

**IBM Canada Limited** *Appellant*

v.

**Richard Waterman** *Respondent*

**INDEXED AS: IBM CANADA LIMITED v. WATERMAN**

**2013 SCC 70**

File No.: 34472.

2012: December 14; 2013: December 13.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Employment law — Wrongful dismissal — Damages — Compensating advantage — Dismissed employee drawing pension benefits upon dismissal — Trial judge establishing appropriate notice period at 20 months without deduction for pension benefits — Whether pension benefits constitute compensating advantage — Whether pension benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal.*

IBM dismissed W without cause on two months' notice. W was 65 years old, had 42 years of service, and had a vested interest in IBM's defined benefit pension plan. Under the plan, IBM contributed a percentage of W's salary to the plan on his behalf. Upon termination, W was entitled to a full pension, and his termination had no impact on the amount of his pension benefits.

W sued to enforce his contractual right to reasonable notice. The trial judge set the appropriate period of notice at 20 month and declined to deduct the pension benefits paid to W during the notice period in calculating his damages. The Court of Appeal dismissed the appeal.

*Held* (McLachlin C.J. and Rothstein J. dissenting): The appeal should be dismissed.

**IBM Canada Limitée** *Appelante*

c.

**Richard Waterman** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : IBM CANADA LIMITÉE c. WATERMAN**

**2013 CSC 70**

N° du greffe : 34472.

2012 : 14 décembre; 2013 : 13 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit de l'emploi — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Avantage compensatoire — Employé congédié touchant des prestations de retraite à compter de son congédiement — Juge de première instance estimant approprié un préavis de 20 mois sans déduction des prestations de retraite reçues — Les prestations de retraite constituent-elles un avantage compensatoire? — Les prestations de retraite devraient-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié?*

IBM a congédié W sans motif valable en lui donnant un préavis de deux mois. W était alors âgé de 65 ans, comptait 42 années de service et avait un intérêt acquis dans le régime de retraite à prestations déterminées d'IBM. Aux termes du régime, IBM versait au nom de W un pourcentage de son salaire à la caisse de retraite. Au moment de son congédiement, W était admissible à une pension maximale et son congédiement n'avait aucune incidence sur le montant de ses prestations de retraite.

W a intenté une action en justice en vue de faire reconnaître son droit contractuel à un préavis raisonnable. Le juge de première instance a conclu qu'un préavis de 20 mois aurait dû être donné et a refusé, dans son calcul des dommages-intérêts, de déduire les prestations de retraite versées à W au cours de la période de préavis. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et le juge Rothstein sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

*Per* LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: The rule that damages are measured by the plaintiff's actual loss does not cover all cases. The law has long recognized that applying the general rule of damages — the compensation principle — strictly and inflexibly sometimes leads to unsatisfactory results. Employee pension payments, including payments from a defined benefit plan, should generally not reduce the damages otherwise payable for wrongful dismissal. Pension benefits are a form of deferred compensation for the employee's service and constitute a type of retirement savings. They are not intended to be an indemnity for wage loss due to unemployment.

A compensating advantage arises if a source other than the damages payable by the defendant ameliorates the loss suffered by the plaintiff as a result of the defendant's breach of a legal duty. However, not all benefits received by a plaintiff raise a compensating advantages problem. A problem only arises with a compensating advantage when the advantage is one that (a) would not have accrued to the plaintiff but for the breach, or (b) was intended to indemnify the plaintiff for the sort of loss resulting from the breach.

The question is whether the compensation principle should be strictly applied and the compensating advantage should be deducted. Considerations other than the extent of the plaintiff's actual loss shape the way the compensation principle is applied. The deductibility of compensating advantages also depends on justice, reasonableness and public policy.

Benefits received by a plaintiff through private insurance are generally not deductible from damages awards. While there is no single marker to sort which benefits fall within the private insurance exception, the more closely the benefit is, in nature and purpose, an indemnity against the type of loss caused by the defendant's breach, the stronger the case for deduction. Whether the plaintiff has contributed to the benefit also remains a relevant consideration, although the basis for this is debatable. In general, a benefit will not be deducted if it is not an indemnity for the loss caused by the breach and the plaintiff has contributed in order to obtain entitlement to it. Finally, there is room in the analysis of the deduction issue for broader policy

*Les juges* LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : La règle selon laquelle les dommages-intérêts sont calculés en fonction de la perte réelle du demandeur ne s'applique pas dans toutes les situations. Il est depuis longtemps reconnu en droit que l'application stricte et rigide de la règle générale des dommages-intérêts — le principe de l'indemnisation — donne parfois lieu à des résultats insatisfaisants. Les prestations de retraite versées aux employés, y compris les sommes versées au titre d'un régime à prestations déterminées, ne devraient généralement pas réduire le montant des dommages-intérêts autrement payables pour congédiement injustifié. Les prestations de retraite sont une forme de rémunération différée pour les services rendus par l'employé et constituent un type d'épargne-retraite. Elles ne sont pas censées représenter une indemnité pour la perte de salaire découlant d'une perte d'emploi.

Il y a avantage compensatoire si un revenu d'une source autre que les dommages-intérêts payables par le défendeur atténue la perte causée au demandeur par le manquement du défendeur à une obligation légale. Les prestations qu'un demandeur peut toucher ne soulèvent toutefois pas toutes un problème d'avantages compensatoires. Un tel problème ne se pose que lorsque l'avantage est a) une prestation que le demandeur n'aurait pas reçue, n'eût été le manquement, ou b) une prestation qui visait à indemniser le demandeur pour la perte découlant du manquement.

Il faut se demander s'il convient d'appliquer de manière stricte le principe d'indemnisation et de déduire l'avantage compensatoire. L'application du principe d'indemnisation repose sur des facteurs autres que l'importance de la perte réelle du demandeur. La déductibilité des avantages compensatoires dépend aussi de la justice, de la raisonabilité et de l'intérêt public.

Les prestations que reçoit un demandeur en application d'un régime d'assurance privée ne sont habituellement pas déductibles des dommages-intérêts. Bien qu'aucun facteur unique ne permette de déterminer les prestations qui sont visées par l'exception relative à l'assurance privée, plus la prestation s'apparente, de par sa nature et son objet, à un dédommagement du type de perte causée par le manquement du défendeur, plus les circonstances militent en faveur de la déduction. La question de savoir si le demandeur a contribué à la prestation demeure aussi pertinente, bien que son fondement soit discutable. En général, une prestation ne sera pas déduite s'il ne s'agit pas d'une indemnité pour la perte causée par le manquement du défendeur et que le

considerations such as the desirability of equal treatment of those in similar situations, the possibility of providing incentives for socially desirable conduct, and the need for clear rules that are easy to apply. While this exception is called the private insurance exception, it has been applied by analogy to a variety of payments that do not originate in a contract of insurance.

Although the courts have not relied on any broad “single contract” rule, where a cause of action and a benefit arise under the contract of employment, the terms of a contract and the dealings between the parties will inform the analysis.

A compensating advantage issue arises in this case: W received his full pension benefits and the salary he would have earned had he worked during the period of reasonable notice; had IBM given him working notice, he would have received only his salary during that period. However, the private insurance exception applies to benefits such as pension payments to which an employee has contributed and which were not intended to be an indemnity for the type of loss suffered as a result of the defendant’s breach. As such, the compensation principle should not be applied strictly in this case.

In this case, the factors clearly support not deducting the retirement pension benefits from wrongful dismissal damages. W’s contract of employment is silent on this issue, but it does not have any general bar against receiving full pension entitlement and employment income. W’s retirement pension is not an indemnity for wage loss, but rather a form of retirement savings. While IBM made all of the contributions to fund the plan, W earned his entitlement to benefits through his years of service, as the plan’s primary purpose is to provide periodic pension payments to eligible employees after retirement in respect of their service as employees. Thus, this case falls into the category of cases in which the insurance exception has always been applied — the benefit is not an indemnity and W contributed to the benefit.

Although *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315, is distinguishable on the facts, the factors it sets out support the conclusion that W’s benefits should

demandeur a contribué dans le but d’y avoir droit. Enfin, l’analyse de la question de la déduction permet l’examen de considérations de principe plus générales, comme le fait qu’il soit souhaitable que toutes les personnes dans des situations semblables reçoivent un traitement équivalent, la possibilité d’offrir des incitations pour une conduite sociale souhaitable et la nécessité que des règles claires puissent facilement s’appliquer. Cette exception dite relative à l’assurance privée a été appliquée par analogie à diverses prestations qui ne découlent pas d’un contrat d’assurance.

Bien que les tribunaux n’aient invoqué aucune règle générale du « contrat unique », les modalités du contrat et les rapports entre les parties guideront l’analyse lorsqu’une cause d’action et une prestation découlent du contrat de travail.

Une question d’avantage compensatoire se pose en l’espèce : W a touché le plein montant des prestations de retraite et le salaire qu’il aurait gagné s’il avait travaillé pendant la période de préavis raisonnable; si IBM lui avait donné un préavis, il n’aurait touché que son salaire pendant cette période. Cependant, l’exception relative à l’assurance privée s’applique à des prestations comme les prestations de retraite auxquelles un employé a contribué et qui n’étaient pas censées constituer une indemnité pour le type de perte subie en raison de la rupture du contrat de travail par le défendeur. Le principe d’indemnisation ne devrait donc pas être appliqué strictement en l’espèce.

Les facteurs de la présente affaire militent clairement en faveur de la non-déduction des prestations de retraite des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Le contrat de travail de W ne précise rien sur ce point, mais n’interdit pas qu’une personne touche la pension maximale et le revenu d’emploi. Les prestations de retraite de W ne constituent pas une indemnité pour perte de revenus mais plutôt une forme d’épargne-retraite. Bien qu’IBM ait fait toutes les cotisations au régime, W a acquis pendant ses années de service le droit de recevoir des prestations, parce que le régime vise principalement à assurer le versement périodique des prestations aux employés admissibles après la retraite pour les services qu’ils ont rendus à titre d’employés. Par conséquent, la présente espèce entre dans la catégorie des situations auxquelles l’exception relative à l’assurance s’est toujours appliquée : la prestation n’est pas une indemnité et W a cotisé au régime.

Même s’il faut distinguer la présente affaire de l’arrêt *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315, les facteurs qu’il énonce appuient la conclusion selon

not be deducted from his wrongful dismissal damages. The pension benefits were clearly not an indemnity benefit for loss of salary due to inability to work, and W's interest in the pension bears many of the hallmarks of a property right. Looking at the contract as a whole, it is not a fair implication that the parties agreed that pension entitlements should be deducted from wrongful dismissal damages.

