congédiés sans motif valable. » (*Downtown Eatery*, précité, au paragraphe 36)
>
> * [TRADUCTION] « Le principe de la communauté d'emploi reconnaît les subtilités de l'organisation commerciale moderne et des relations d'emploi modernes en imposant aux entités juridiques qui ont joué un rôle important dans la relation d'emploi une responsabilité conjointe et individuelle pour les ruptures de contrats d'emploi. Le principe reconnaît qu'un employé peut avoir un groupe d'entités comme employeur. » (*de Kever*, précité, au paragraphe 7) [par. 17 et 18]

[37] Le juge Morrison a appliqué ce principe dans *Nuala MacDonald-Ross c. Connect North America*, 2010 NBBR 250, 364 R.N.-B. (2e) 222, aux par. 102 à 105.

[38] S'agissant du moyen d'appel voulant que les intimées n'aient pas invoqué le principe dans leurs exposés de la demande, le juge saisi de la motion a conclu à bon droit qu'une lecture conjointe des plaidoiries et des affidavits à l'appui des motions en jugement sommaire menait à la conclusion indéniable que les intimées avaient poursuivi la société qu'elles croyaient être un coemployeur, étant donné tous les signes susmentionnés indiquant que TCR était l'employeur.

[39] Quoi qu'il en soit, le juge saisi de la motion a déclaré dans sa décision qu'il aurait permis que l'on apporte les modifications nécessaires aux plaidoiries afin que le principe y soit invoqué sans que TCR n'en subisse un préjudice.

[40] Je souscris à ses conclusions et je les laisserais intactes. Elles ne soulèvent pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès.

E. *La détermination des périodes de préavis sans tenir compte de la limitation du préjudice*

[41] Même s'il n'existe aucun consensus sur cette question dans la jurisprudence, je suis d'avis que, dans le cas d'espèce, le juge saisi de la motion a eu raison de fixer la durée des périodes de préavis sans tenir compte du facteur que constitue la limitation du préjudice et de reporter l'appréciation de ce facteur jusqu'à ce que des interrogatoires préalables, voire un procès, aient eu lieu.

[42] Dans son ouvrage *Canadian Employment Law*, à la section 22:20.28, M. Ball écrit :

> [TRADUCTION]
> Certains juristes de l'Ontario soutiennent que la question de la limitation du préjudice et du préavis raisonnable devrait être tranchée dans le contexte d'un procès et rejettent les requêtes en jugement sommaire présentées par des demandeurs. Dans des décisions plus récentes, des jugements sommaires ont été accordés dans des affaires de congédiement injustifié de la même manière qu'ils le sont dans d'autres types d'actions. Même lorsqu'il existe une question justiciable en matière de limitation du préjudice, le tribunal peut tout de même rendre un jugement sommaire sur la période de préavis.
>
> On soutient que les requêtes en jugement sommaire conviennent dans un grand nombre d'affaires de congédiement injustifié et la méthode suivie dans ces causes plus récentes est tout à fait valable. Étant donné la jurisprudence récente émanant de la Cour suprême du Canada en matière de jugement sommaire, on estime que les affaires de congédiement injustifié où aucun motif n'a été allégué se prêtent particulièrement bien au jugement sommaire. Il convient en outre d'accorder un jugement sommaire préalablement à l'expiration de la période de préavis. [C'est moi qui souligne.]

[43] Je suis d'avis que, dans le cas d'espèce, même si la limitation du préjudice est une question nécessitant la tenue d'un procès, le juge saisi de la motion a eu raison de

rendre un jugement sommaire sous le régime de la règle 22 des *Règles de procédure* en ce qui concerne les périodes de préavis. Voir *Ellsworth c. Murray Canada Inc.*, [1997] O.J. No. 5088 (C.J. (Div. gén.)) (QL), au par. 50; *Bullen c. Proctor & Redfern Ltd.*, [1996] O.J. No. 340 (C.J. (Div. gén.)) (QL); et *Hussain c. Suzuki Canada Ltd.*, [2011] O.J. No. 6355 (C. sup. Ont.) (QL). Cela concorde avec l'esprit de la version actuelle de la règle 22, qui vise à limiter autant que possible le nombre de questions qui nécessitent la tenue d'un procès.

[44] Les affaires de congédiement injustifié comme celle qui nous occupe, surtout celles où le congédiement est non motivé, remplissent les critères prévus dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, et se prêtent bien au jugement sommaire. En effet, certains tribunaux ont [TRADUCTION] « fortement encouragé » le dépôt de telles motions dans des affaires de ce genre. Voir *Arnone c. Best Theratronics Ltd.*, 2015 ONCA 63, [2015] O.J. No. 461 (QL), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [2015] C.S.C.R. nº 140 (QL).

V. Dispositif

[45] Je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie pour infirmer la conclusion de mauvaise foi du juge saisi de la motion et les dommages-intérêts punitifs qu'il a accordés en conséquence. À tous les autres égards, je rejetterais l'appel et confirmerais la conclusion du juge saisi de la motion en ce qui concerne l'application du principe de la communauté d'emploi et les dommages-intérêts tenant lieu de préavis qu'il a accordés pour les périodes qu'il a fixées pour chaque intimée.

[46] Finalement, même si les intimées n'ont eu que partiellement gain de cause en appel, je leur accorderais une masse de dépens de 4 000 $, plus les débours taxables.