Finally, the broader policy concerns in this case support not deducting the pension benefits. The law should not provide an economic incentive to dismiss pensionable employees rather than other employees. The other policy concerns raised by Justice Rothstein or present in *Sylvester* either do not arise here or are highly speculative.

*Per McLachlin C.J. and Rothstein J. (dissenting):* This case requires an assessment of W's loss under the terms of a single contract which gave rise to both a right to reasonable notice and a right to pension benefits. The private insurance exception has no application to such a case. Where a court is called upon to assess loss under a single contract, the plaintiff's entitlement turns on the ordinary governing principle that he should be put in the position he would have been in had the contract been performed. In this case, that means that the pension benefits W received must be deducted in calculating his damages for wrongful dismissal; not deducting would give W more than he bargained for and would charge IBM more than it agreed to pay.

The governing principle for damages upon breach of contract is that the non-breaching party should be provided with the financial equivalent of performance. Employer-provided benefits are integral components of the employment contract, so deductibility turns on the terms of the employment contract and the intention of the parties. Under the terms of W's employment contract, he would have been eligible to receive pension benefits only upon being terminated or retiring. Therefore, as in *Sylvester*, W's contractual right to wrongful dismissal damages and his contractual right to his pension are based on opposite assumptions about his availability to

laquelle les prestations de W ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Les prestations de retraite n'étaient manifestement pas des prestations indemnitaires pour perte de salaire en raison d'une incapacité à travailler, et l'intérêt de W dans les prestations de retraite revêt plusieurs des caractéristiques d'un droit de propriété. Lorsqu'on examine le contrat dans son ensemble, il n'est pas juste d'en inférer que les parties ont convenu que les droits à la pension devraient être déduits des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

Enfin, les préoccupations de principe plus générales en l'espèce appuient la non-déduction des prestations de retraite. La loi ne devrait pas avoir pour effet d'inciter les employeurs à congédier, pour des raisons économiques, les employés admissibles à la pension plutôt que les autres. Les autres considérations de principe soulevées par le juge Rothstein ou présentes dans *Sylvester* n'entrent pas en ligne de compte en l'espèce ou sont éminemment conjecturales.

*La juge en chef McLachlin et le juge Rothstein (dissidents) :* Dans la présente affaire, il faut déterminer la perte subie par W selon les modalités d'un seul contrat qui a donné le droit à un préavis raisonnable et le droit de toucher des prestations de retraite. L'exception relative à l'assurance privée ne s'applique pas à un tel cas. Lorsqu'un tribunal est appelé à déterminer une perte aux termes d'un seul contrat, le droit du demandeur repose sur le principe ordinaire applicable suivant lequel celui-ci doit être rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. Cela signifie en l'espèce que les prestations de retraite que W a touchées doivent être déduites lors du calcul de ses dommages-intérêts pour congédiement injustifié; la non-déduction aurait pour effet de lui accorder davantage que ce qu'il a négocié et d'obliger IBM à verser une somme plus élevée que celle qu'elle a convenu de verser.

Selon le principe applicable en matière de dommages-intérêts pour violation de contrat, la partie non fautive devrait recevoir l'équivalent matériel de la prestation qu'elle aurait obtenue si le contrat avait été respecté. Les prestations versées par l'employeur sont des éléments faisant partie intégrante du contrat de travail. Ainsi, la déductibilité repose sur les modalités du contrat de travail et sur l'intention des parties. Suivant les modalités de son contrat de travail, W aurait été admissible à des prestations de retraite uniquement à compter de son congédiement ou de sa retraite. Par conséquent, tout comme dans l'affaire *Sylvester*, le droit contractuel de

work. Damages cannot be paid on the assumption that he could have earned both.

This conclusion is necessitated by the fact that the pension plan at issue here is a defined benefit plan. Unlike a defined contribution plan, a defined benefit plan guarantees the employee fixed predetermined payments upon retirement for life. Deducting the benefits would provide the wrongfully terminated employee with exactly what he would have received had the employment contract been performed: an amount equal to his salary during the reasonable notice period and thereafter defined benefits for the rest of his life.

This is materially different from a defined contribution plan, which provides an employee with a finite total amount or lump sum of retirement benefits. Deducting benefits that a wrongfully terminated employee receives from a defined contribution plan would leave the employee in a worse position that he would have been in had his employment contract not been breached.

In this case, W's wrongful dismissal had no impact on his pension entitlement, and he could not have received both his salary and his pension benefits had he continued to work for IBM through the reasonable notice period. Whether the benefit is non-indemnity or contributory does not answer the question of whether the plaintiff will be provided with the financial equivalent of performance or will receive excess recovery under the governing principle of contract damages.

Furthermore, the private insurance exception is not applicable to cases that involve a single contract that is the source of both the plaintiff's cause of action and his right to a particular benefit. In such circumstances, there is no justification for resorting to the private insurance exception because the plaintiff's entitlement to the benefits is established based on the terms of his contract. If the plaintiff is entitled to the benefits under his contract, he will receive the benefits based on the ordinary governing principle that he should be placed in the position he would have been in had the contract been performed. There will be no need to reach the collateral

W à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations de retraite reposent sur des hypothèses opposées en ce qui concerne la possibilité qu'il puisse travailler. On ne peut lui verser des dommages-intérêts en supposant qu'il aurait pu recevoir les deux montants.

Cette conclusion découle du fait que le régime de retraite en litige dans la présente affaire est un régime à prestations déterminées. Contrairement à un régime à cotisations déterminées, le régime à prestations déterminées garantit à l'employé des paiements prédéterminés fixes à compter de sa retraite, et ce, sa vie durant. Déduire les prestations permettrait à l'employé congédié injustement de recevoir exactement ce qu'il aurait reçu si le contrat de travail avait été respecté, soit un montant égal à son salaire au cours de la période de préavis raisonnable et, par la suite, des prestations déterminées sa vie durant.

Un tel régime se distingue sensiblement d'un régime à cotisations déterminées, qui permet à l'employé de recevoir en prestations de retraite un montant total ou un montant forfaitaire déterminé. Déduire les prestations que l'employé congédié injustement a retirées d'un régime de retraite à cotisations déterminées placerait l'employé dans une situation pire que celle dans laquelle il se serait trouvé si son contrat de travail avait été respecté.

En l'espèce, le congédiement injustifié de W n'a eu aucune incidence sur son droit aux prestations de retraite; W n'aurait pas pu toucher à la fois son salaire et ses prestations de retraite s'il avait continué à travailler pour IBM au cours de la période de préavis raisonnable. La nature non indemnitaire ou contributive des prestations n'offre pas de réponse à la question de savoir si le demandeur recevra l'équivalent matériel de la prestation qu'il aurait obtenue si le contrat avait été respecté ou s'il recevra une indemnisation excédentaire, suivant le principe applicable en matière de dommages-intérêts contractuels.

De plus, l'exception relative à l'assurance privée ne s'applique pas aux affaires portant sur un contrat unique à l'origine de la cause d'action du demandeur et de son droit à des prestations particulières. Dans ces circonstances, rien ne justifie le recours à l'exception relative à l'assurance privée parce que le droit du demandeur aux prestations est établi aux termes de son contrat. Si son contrat lui donne droit aux prestations, le demandeur touchera celles-ci en raison du principe ordinaire applicable suivant lequel il devrait être rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. Il ne sera pas nécessaire

benefit exception. A straightforward reading of *Sylvester* demonstrates that it is a fully applicable authority supporting the proposition that, under a single contract of employment, barring contractual provisions to the contrary, an individual cannot receive salary as if he is working and pension benefits as if he is retired. These are opposite, incompatible assumptions. Thus, applying *Sylvester* to this case, salary and pension income are not payable at the same time.

### Cases Cited

By Cromwell J.

**Distinguished:** *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315; *Ratych v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940; **discussed:** *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359; **referred to:** *Phillips v. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (1992); *United States v. Price*, 288 F.2d 448 (1961); *Sloas v. CSX Transportation, Inc.*, 616 F.3d 380 (2010); *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601; *Redpath v. Belfast and County Down Railway* (1947), N.I. 167; *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812; *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654; *Grand Trunk Railway v. Beckett* (1887), 16 S.C.R. 713; *Quebec Workmen's Compensation Commission v. Lachance*, [1973] S.C.R. 428; *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756; *Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101, aff'd (1993), 2 C.C.P.B. 99; *Emery v. Royal Oak Mines Inc.* (1995), 24 O.R. (3d) 302; *Canadian Human Rights Commission v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 86, 301 N.R. 321; *Bradburn v. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1; *National Insurance Co. of New Zealand Ltd. v. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *Graham v. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Smoker v. London Fire and Civil Defence Authority*, [1991] 2 A.C. 502; *Hopkins v. Norcross plc*, [1993] 1 All E.R. 565; *Knapton v. ECC Card Clothing Ltd.*, [2006] I.C.R. 1084; *Gilbert v. Attorney-General*, [2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72.

By Rothstein J. (dissenting)

*Girling v. Crown Cork & Seal Canada Inc.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1; *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315; *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359; *Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.*

d'invoquer l'exception relative à la prestation parallèle. Une interprétation simple de *Sylvester* montre que cet arrêt est tout à fait favorable à la thèse voulant qu'aux termes d'un contrat de travail unique, sous réserve de dispositions contraires du contrat, une personne ne peut toucher un salaire comme si elle travaillait ainsi que des prestations de retraite comme si elle avait pris sa retraite. Il s'agit là d'hypothèses opposées et incompatibles. Ainsi, si l'on applique l'arrêt *Sylvester* en l'espèce, le salaire et le revenu de pension ne sont pas payables en même temps.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Distinction d'avec les arrêts :** *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315; *Ratych c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940; **arrêt analysé :** *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359; **arrêts mentionnés :** *Phillips c. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (1992); *United States c. Price*, 288 F.2d 448 (1961); *Sloas c. CSX Transportation, Inc.*, 616 F.3d 380 (2010); *Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268; *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601; *Redpath c. Belfast and County Down Railway* (1947), N.I. 167; *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812; *Canadien Pacifique Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654; *Grand Trunk Railway c. Beckett* (1887), 16 R.C.S. 713; *Commission des Accidents du Travail de Québec c. Lachance*, [1973] R.C.S. 428; *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756; *Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101, conf. par (1993), 2 C.C.P.B. 99; *Emery c. Royal Oak Mines Inc.* (1995), 24 O.R. (3d) 302; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 86 (CanLII); *Bradburn c. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1; *National Insurance Co. of New Zealand Ltd. c. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *Graham c. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Smoker c. London Fire and Civil Defence Authority*, [1991] 2 A.C. 502; *Hopkins c. Norcross plc*, [1993] 1 All E.R. 565; *Knapton c. ECC Card Clothing Ltd.*, [2006] I.C.R. 1084; *Gilbert c. Attorney-General*, [2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

*Girling c. Crown Cork & Seal Canada Inc.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1; *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315; *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359; *Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.*

(1992), 2 C.C.P.B. 101; *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756; *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654; *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812; *United States v. Price*, 288 F.2d 448 (1961); *Phillips v. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (1992); *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. C-17.  
*Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, s. 45.

### Authors Cited

Burrows, Andrew. *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.  
 Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies: The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.  
 Fleming, John G. “The Collateral Source Rule and Contract Damages” (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 56.  
 Kaplan, Ari, and Mitch Frazer. *Pension Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.  
 Marks, John. “Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not” (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387.  
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.  
 Ogus, A. I. *The Law of Damages*. London: Butterworths, 1973.  
 Perillo, Joseph M. “The Collateral Source Rule in Contract Cases” (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705.  
 Sproat, John R. *Wrongful Dismissal Handbook*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2012.  
 Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.  
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Prowse and Levine J.J.A.), 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241, 308 B.C.A.C. 304, 521 W.A.C. 304, 336 D.L.R. (4th) 481, [2011] 10 W.W.R. 425, 91 C.C.P.B. 60, 92 C.C.E.L. (3d) 289, [2011] B.C.J. No. 1453 (QL), 2011 CarswellBC 2023, affirming a decision of Goepel J., 2010 BCSC 376, 2010

(1992), 2 C.C.P.B. 101; *Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1; *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756; *Canadien Pacifique Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654; *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812; *United States c. Price*, 288 F.2d 448 (1961); *Phillips c. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (1992); *Banque d’Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601.

### Lois et règlements cités

*Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 45.  
*Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. 1985, ch. C-17.

### Doctrine et autres documents cités

Burrows, Andrew. *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2004.  
 Cassels, Jamie, and Elizabeth Adjin-Tettey. *Remedies: The Law of Damages*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.  
 Fleming, John G. « The Collateral Source Rule and Contract Damages » (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 56.  
 Kaplan, Ari, and Mitch Frazer. *Pension Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2013.  
 Marks, John. « Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not » (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387.  
 McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.  
 Ogus, A. I. *The Law of Damages*. London: Butterworths, 1973.  
 Perillo, Joseph M. « The Collateral Source Rule in Contract Cases » (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705.  
 Sproat, John R. *Wrongful Dismissal Handbook*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2012.  
 Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.  
 Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Prowse et Levine), 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241, 308 B.C.A.C. 304, 521 W.A.C. 304, 336 D.L.R. (4th) 481, [2011] 10 W.W.R. 425, 91 C.C.P.B. 60, 92 C.C.E.L. (3d) 289, [2011] B.C.J. No. 1453 (QL), 2011 CarswellBC 2023, qui a confirmé une décision du juge Goepel, 2010 BCSC

CLLC ¶210-021, [2010] B.C.J. No. 510 (QL), 2010 CarswellBC 679. Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Rothstein J. dissenting.

*D. Geoffrey Cowper, Q.C., and Lorene A. Novakowski, for the appellant.*

*Christopher J. Watson and Matthew G. Siren, for the respondent.*

The judgment of LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

### I. Introduction

[1] When IBM Canada Ltd. wrongfully dismissed its long-time employee, Richard Waterman, he had to start drawing his pension. The question before the Court is whether his receipt of those pension benefits reduces the damages otherwise payable by IBM for wrongful dismissal. The British Columbia courts decided not to deduct the pension benefits and IBM appeals.

[2] The question looks straightforward enough at first glance. The general rule is that contract damages should place the plaintiff in the economic position that he or she would have been in had the defendant performed the contract. IBM's obligation was to give Mr. Waterman reasonable notice of dismissal or pay in lieu of it. Had it given him reasonable working notice, he would have received only his regular salary and benefits during the period of notice. As it is, he in effect has received both his regular salary and his pension for that period. It therefore seems clear, under the general rule of contract damages, that the pension benefits should be deducted. Otherwise, Mr. Waterman is in a better economic position than he would have been in had there been no breach of contract.

376, 2010 CLLC ¶210-021, [2010] B.C.J. No. 510 (QL), 2010 CarswellBC 679. Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et le juge Rothstein sont dissidents.

*D. Geoffrey Cowper, c.r., et Lorene A. Novakowski, pour l'appelante.*

*Christopher J. Watson et Matthew G. Siren, pour l'intimé.*

Version française du jugement des juges LeBel, Fish, Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE CROMWELL —

### I. Introduction

[1] Quand IBM Canada Ltée a congédié injustement son employé de longue date, Richard Waterman, ce dernier a dû commencer à toucher sa pension. La Cour doit déterminer si la réception de ces prestations de retraite a pour effet de réduire les dommages-intérêts pour congédiement injustifié qu'IBM doit par ailleurs payer. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont décidé de ne pas déduire les prestations de retraite et IBM se pourvoit devant notre Cour.

[2] La question semble assez simple à première vue. Selon la règle générale, les dommages-intérêts contractuels devraient placer le demandeur dans la situation financière où il se serait trouvé si le défendeur avait respecté le contrat. IBM était tenue de donner à M. Waterman un avis de congédiement raisonnable ou une indemnité de préavis. Si elle lui avait donné un préavis raisonnable, M. Waterman n'aurait reçu pendant cette période que son salaire et ses avantages réguliers. En l'espèce, il a en fait touché son salaire régulier ainsi que ses prestations de retraite pendant cette période. Il semble donc clair, selon la règle générale applicable aux dommages-intérêts en matière contractuelle, que les prestations de retraite devraient être déduites. Sinon, M. Waterman se trouve dans une meilleure situation financière qu'il ne l'aurait été s'il n'y avait pas eu violation du contrat.



[3] On closer study, however, the question raised on appeal is not as simple as that. The case in fact raises one of the most difficult topics in the law of damages, namely when a “collateral benefit” or a “compensating advantage” received by a plaintiff should reduce the damages otherwise payable by a defendant. The law has long recognized that applying the general rule of damages strictly and inflexibly sometimes leads to unsatisfactory results. The question is how to identify the situations in which that is the case.

[4] In my view, employee pension payments, including payments from a defined benefit plan as in this case, are a type of benefit that should generally not reduce the damages otherwise payable for wrongful dismissal. Both the nature of the benefit and the intention of the parties support this conclusion. Pension benefits are a form of deferred compensation for the employee’s service and constitute a type of retirement savings. They are not intended to be an indemnity for wage loss due to unemployment. The parties could not have intended that the employee’s retirement savings would be used to subsidize his or her wrongful dismissal. There is no decision of this Court in which a non-indemnity benefit to which the plaintiff has contributed, such as the pension benefits in issue here, has ever been deducted from a damages award.

[5] I would dismiss IBM’s appeal and affirm the result arrived at by the British Columbia courts.

## II. Overview of Facts and Proceedings

[6] When IBM dismissed Mr. Waterman without cause on March 23, 2009, he was 65 years old and had 42 years of service. He was a long-standing member of IBM’s defined benefit pension plan,

[3] Cependant, lorsqu’on l’examine de plus près, la question soulevée en appel n’est pas aussi simple. La présente affaire soulève en fait l’un des sujets les plus complexes du droit des dommages-intérêts, à savoir quand une « prestation parallèle » ou un « avantage compensatoire » qu’a reçu un demandeur devrait avoir pour effet de réduire les dommages-intérêts autrement payables par un défendeur. Il est depuis longtemps reconnu en droit que l’application stricte et rigide de la règle générale des dommages-intérêts donne parfois lieu à des résultats insatisfaisants. Il s’agit donc de déterminer comment identifier les situations où un tel résultat survient.

[4] À mon avis, les prestations de retraite versées aux employés, y compris les sommes versées au titre d’un régime de retraite à prestations déterminées comme en l’espèce, constituent un type de prestations qui ne devraient généralement pas réduire le montant des dommages-intérêts autrement payables pour congédiement injustifié. Cette conclusion repose tant sur la nature de la prestation que sur l’intention des parties. Les prestations de retraite sont une forme de rémunération différée pour les services rendus par l’employé et constituent un type d’épargne-retraite. Elles ne sont pas censées représenter une indemnité pour la perte de salaire découlant d’une perte d’emploi. Les parties n’auraient pu vouloir que l’épargne-retraite de l’employé soit utilisée pour financer son congédiement injustifié. Notre Cour n’a jamais rendu de décision dans laquelle une prestation non indemnitaire à laquelle le demandeur a contribué, comme les prestations de retraite en l’espèce, a été déduite des dommages-intérêts accordés.

[5] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi d’IBM et de confirmer le résultat auquel sont arrivés les tribunaux de la Colombie-Britannique.

## II. Aperçu des faits et procédures

[6] Lorsque IBM a congédié M. Waterman sans motif valable le 23 mars 2009, celui-ci était alors âgé de 65 ans et comptait 42 années de service. Il cotisait depuis longtemps au régime de retraite à

which I will refer to simply as “the plan”. IBM contributed a percentage of his salary to the plan on his behalf and the plan guaranteed specific benefits, which became vested over time, upon retirement.

[7] At the time of the termination, there was no longer a mandatory retirement policy in place for IBM employees. However, Mr. Waterman was entitled to a full pension under the plan and his termination had no impact on the amount of his pension benefits. IBM told Mr. Waterman that on termination, he *would* be treated as a retiree and that he *must* begin receiving monthly pension payments as of that date.

[8] An employee like Mr. Waterman, who is entitled to retire with his full pension but has not reached the age of 71, cannot receive both pension and employment income from IBM at the same time. That changes at age 71, when he or she must start drawing benefits and may continue working and earning employment income from IBM. We have not been referred to any provision in the plan that would prevent a retiree, regardless of age, from receiving benefits under the plan and employment income from a different employer.

[9] Mr. Waterman sued for wrongful dismissal and the matter proceeded to summary trial in the Supreme Court of British Columbia. The trial judge, Goepel J., found that the appropriate period of notice was 20 months. IBM’s position was (and is) that Mr. Waterman’s pension benefits (approximately \$2,124 per month starting June 1, 2009) should be deducted from the salary and benefits otherwise payable during this period. The trial judge rejected this position: 2010 BCSC 376, 2010 CLLC ¶210-021.

[10] IBM’s appeal from this decision was dismissed by the British Columbia Court of Appeal. Writing for the court, Prowse J.A. relied on this Court’s judgment in *Sylvester v. British Columbia*,

prestations déterminées d’IBM, que j’appellerai simplement « le régime ». IBM versait au régime un pourcentage de son salaire en son nom et le régime lui garantissait, dès qu’il prenait sa retraite, le versement de prestations déterminées, acquises au fil du temps.

[7] Au moment du congédiement de M. Waterman, les employés d’IBM n’étaient plus assujettis à une politique de retraite obligatoire. M. Waterman était toutefois admissible à une pension maximale en vertu du régime, et son congédiement n’avait aucune incidence sur le montant de ses prestations de retraite. IBM a informé M. Waterman qu’au moment de la cessation de son emploi il *serait* traité comme un retraité et qu’il *devait* commencer à toucher ses prestations mensuelles de retraite à cette date.

[8] Un employé comme M. Waterman, qui est en droit de prendre sa retraite et de toucher la pension maximale, mais qui n’a pas atteint l’âge de 71 ans, ne peut pas toucher en même temps des prestations de retraite et un revenu d’emploi d’IBM. Cependant, à l’âge de 71 ans, l’employé doit commencer à toucher ses prestations et peut continuer à travailler et à recevoir un revenu d’emploi d’IBM. On n’a porté à notre attention aucune disposition du régime qui empêcherait un retraité, peu importe son âge, de recevoir les prestations prévues au régime et un revenu d’emploi d’un autre employeur.

[9] M. Waterman a intenté une action pour congédiement injustifié et l’affaire a été instruite sommairement par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. En première instance, le juge Goepel a conclu que M. Waterman aurait dû recevoir un préavis de 20 mois. Selon IBM, les prestations de retraite de M. Waterman (environ 2 124 \$ par mois à compter du 1<sup>er</sup> juin 2009) devraient être déduites du salaire et des prestations autrement payables durant cette période. Le juge de première instance a rejeté cette prétention : 2010 BCSC 376, 2010 CLLC ¶210-021.

[10] La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a rejeté l’appel de cette décision interjeté par IBM. S’exprimant au nom de la cour, la juge Prowse s’est fondée sur l’arrêt de notre Cour *Sylvester c.*

[1997] 2 S.C.R. 315. However, she concluded that the distinctions between the benefits and the intentions of the parties in the two cases led to a different conclusion in this case: 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241.

### III. Positions of the Parties

[11] On its appeal to this Court, IBM makes two main points. It submits, first, that the result reached by the British Columbia courts is at odds with the compensatory goal of damages for wrongful dismissal. IBM points out that even if it had given Mr. Waterman adequate working notice of his termination, he would not have received both his employment income and his pension benefits during the notice period. By awarding him damages for the full notice period without deduction of the pension benefits received during that period, the British Columbia courts have placed him in a better economic position than he would have been in had IBM performed the contract. Second, IBM maintains that the Court in *Sylvester* held that these sorts of benefits are part of an integrated employment relationship and, unless deducted, the employee collecting them would receive greater compensation than would an employee lawfully dismissed with working notice.

[12] Mr. Waterman urges us to reject IBM's position. He submits that the pension is the property of the employee that is earned through work and consists of a benefit that is part of the employee's remuneration package. The pension is like a "nest egg", RRSP or savings account, which IBM could not take advantage of to offset the damages awarded. Mr. Waterman could have transferred the value of his pension to another vehicle if he had left employment with IBM before reaching the age of 65 and his retirement savings would consequently have been out of reach. As for the intention of the parties, there is no provision in the pension plan expressly prohibiting concurrent reception of

*Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315. Elle a toutefois conclu que les distinctions entre les prestations et les intentions des parties dans les deux affaires justifiaient une conclusion différente dans la présente affaire : 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241.

### III. Positions des parties

[11] En appel devant notre Cour, IBM fait valoir deux arguments principaux. Premièrement, elle plaide que le résultat auquel sont arrivées les cours de la Colombie-Britannique va à l'encontre de l'objectif d'indemnisation que vise l'attribution de dommages-intérêts pour congédiement injustifié. IBM souligne que, même si elle avait donné à M. Waterman un préavis de cessation d'emploi suffisant, ce dernier n'aurait pas touché son salaire en plus de ses prestations de retraite durant la période visée par le préavis. En lui accordant des dommages-intérêts pour la totalité de la période de préavis sans déduction des prestations de retraite reçues pendant cette période, les cours de la Colombie-Britannique l'ont placé dans une situation financière meilleure qu'il ne l'aurait été si IBM avait respecté le contrat. Deuxièmement, IBM soutient que, dans l'arrêt *Sylvester*, la Cour a conclu que ce type de prestations s'inscrit dans une relation d'emploi intégrée et, à moins que les prestations ne soient déduites, l'employé qui les touche recevrait une indemnité plus élevée que l'employé qui serait légalement congédié avec un préavis.

[12] M. Waterman nous demande instamment de rejeter la thèse d'IBM. Il plaide que les prestations de retraite appartiennent à l'employé. Elles sont acquises dans le cadre du travail et constituent un avantage prévu par le programme de rémunération de l'employé. La pension est comparable à un « bas de laine », à un REÉR ou à un compte d'épargne, et IBM ne peut s'en prévaloir pour compenser les dommages-intérêts accordés. M. Waterman aurait pu transférer la valeur de ses prestations de retraite dans un autre instrument d'épargne s'il avait quitté son emploi chez IBM avant l'âge de 65 ans et son épargne-retraite aurait donc été à l'abri. Pour ce qui est de l'intention des parties, aucune disposition

salary and pension benefits. It was therefore up to the courts to determine the parties' intention, which the Court of Appeal correctly did in its decision.

#### IV. Analysis

[13] In my respectful view, both of IBM's main arguments must be rejected. The general principle of compensation is not a full answer to the issue. The question is whether this case falls within an exception to it and in my view it does. The Court's decision in *Sylvester* is distinguishable and, in fact, its reasoning supports the conclusion that the pension benefits should not be deducted.

[14] There are three key matters that need to be considered in order to answer the question posed by the appeal. I will set them out here with a summary of my conclusions.

##### A. Why is there a "collateral benefit" problem in this case?

[15] A collateral benefit is a gain or advantage that flows to the plaintiff and is connected to the defendant's breach. This connection may exist either because there is a "but for" causal link between the breach and the receipt of the benefit or because the benefit was intended to provide the plaintiff with an indemnity for the type of loss caused by the breach. The problem raised by collateral benefits is the question of whether they should be deducted from the damages otherwise payable by the defendant on account of the breach. This case raises a collateral benefit problem because there is a "but for" causal link between the IBM's breach of contract and Mr. Waterman's receipt of the benefit. He would not have received the pension benefits and full salary in lieu of working notice "but for" the dismissal.

du régime de retraite n'interdit expressément que soient versés concurremment un salaire et des prestations de retraite. Il appartenait donc aux tribunaux de déterminer l'intention des parties, ce que la Cour d'appel a correctement fait dans sa décision.

#### IV. Analyse

[13] À mon humble avis, les deux principaux arguments d'IBM doivent être rejetés. Le principe général de l'indemnisation ne constitue pas une réponse complète à la question en litige. Il s'agit de savoir si une exception à ce principe s'applique à la présente affaire, et j'estime que c'est le cas. Il faut distinguer la présente affaire de la décision rendue par la Cour dans *Sylvester* et, en fait, le raisonnement qu'on y trouve étaye la conclusion selon laquelle les prestations de retraite ne devraient pas être déduites.

[14] Trois points déterminants doivent être examinés afin de répondre à la question soulevée dans ce pourvoi. Je les exposerai ici avec un résumé de mes conclusions.

##### A. Pourquoi la « prestation parallèle » pose-t-elle problème en l'espèce?

[15] Une prestation parallèle est un gain ou un avantage qu'obtient le demandeur et qui est lié à la violation commise par le défendeur. Ce lien peut exister soit du fait de l'existence d'une relation causale entre la violation et l'obtention de la prestation, soit du fait que la prestation visait à indemniser le demandeur pour le type de perte causée par la violation. Le problème que soulèvent les prestations parallèles est qu'on ne sait pas si elles devraient ou non être déduites des dommages-intérêts autrement payables par le défendeur en raison de la violation. La présente affaire soulève un problème de prestation parallèle parce qu'il existe une cause déterminante entre la rupture de contrat de la part d'IBM et l'obtention des prestations par M. Waterman. N'eût été le congédiement, ce dernier n'aurait pas touché les prestations de retraite et son plein salaire à titre d'indemnité de préavis.

B. Is the compensation principle the answer to the problem?

[16] The principle that the defendant should compensate the plaintiff only for his or her actual loss is not, on its own, an answer to the problem. There are exceptions to the strict application of this principle, the most important of which is the exception for private insurance and other benefits which, for this purpose, are considered analogous to private insurance. That exception applies not only to insurance benefits in the strict sense, but also to other benefits such as pension payments to which an employee has contributed and which were not intended to be an indemnity for the type of loss suffered as a result of the defendant's breach.

C. Does the Court's decision in *Sylvester* support IBM's position that the pension benefits must be deducted?

[17] In my view, it does not. *Sylvester* is distinguishable. The reasoning in *Sylvester* in fact supports the conclusion that Mr. Waterman's pension benefits should *not* be deducted from the wrongful dismissal damages otherwise payable by IBM.

[18] My more detailed analysis follows.

A. *Why Is There a Collateral Benefit Problem in This Case?*

[19] It will be helpful to start by explaining what a collateral benefit problem is and why we have one here.

(1) What Is a Collateral Benefit Problem?

[20] In general terms, there is a collateral benefit when a source other than the damages payable by the defendant ameliorates the loss suffered by the plaintiffs as a result of the defendant's breach of

B. Le principe d'indemnisation offre-t-il une solution au problème?

[16] Le principe voulant que le défendeur devrait indemniser le demandeur seulement pour la perte réellement subie n'offre pas, en soi, une solution au problème. Il existe des exceptions à l'application rigide de ce principe, la plus importante étant l'exception relative à l'assurance privée et aux autres avantages qui, pour l'application de l'exception, sont considérés comme analogues à l'assurance privée. Cette exception s'applique non seulement aux prestations d'assurance au sens strict, mais aussi à d'autres prestations comme les prestations de retraite auxquelles un employé a contribué et qui n'étaient pas censées constituer une indemnité pour le type de perte subie en raison de la rupture du contrat de travail par le défendeur.

C. L'arrêt *Sylvester* de notre Cour appuie-t-il la thèse d'IBM selon laquelle les prestations de retraite doivent être déduites?

[17] Je ne crois pas que ce soit le cas. L'arrêt *Sylvester* peut être distingué de l'affaire qui nous occupe. En fait, le raisonnement exposé dans *Sylvester* étaye la conclusion selon laquelle les prestations de retraite de M. Waterman *ne* devraient *pas* être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié autrement payables par IBM.

[18] Voici mon analyse plus détaillée.

A. *Pourquoi la prestation parallèle pose-t-elle problème en l'espèce?*

[19] Il est utile d'expliquer tout d'abord ce qu'est un problème de prestation parallèle et pourquoi ce problème se pose en l'espèce.

(1) Qu'est-ce qu'un problème de prestation parallèle?

[20] De façon générale, il y a une prestation parallèle quand un revenu d'une source autre que les dommages-intérêts payables par le défendeur atténue la perte causée au demandeur par le manquement

legal duty: J. Cassels and E. Adjin-Tettey, *Remedies: The Law of Damages* (2nd ed. 2008), at p. 416. For example, if an employee is wrongfully dismissed, but receives employment insurance benefits, those benefits are a collateral benefit. The problem is whether they should be deducted from the damages the defendant will pay for wrongful dismissal.

[21] If we simply apply the compensation principle — that the plaintiff should recover his or her actual economic loss but not more — the answer is straightforward. If we do not deduct the collateral benefit, the plaintiff will be in a better position than he or she would have been in had the employment contract been performed. To apply the compensation principle, we should consider not only the plaintiff's losses but also any gains that flow from the defendant's breach. The collateral benefit problem asks whether we should apply the compensation principle and deduct or depart from it and not deduct.

[22] There is considerable overlap between the collateral benefit problem and the questions of mitigation. The main distinction is this: mitigation is concerned with whether the plaintiff acted reasonably after the defendant's breach in order to reduce losses. The collateral benefit question, in contrast, is concerned with whether some compensating advantage that was in fact received by the plaintiff, most often as a result of arrangements made before the breach, should be taken into account in assessing the plaintiff's damages: see A. I. Ogus, *The Law of Damages* (1973), at pp. 87-88.

(2) When Does a Collateral Benefit Problem Arise?

[23] Not all benefits received by a plaintiff raise a collateral benefit problem. Before there is any question of deduction, the receipt of the benefit

du défendeur à son obligation légale : J. Cassels et E. Adjin-Tettey, *Remedies : The Law of Damages* (2<sup>e</sup> éd. 2008), p. 416. Prenons l'exemple d'un employé congédié injustement qui reçoit des prestations d'assurance-emploi. Ces prestations constituent des prestations parallèles. Le problème est de savoir si elles devraient être déduites des dommages-intérêts que le défendeur versera pour congédiement injustifié.

[21] Si nous appliquons simplement le principe d'indemnisation — à savoir que le demandeur devrait recouvrer la perte économique qu'il a réellement subie, mais rien de plus — la réponse est simple. Si nous ne déduisons pas la prestation parallèle, le demandeur se trouvera dans une situation financière meilleure qu'elle ne l'aurait été si le contrat d'emploi avait été respecté. Pour appliquer le principe d'indemnisation, nous devons examiner non seulement les pertes du demandeur, mais aussi les gains découlant du manquement par le défendeur. Le problème des prestations parallèles consiste à se demander si nous devrions appliquer le principe d'indemnisation et déduire les prestations parallèles, ou si nous devrions nous écarter de ce principe et ne pas les déduire.

[22] Il existe un recoupement important entre le problème de la prestation parallèle et celui de la limitation du préjudice. La principale distinction est la suivante : la limitation du préjudice s'intéresse à la question de savoir si, après que le défendeur a manqué à son obligation, le demandeur a agi raisonnablement afin d'atténuer sa perte. Par contre, la question de la prestation parallèle consiste à se demander si un avantage compensatoire reçu par le demandeur, la plupart du temps à la suite de mesures prises avant le manquement, devrait être pris en compte dans l'évaluation des dommages-intérêts dus au demandeur : voir A. I. Ogus, *The Law of Damages* (1973), p. 87-88.

(2) Dans quelles circonstances la prestation parallèle pose-t-elle problème?

[23] Les prestations qu'un demandeur peut toucher ne soulèvent pas toutes un problème de prestation parallèle. La question de la déduction ne

must constitute some form of excess recovery for the plaintiff's loss and it must be sufficiently connected to the defendant's breach of legal duty.

[24] For example, there is no excess recovery if the party supplying the benefit is subrogated to — that is, steps into the place of — the plaintiff and recovers the value of the benefit. In those circumstances, the defendant pays the damages he or she has caused, the party who supplied the benefit is reimbursed out of the damages and the plaintiff retains compensation only to the extent that he or she has actually suffered a loss: see, e.g., *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359, at pp. 386-88, *per* McLachlin J., as she then was, dissenting in part. (The employment insurance example that I mentioned earlier is now resolved in this way by statute: see below, at para. 44.)

[25] Even if there is some form of excess recovery, however, there is only a collateral benefit problem if the benefit is sufficiently connected to the defendant's breach. This requirement of sufficient connection serves a purpose with respect to collateral benefits that is analogous to that served by rules of causation and remoteness with respect to damages. Just as plaintiffs cannot recover all losses, no matter how loosely related to the defendant's breach or how far beyond the parties' reasonable contemplation, so too the defendant does not get credit for all benefits accruing to the plaintiff, no matter how loosely connected to the defendant's wrongful conduct.

[26] Before turning to the nature of the required link, I note that scholars have objected to the term "collateral benefit" because it assumes the answer to the question. The word "collateral" suggests that the benefit should not be taken into account. But of course the legal problem is whether or not the benefit should be deducted. Scholars have suggested that the term "compensating advantages" is

se pose que si la prestation reçue par le demandeur constitue une sorte d'indemnisation excédentaire pour la perte qu'il a subie, et il doit exister un lien suffisant entre cette prestation et le manquement du défendeur à son obligation légale.

[24] Par exemple, une indemnisation n'est pas excédentaire si la partie qui verse la prestation est subrogée dans les droits du demandeur — c'est-à-dire qu'elle se substitue au demandeur — et recouvre la valeur de la prestation. Dans de telles circonstances, le défendeur répare le préjudice qu'il a causé, la partie qui a versé les prestations est remboursée à même les dommages-intérêts et le demandeur ne conserve que cette partie de l'indemnité qui couvre la perte réellement subie : voir, p. ex., *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359, p. 386-388, la juge McLachlin, maintenant Juge en chef, dissidente en partie. (Dans l'exemple de l'assurance-emploi déjà évoqué, la loi prévoit maintenant cette solution : voir plus loin au par. 44.)

[25] Toutefois, même en présence d'une certaine forme d'indemnisation excédentaire, le problème de la prestation parallèle ne se pose que s'il existe un lien suffisant entre les prestations et le manquement du défendeur. Cette exigence d'un lien suffisant est utile quant à la question des prestations parallèles de la même façon que les règles de la causalité et de l'éloignement sont utiles en matière de dommages-intérêts. Tout comme le demandeur ne peut pas recouvrer en totalité sa perte, peu importe qu'il n'y ait qu'un lien ténu entre la perte et le manquement du défendeur ou que la perte dépasse largement ce que les parties pouvaient raisonnablement envisager, le défendeur ne peut profiter de tous les avantages dont bénéficie le demandeur, peu importe qu'il n'y ait qu'un lien ténu entre les avantages et le comportement fautif du défendeur.

[26] Avant de traiter de la nature du lien requis, je tiens à signaler que des auteurs se sont opposés à l'expression « prestation parallèle » parce qu'elle suggère la réponse à la question. Le mot « parallèle » donne à penser que la prestation ne devrait pas être prise en compte. Se pose évidemment le problème juridique de savoir si la prestation devrait être déduite. Selon certains

a better one and that is the term I will use in my reasons: see, e.g., Ogus, at pp. 93-94; A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd ed. 2004), at p. 156; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5th ed. 2012), at para. 15.700.

[27] Another problem with the terms “collateral benefit” or “collateral source” is that they suggest that the test for whether a benefit is deductible is whether it is “collateral”, that is, independent of the relation between the plaintiff and the defendant. Some of the American jurisprudence, for example, has recognized that this “independence” test is an oversimplification which does not explain the treatment of benefit in the cases: see, e.g., *Phillips v. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (5th Cir. 1992), at pp. 931-33. Moreover, it can lead to fruitless semantic debates about whether a benefit is or is not “collateral” or “independent” rather than furthering principled analysis. As one court put it, that a benefit “comes from the defendant tortfeasor does not itself preclude the possibility that it is from a collateral source. The plaintiff may receive benefits from the defendant himself which, because of their nature, are not considered double compensation”: *United States v. Price*, 288 F.2d 448 (4th Cir. 1961), at p. 450; *Sloas v. CSX Transportation, Inc.*, 616 F.3d 380 (4th Cir. 2010), at p. 389. As we shall see, several factors other than the source of the benefit may be considered in order to determine whether it should be deducted.

[28] Returning to the issue of connection between the benefit and the breach, the question is what sort of link is required before the issue about deduction arises. The cases suggest two answers. The advantage must either be one that (a) would not have accrued to the plaintiff “but for” the defendant’s breach *or* (b) was intended to indemnify the plaintiff for the sort of loss resulting from it. If neither of these conditions is present, there is no

auteurs, l’expression [TRADUCTION] « avantages compensatoires » conviendrait mieux, et c’est l’expression que j’utiliserai dans mes motifs : voir, p. ex., Ogus, p. 93-94; A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3<sup>e</sup> éd. 2004), p. 156; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5<sup>e</sup> éd. 2012), par. 15.700.

[27] Les expressions « prestation parallèle » ou « source parallèle » posent un autre problème : elles laissent entendre que le critère pour déterminer si une prestation est déductible consiste à savoir si elle est « parallèle », c’est-à-dire indépendante de la relation entre le demandeur et le défendeur. Une partie de la jurisprudence américaine, par exemple, reconnaît que ce critère d’« indépendance » constitue une simplification excessive qui n’explique pas la façon dont les prestations sont traitées dans la jurisprudence : voir, p. ex., *Phillips c. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (5th Cir. 1992), p. 931-933. Qui plus est, ce critère risque de susciter des débats sémantiques inutiles quant à savoir si une prestation est ou n’est pas « parallèle » ou « indépendante », plutôt que de faire avancer une analyse raisonnée. Pour reprendre les termes employés par un tribunal, le fait qu’une prestation [TRADUCTION] « provienne du défendeur auteur du délit n’écarte pas la possibilité qu’elle provienne d’une source parallèle. Le demandeur peut recevoir du défendeur des prestations qui, vu leur nature, ne sont pas considérées comme une double indemnisation » : *United States c. Price*, 288 F.2d 448 (4th Cir. 1961), p. 449-450; *Sloas c. CSX Transportation, Inc.*, 616 F.3d 380 (4th Cir. 2010), p. 389. Comme nous le verrons, pour déterminer si la prestation devrait être déduite, plusieurs facteurs autres que sa source peuvent être pris en compte.

[28] Pour revenir à la question du lien entre la prestation et le manquement, il faut se demander quel genre de lien est requis avant que ne se pose la question de la déduction. La jurisprudence suggère deux réponses. La prestation doit être soit a) une prestation que le demandeur n’aurait pas reçue, n’eût été le manquement du défendeur, *ou* b) une prestation qui visait à indemniser le demandeur pour la perte découlant du manquement. Si aucune



issue about deduction. If either of these conditions is present, there is.

[29] In relation to the “but for” connection between the breach and the advantage, consider this example. A plaintiff who has been injured by a defendant’s negligence buys a lottery ticket, as is his usual practice, and wins a large sum of money. No one would argue that the amount of the winnings should be deducted from the damages payable by the defendant. There is no “but for” causal connection between the defendant’s negligence and the plaintiff’s purchase of the winning ticket: see *Burrows*, at p. 156.

[30] Even if there is no “but for” causal link between a benefit and the breach, there may still be a problem about whether a benefit should be deducted. This will occur where the benefit and the breach are connected in the sense that the benefit is intended to indemnify the type of loss caused by the breach — *Sylvester* is an example. Mr. Sylvester was unable to work and receiving disability payments under his employment contract when he was wrongfully dismissed. There was clearly no causal link between the employer’s failure to give reasonable notice of termination (or payment in lieu of notice) and the receipt of the disability benefits. Nonetheless, the Court found that there was a compensating advantages problem. As Major J. pointed out, the disability benefits were intended to be a substitute for Mr. Sylvester’s regular salary: para. 14. In other words, the benefit was intended to be an indemnity for the loss of the regular salary, precisely the sort of loss that resulted from the defendant’s breach of the employment contract.

[31] The existence of these sorts of links between the breach and the benefit identifies whether there is a compensating advantage problem. But the existence of such a link is not a reliable marker of whether a particular benefit should be deducted. Relying on strict principles of causation, for example, often conceals unarticulated policy concerns: see, e.g., *Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.),

de ces conditions n’est présente, la question de la déduction ne se pose pas. Mais elle se pose si l’une ou l’autre de ces conditions est présente.

[29] En ce qui a trait au lien déterminant entre le manquement et l’avantage, prenons l’exemple du demandeur qui a subi un préjudice à cause de la négligence d’un défendeur, qui achète un billet de loterie, comme il en a l’habitude, et qui gagne une somme d’argent importante. Personne ne dirait que les gains devraient être déduits des dommages-intérêts payables par le défendeur. Il n’existe aucun lien déterminant entre la négligence du défendeur et l’achat du billet gagnant par le demandeur : voir *Burrows*, p. 156.

[30] Même s’il n’y a aucun lien déterminant entre une prestation et le manquement, la question de savoir si une prestation devrait être déduite peut tout de même se poser. Ce sera le cas lorsqu’il existe un lien entre la prestation et le manquement en ce sens que la prestation vise à indemniser le type de perte causée par le manquement — comme c’était le cas dans *Sylvester*. M. Sylvester était incapable de travailler et recevait des prestations d’invalidité en vertu de son contrat de travail lorsqu’il a été congédié injustement. De toute évidence, il n’existait aucun lien de causalité entre le fait que l’employeur n’ait pas donné un préavis raisonnable de cessation d’emploi (ou une indemnité tenant lieu de préavis) et le fait que M. Sylvester recevait des prestations d’invalidité. Néanmoins, la Cour a conclu que la question des avantages compensatoires posait problème. Comme l’a souligné le juge Major, les prestations d’invalidité visaient à remplacer le salaire versé ordinairement à M. Sylvester : par. 14. Autrement dit, la prestation visait à l’indemniser pour la perte de son salaire régulier, précisément le type de perte résultant de la rupture du contrat de travail par le défendeur.

[31] L’existence de liens de ce genre entre le manquement et la prestation permet de savoir s’il existe un problème d’avantage compensatoire. Cependant, l’existence d’un tel lien n’indique pas nettement qu’une prestation donnée devrait être déduite. Le fait de se fonder sur les principes rigoureux de la causalité, par exemple, cache souvent des préoccupations de principe non exprimées : voir, p. ex.,

at pp. 34-35, *per* Lord Pearce; Ogus, at pp. 225-26; *Ratyck v. Bloomer*, [1990] 1 S.C.R. 940, at pp. 965-66. Similarly, the indemnity factor is not a reliable marker of which benefits are or are not deductible. This is clear, for example, from the Court's decision in *Cunningham*. In issue were disability benefits provided for under collective agreements. They were clearly intended to provide an indemnity for wage loss arising from an inability to work. Nonetheless, the Court held that the benefits should *not* be deducted.

[32] To sum up, a potential compensating advantage problem exists if the plaintiff receives a benefit that would result in compensation of the plaintiff beyond his or her actual loss and *either* (a) the plaintiff would not have received the benefit but for the defendant's breach, *or* (b) the benefit is intended to be an indemnity for the sort of loss resulting from the defendant's breach. These factors identify a potential problem with a compensating advantage, but do not decide how it should be resolved.

(3) Why Is There a Problem About Deduction in This Case?

[33] A compensating advantage issue arises in this case. First, there is an element of excess compensation. Mr. Waterman has received his full pension benefits and, in addition, the salary he would have earned had he worked during the period of reasonable notice (less an allowance for his earnings from other employment). Had IBM not breached the contract of employment and instead given him working notice, he would have received only his salary during that period and not his pension. Second, there is a "but for" causal relationship between IBM's breach of contract and Mr. Waterman's receipt of the pension benefits. One could say that it was the pension plan rather than IBM's breach of contract that gave rise to the benefit, but it is artificial to suggest that there is no "but for" causal link between IBM's breach of contract and Mr. Waterman's receipt of his pension

*Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.), p. 34-35, lord Pearce; Ogus, p. 225-226; *Ratyck c. Bloomer*, [1990] 1 R.C.S. 940, p. 965-966. De même, le facteur de l'indemnité n'indique pas nettement les prestations qui sont ou ne sont pas déductibles. Cela ressort clairement, par exemple, de l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Cunningham* où il était question des prestations d'invalidité prévues dans les conventions collectives. Ces prestations visaient clairement à indemniser les pertes de salaire résultant de l'incapacité de travailler. Malgré tout, la Cour a conclu que les prestations *ne* devraient *pas* être déduites.

[32] En résumé, un problème en matière d'avantages compensatoires peut survenir si, en recevant une prestation, le demandeur est indemnisé au-delà de la perte réelle qu'il a subie et *s'il s'avère* a) qu'il n'aurait pas reçu cette prestation n'eût été du manquement du défendeur, *ou* b) que la prestation devait servir d'indemnité pour le type de perte découlant du manquement du défendeur. Ces facteurs permettent de déceler un problème potentiel d'avantage compensatoire, mais n'indiquent pas la façon de le régler.

(3) Pourquoi la déduction pose-t-elle un problème en l'espèce?

[33] Une question d'avantage compensatoire se pose en l'espèce. Premièrement, il existe un élément d'indemnisation excédentaire. M. Waterman a touché le plein montant des prestations de retraite, en plus du salaire qu'il aurait gagné s'il avait travaillé pendant la période de préavis raisonnable (déduction faite de son revenu tiré d'un autre emploi). Si IBM avait respecté le contrat d'emploi et lui avait donné un préavis, il n'aurait touché que son salaire pendant cette période; il n'aurait pas touché les prestations de retraite. Deuxièmement, il existe un lien de causalité déterminant entre la rupture du contrat par IBM et le fait que M. Waterman ait touché des prestations de retraite. On pourrait dire que c'est le régime de retraite, plutôt que la rupture de contrat par IBM, qui l'a rendu admissible aux prestations, mais il est factice de prétendre qu'il n'existe aucun lien déterminant entre la rupture

benefits: “but for” the breach, there would have been no termination and, “but for” the termination, Mr. Waterman would not have started to collect his pension. Given that there was double recovery and that the benefit would not have arisen but for IBM’s breach, we must decide whether the benefit should or should not be deducted from damages otherwise payable by IBM.

*B. Is the Compensation Principle the Answer to the Problem?*

[34] IBM’s first main point is that the compensation principle requires the pension benefits to be deducted. Mr. Waterman is better off as a result of the damage award than he would have been if IBM had given reasonable working notice. It follows, in IBM’s submission, that the pension benefits must be deducted so that the damage award places Mr. Waterman in the economic position he would have been in had IBM given him reasonable working notice. This is essentially the position adopted by my colleague Rothstein J.

[35] While I agree that the damage award is a departure from the compensation principle, this in itself is not an answer to the problem posed by the appeal. As I will explain, the compensation principle cannot be, and is not, applied strictly or inflexibly in a manner that is divorced from other considerations. The question is whether the compensation principle should be strictly applied in this case. In my view, it should not. To explain why, it is helpful to look first at why the compensation principle is not applied strictly, or at all, in various situations.

de contrat par IBM et le fait que M. Waterman ait touché ses prestations de retraite. N’eût été la rupture du contrat, M. Waterman n’aurait pas été congédié, et n’eût été le congédiement, M. Waterman n’aurait pas commencé à toucher ses prestations de retraite. Comme il y a eu double indemnisation et qu’il n’y aurait eu aucun avantage n’eût été la rupture de contrat par IBM, nous devons décider si les prestations devraient ou non être déduites des dommages-intérêts autrement payables par IBM.

*B. Le principe d’indemnisation offre-t-il une solution au problème?*

[34] Selon le premier argument principal avancé par IBM, le principe d’indemnisation exige la déduction des prestations de retraite. Comme des dommages-intérêts lui ont été accordés, la situation de M. Waterman est plus avantageuse qu’elle ne l’aurait été si IBM lui avait donné un préavis raisonnable. IBM prétend donc que les prestations de retraite doivent être déduites, de sorte qu’après avoir reçu son indemnité M. Waterman se trouvera dans la situation financière où il se serait trouvé si IBM lui avait donné un préavis raisonnable. C’est essentiellement le point de vue de mon collègue le juge Rothstein.

[35] Bien que je convienne que l’octroi de dommages-intérêts représente une dérogation au principe d’indemnisation, ce n’est pas, en soi, une solution au problème soulevé en appel. Comme je l’expliquerai plus loin, le principe d’indemnisation ne peut pas être appliqué, et n’est pas appliqué, d’une manière stricte ou rigide sans tenir compte d’autres considérations. Il faut se demander si le principe d’indemnisation devrait être appliqué de manière stricte en l’espèce. Selon moi, il ne doit pas l’être. Avant d’expliquer pourquoi, il convient d’examiner les raisons pour lesquelles le principe d’indemnisation n’est pas appliqué de manière stricte, voire pas du tout appliqué, dans différentes situations.

(1) When Does the Compensation Principle Not Apply Strictly?

[36] Considerations other than the extent of the plaintiff's actual loss shape the way the compensation principle is applied and there are well-established exceptions to it. For example, the rule that contract damages compensate only the plaintiff's actual loss is not the only rule that applies to assessing contract damages. As a leading English case put it, "Damages are measured by the plaintiff's loss, not the defendant's gain. But the common law, pragmatic as ever, has long recognised that there are many commonplace situations where a strict application of this principle would not do justice between the parties. Then compensation for the wrong done to the plaintiff is measured by a different yardstick" : *Attorney General v. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.), at p. 278. In some cases, for example, an award of damages in contract may be based on the advantage gained by the defendant as a result of the breach rather than the loss suffered by the plaintiff: see, e.g., *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601, at para. 25. The rule that damages are measured by the plaintiff's actual loss, while the general rule, does not cover all cases. In addition, through the doctrines of remoteness and mitigation, the compensation principle gives way to considerations of reasonableness in relation to whether the plaintiff's expectations of the contract and his or her conduct in response to the breach of it were reasonable.

[37] Finally, there are well-recognized exceptions in which benefits flowing to plaintiffs are not taken into account even though the result is that they are better off, economically speaking, after the breach than they would have been had there been no breach. These exceptions are ultimately based on factors other than strict compensatory considerations. As Lord Reid put it in *Parry*, "[t]he

(1) Dans quels cas le principe d'indemnisation ne s'applique-t-il pas de manière stricte?

[36] L'application du principe d'indemnisation repose sur des facteurs autres que l'importance de la perte réelle du demandeur et comporte des exceptions bien établies. Par exemple, la règle selon laquelle les dommages-intérêts en matière contractuelle n'indemnisent le demandeur que pour la perte qu'il a réellement subie n'est pas la seule règle qui s'applique à la détermination des dommages-intérêts. Comme il est expliqué dans un arrêt de principe rendu en Angleterre, [TRADUCTION] « [I]es dommages-intérêts sont fixés en fonction de la perte du demandeur plutôt que du gain du défendeur. Cependant, la common law, toujours aussi pragmatique, reconnaît depuis longtemps que, dans plusieurs situations courantes, une application stricte de ce principe n'assurerait pas la justice entre les parties. L'indemnité pour le tort causé au demandeur est alors calculée en fonction de critères différents » : *Attorney General c. Blake*, [2001] 1 A.C. 268 (H.L.), p. 278. Dans certains cas, par exemple, les dommages-intérêts en matière contractuelle peuvent être calculés en fonction de l'avantage que le défendeur tire de l'inexécution du contrat plutôt qu'en fonction de la perte subie par le demandeur : voir, p. ex., *Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle*, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 25. La règle selon laquelle les dommages-intérêts sont calculés en fonction de la perte réelle du demandeur, bien qu'il s'agisse d'une règle générale, ne s'applique pas dans toutes les situations. En outre, par application des principes de l'éloignement et de la limitation du préjudice, le principe d'indemnisation cède le pas à des critères de raisonabilité, à savoir si les attentes du demandeur quant au contrat et sa réaction suite à la rupture du contrat étaient raisonnables.

[37] Enfin, il y a des exceptions bien connues où les avantages reçus par le demandeur ne sont pas pris en considération même si ce dernier se trouve dans une situation financière meilleure après le manquement qu'elle ne l'aurait été s'il n'y avait pas eu manquement. Ces exceptions sont en définitive fondées sur des facteurs autres que les considérations strictes de l'indemnisation. Comme

common law has treated [the deductibility of compensating advantages] as one depending on justice, reasonableness and public policy”: p. 13. Or, as McLachlin J. wrote, this issue raises a question of “basic policy”: *Ratych*, at p. 959.

(2) What Factors Help to Identify When Compensating Advantages Are Not Deducted?

[38] What are some of these considerations of justice, reasonableness and policy? An answer may be found by looking at the two well-established situations in which compensating advantages are not deducted: charitable gifts and private insurance.

(a) *Charitable Gifts*

[39] The first is the less controversial. The rule is that charitable gifts made to the plaintiff are generally not deductible from the plaintiff’s damages even though they were made as a result of and in response to the injury or loss caused by the defendant’s wrong: see, e.g., Waddams, at paras. 3.1550-3.1560; Cassels and Adjin-Tettey, at pp. 420-21. Two concerns explain the exception: first, that if these charitable gifts were deducted, “the springs of private charity would be found to be largely, if not entirely, dried up” and, second, that it rarely makes practical sense to spend the time and effort required to take these sorts of gifts into account: *Redpath v. Belfast and County Down Railway* (1947), N.I. 167 (K.B.), at p. 170. See also Ogus, at p. 223; Waddams, at para. 3.1550; Cassels and Adjin-Tettey, at pp. 420-21; *Cunningham*, at p. 370.

[40] These explanations of the exception suggest we may take into account the broader incentives created by deducting or not deducting a benefit as well as pragmatic considerations relating to whether the applicable rule is clear, coherent and easy to apply: *Cunningham*, at p. 388, *per* McLachlin J.

lord Reid l’a expliqué dans *Parry* [TRADUCTION] « [e]n common law, [la déductibilité des avantages compensatoires] dépend de la justice, de la raisonnable et de l’intérêt public » : p. 13. Ou, selon le propos de la juge McLachlin, cette question en soulève une autre de « politique générale fondamentale » : *Ratych*, p. 959.

(2) Quels facteurs aident à déterminer les circonstances dans lesquelles les avantages compensatoires ne sont pas déduits?

[38] Quelles sont ces considérations de justice, de raisonnable et d’intérêt public? On peut trouver une réponse en examinant les deux cas bien connus où les avantages compensatoires ne sont pas déduits : les dons de bienfaisance et l’assurance privée.

a) *Dons de bienfaisance*

[39] Le premier cas est le moins controversé. La règle veut que les dons de bienfaisance faits au demandeur ne soient habituellement pas déductibles des dommages-intérêts auxquels il a droit, même s’ils lui ont été faits en raison du préjudice ou de la perte attribuable à la faute du défendeur : voir, p. ex., Waddams, par. 3.1550-3.1560; Cassels et Adjin-Tettey, p. 420-421. Il y a deux raisons à cette exception : premièrement, si ces dons de bienfaisance étaient déduits, [TRADUCTION] « les sources de charité privée seraient largement, voire entièrement, tarées » et, deuxièmement, il est rarement sensé, sur le plan pratique, de consacrer le temps et les efforts nécessaires pour tenir compte des dons de cette sorte : *Redpath c. Belfast and County Down Railway* (1947), N.I. 167 (K.B.), p. 170. Voir également Ogus, p. 223; Waddams, par. 3.1550; Cassels et Adjin-Tettey, p. 420-421; *Cunningham*, p. 370.

[40] Les raisons de cette exception laissent croire que nous pouvons tenir compte des facteurs d’incitation plus généraux qu’offrent la déduction ou la non-déduction d’un avantage ainsi que des considérations pragmatiques touchant la question de savoir si la règle applicable est claire, cohérente et d’application facile : *Cunningham*, p. 388, la juge McLachlin.

(b) *Private Insurance*

[41] A second and more controversial exception relates to payments from the plaintiff's private insurance. The core of the exception is well established: benefits received by a plaintiff through private insurance are not deductible from damage awards. However, both the precise scope and the rationale of the exception have been the subject of judicial and scholarly debate. Its practical importance is limited given the widespread use of subrogation, which avoids the compensating advantage issue altogether. While the exception more typically arises in tort cases, it has also been applied in contract actions, including actions for wrongful dismissal: *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812. The approach in both areas of law is the same in principle, although the terms of the contract and the dealings between the parties will inform the analysis in contract cases.

[42] One area of controversy relates to the sorts of benefits which fall within the private insurance exception. Does it apply to both indemnity and non-indemnity insurance? Does it extend to disability benefits, employment insurance or pensions payable on retirement? The Court has held that the answer to all of these questions is yes, but not, as we shall see, without well-reasoned dissent. In short, the so-called private insurance exception has been applied by analogy to a variety of payments that do not originate in a contract of insurance.

[43] In *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654, the Court applied the insurance exception to prevent deduction of the present value of Canada Pension Plan benefits available to surviving dependents from the damages awarded in a fatal injuries claim. Spence J., for the Court, held that the payments were "so much of the same nature as contracts of insurance that they also should be excluded from consideration when

b) *L'assurance privée*

[41] Il existe une deuxième exception plus controversée qui se rapporte aux prestations reçues aux termes de la police d'assurance privée du demandeur. L'essence même de l'exception est bien établie : les prestations que reçoit un demandeur en application d'un régime d'assurance privée ne sont pas déductibles des dommages-intérêts. Cependant, la portée précise et le fondement de l'exception ont fait couler beaucoup d'encre dans la jurisprudence et dans la doctrine. Son importance pratique est limitée compte tenu du fait qu'on a généralement recouru à la subrogation, ce qui a pour effet d'éviter la question de l'avantage compensatoire. Bien que l'exception s'applique habituellement en matière de responsabilité délictuelle, elle a également été appliquée en matière contractuelle, y compris dans le cadre d'actions pour congédiement injustifié : *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812. Dans ces deux domaines du droit, le raisonnement est le même en principe, bien que les modalités du contrat et les rapports entre les parties guideront l'analyse en matière contractuelle.

[42] Un point controversé a trait aux types de prestations que vise l'exception relative à l'assurance privée. L'exception s'applique-t-elle aux assurances à caractère indemnitaire et à caractère non indemnitaire? S'applique-t-elle aux prestations d'invalidité, aux prestations d'assurance-emploi ou aux prestations de retraite? La Cour a répondu par l'affirmative à toutes ces questions, mais non, comme nous le verrons, sans une dissidence bien motivée. Bref, l'exception dite relative à l'assurance privée a été appliquée par analogie à diverses prestations qui ne découlent pas d'un contrat d'assurance.

[43] Dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, la Cour a appliqué l'exception de l'assurance de façon à ce que la valeur actuelle des prestations payables aux personnes à charge survivantes en vertu du Régime de pensions du Canada ne soit pas déduite des dommages-intérêts accordés dans le cadre d'une action pour blessures mortelles. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Spence a conclu que les prestations

assessing damages under the provisions of that statute”: p. 670; see also *Grand Trunk Railway v. Beckett* (1887), 16 S.C.R. 713, at p. 714, and *Quebec Workmen’s Compensation Commission v. Lachance*, [1973] S.C.R. 428, at pp. 433-34.

[44] In *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756, Mr. Guy’s injury led to his retirement and receipt of pension benefits. They were not deducted from damages for loss of earnings. Ritchie J., for the Court, viewed pensions, whether contributory or non-contributory, as flowing from the employee’s work and part of what the employer was prepared to pay for the employee’s services. He agreed with Lord Reid’s conclusion, in *Parry*, as quoted by Spence J., in *Gill*, that “[t]he fact that they flow from past work equates them to rights which flow from an insurance privately effected by [the employee]”: *Guy*, at p. 763. Similarly, in *Jack Cewe*, the Court did not deduct a dismissed employee’s un-employment insurance benefits from his wrongful dismissal damages. The benefits, wrote Pigeon J., for the Court, were a consequence of the contract of employment making them similar to contributory pension benefits: p. 818. (The collateral benefit issue that arose in *Jack Cewe* is now addressed by s. 45 of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, which states that a claimant who receives benefits and is subsequently awarded damages for the same period, “shall pay to the Receiver General as repayment of an overpayment of benefits an amount equal to the benefits that would not have been paid if the earnings had been paid or payable at the time the benefits were paid”.)

[45] In *Ratyck*, the Court found that sick leave benefits should be deducted from damages otherwise payable for loss of earning by the party whose

« présentent un caractère tellement semblable aux contrats d’assurance ordinaires qu’elles doivent également ne pas entrer en ligne de compte dans l’évaluation des dommages effectuée en vertu des dispositions du *Families’ Compensation Act* » : p. 670; voir aussi *Grand Trunk Railway c. Beckett* (1887), 16 R.C.S. 713, p. 714, et *Commission des Accidents du Travail de Québec c. Lachance*, [1973] R.C.S. 428, p. 433-434.

[44] Dans *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756, M. Guy a pris sa retraite et a commencé à toucher ses prestations de retraite après avoir subi une blessure. Les prestations n’ont pas été déduites des dommages-intérêts pour perte de gains. Le juge Ritchie, au nom de la Cour, a considéré que les pensions, qu’elles soient contributives ou non, provenaient du travail de l’employé et faisaient partie de ce que l’employeur était disposé à payer pour ses services. Il a accepté la conclusion tirée par lord Reid dans *Parry*, et citée par le juge Spence dans *Gill*, selon laquelle « [I]e fait qu’elles proviennent d’un travail passé les assimile à des droits qui dérivent d’une assurance privée contractée par l’employé » : *Guy*, p. 763. De même, dans *Jack Cewe*, la Cour n’a pas déduit les prestations d’assurance-emploi touchées par l’employé des dommages-intérêts qui lui avaient été accordés pour congédiement injustifié. Le juge Pigeon a écrit au nom de la Cour que les prestations étaient une conséquence du contrat de louage de service et que la situation était la même que pour les prestations de pension contributive : p. 818. (La question de la prestation parallèle soulevée dans cet arrêt est maintenant traitée à l’art. 45 de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, lequel prévoit qu’un prestataire qui reçoit des prestations et qui se voit par la suite accorder des dommages-intérêts au titre de la même période « est tenu de rembourser au receveur général à titre de remboursement d’un versement excédentaire de prestations les prestations qui n’auraient pas été payées si, au moment où elles l’ont été, la rémunération avait été ou devait être versée ».)

[45] Dans *Ratyck*, la Cour a conclu que l’indemnité de congé de maladie devrait être déduite des dommages-intérêts payables au titre de la perte de

negligence was responsible for the injuries. For the majority, McLachlin J. wrote that it may well be appropriate not to deduct benefits where the employee can show a contribution equivalent to payment of an insurance premium. In other words, benefits may not be deductible when they come about because the plaintiff has prudently obtained and paid for insurance. However, that was not the case in *Ratyck*, making it a different situation than one in which the benefits flow from the employer/employee relationship: pp. 973-74. In *Cunningham*, disability insurance benefits payable under the terms of collective agreements were held not to be deductible because there was evidence that the plaintiffs had paid for these disability plans through reduced wages. The Court's earlier decision in *Ratyck* was distinguished on this basis.

[46] Finally, in *Sylvester*, non-contributory disability benefits received during the notice period were deducted from wrongful dismissal damages otherwise payable. The benefits were intended to be an indemnity for lost wages while the plaintiff was unable to work, the plaintiff had not contributed to acquire the benefit, and policy considerations favoured deduction.

[47] The two cases in which the private insurance exception was *not* applied (*Ratyck* and *Sylvester*) involved benefits that were intended to be an indemnity for the type of loss that resulted from the defendant's breach and to which the plaintiff had not contributed. Retirement pension benefits, which are not an indemnity for loss of wages resulting from inability to work and to which the employee contributes directly or indirectly, have been held by this Court and others to fall within the private insurance exception: *Guy*; *Gill*; *Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), aff'd (1993), 2 C.C.P.B. 99 (Ont. Ct. J. (Div. Ct.)); *Emery v. Royal Oak Mines Inc.* (1995), 24 O.R. (3d) 302 (Gen. Div.); *Parry*.

revenus par la partie dont la négligence a entraîné des blessures. S'exprimant au nom des juges majoritaires, la juge McLachlin a écrit qu'il peut être approprié de ne pas déduire les prestations lorsque l'employé peut établir qu'il a payé des cotisations équivalant aux primes d'une police d'assurance. Autrement dit, il est possible que les prestations ne soient pas déductibles parce que le demandeur a souscrit et payé par mesure de prudence une assurance personnelle. Cependant, ce n'était pas le cas dans *Ratyck*, qui présente une situation différente de celle où les prestations découlent de la relation employeur-employé : p. 973-974. Dans *Cunningham*, les prestations d'invalidité payables aux termes des conventions collectives ont été jugées non déductibles parce qu'il avait été démontré que les demandeurs avaient contribué au régime en acceptant une diminution de salaire. La Cour a établi à cet égard une distinction d'avec l'arrêt antérieur *Ratyck*.

[46] Enfin, dans *Sylvester*, les prestations d'invalidité non contributives reçues pendant la période de préavis ont été déduites des dommages-intérêts par ailleurs payables pour congédiement injustifié. Les prestations étaient versées à titre d'indemnité pour perte de salaire pendant que le demandeur était incapable de travailler, le demandeur n'avait pas cotisé au régime et des considérations de principe favorisaient la déduction.

[47] Dans les deux cas où l'exception relative à l'assurance privée *n'a pas* été appliquée (*Ratyck* et *Sylvester*), il était question de prestations auxquelles le demandeur n'avait pas contribué et qui devaient servir à indemniser ce dernier pour la perte causée par le manquement du défendeur. Les tribunaux, y compris notre Cour, ont jugé que les prestations de retraite, qui ne constituent pas une indemnité pour perte de salaire découlant d'une incapacité à travailler et auxquelles l'employé contribue directement ou indirectement, étaient visées par l'exception relative à l'assurance privée : *Guy*; *Gill*; *Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101 (C.J. Ont. (Div. gén.)), conf. par (1993), 2 C.C.P.B. 99 (C.J. Ont. (C. div.)); *Emery c. Royal Oak Mines Inc.* (1995), 24 O.R. (3d) 302 (Div. gén.); *Parry*.



[48] IBM relies on *Canadian Human Rights Commission v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 86, 301 N.R. 321, but, in my view, this reliance is misplaced. The human rights complainant in that case, Master Corporal (retired) Carter, complained that his release from the Canadian Forces by virtue of his age constituted discrimination; in other words, his claim was not that his employer had failed to give him reasonable notice of termination, but that it could not lawfully terminate him. Following his release from service, a proper legislative basis for compulsory retirement was put in place, thus ending the discrimination. The question was whether the compensation awarded by the Human Rights Tribunal for lost wages during the period of discrimination should be reduced by the amount of pension benefits received during that period. The Federal Court of Appeal held that they should. However, it specifically declined to decide the case on the basis of the private insurance exception: para. 20. Instead, it reasoned that Master Corporal Carter should be treated as a member of the regular force during the period of discrimination. But, by virtue of the applicable provisions of the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C. 1985, c. C-17, a person may *either* be a member of the regular armed forces contributing to the superannuation account *or* a person who has ceased to be a member and entitled to benefits, but not both at the same time. On that basis, his claim for both pension benefits and his full salary was inconsistent with the nature of his claim and the governing legislation. This reasoning cannot apply to this case, however. The private insurance exception applies to wrongful dismissal actions: *Jack Cewe*. In addition, the contractual provisions here, unlike the statute that governed Master Corporal Carter's case, do not have any general bar against receiving full pension entitlement and employment income.

[48] IBM se fonde sur l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 86 (CanLII), mais elle le fait à tort, selon moi. Le caporal-chef Carter, le plaignant dans cette affaire de droits de la personne, affirmait que sa mise à la retraite par les Forces canadiennes, constituait de la discrimination en raison de l'âge; en d'autres mots, il ne prétendait pas que son employeur ne lui avait pas donné un préavis raisonnable, mais que l'employeur ne pouvait pas légalement le mettre à la retraite. Après cette mise à la retraite, des mesures législatives valides relatives à la retraite obligatoire ont été mises en place, ce qui a mis fin à la discrimination. La question était de savoir si l'indemnité accordée par le Tribunal des droits de la personne pour perte de salaire pendant la période au cours de laquelle le plaignant avait été victime de discrimination devait être réduite du montant des prestations de retraite versées au cours de cette période. La Cour d'appel fédérale a conclu que les prestations de retraite devaient être déduites. Cependant, elle a expressément refusé de trancher l'affaire sur le fondement de l'exception relative à l'assurance privée : par. 20. La cour a plutôt estimé que le caporal-chef Carter devait être traité comme un membre de la force régulière pendant la période au cours de laquelle il a été victime de discrimination. Toutefois, en vertu des dispositions applicables de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. 1985, ch. C-17, une personne est *soit* un membre de la force régulière qui contribue au compte de pension de retraite, *soit* un ancien membre qui a droit à des prestations, mais non les deux à la fois. Pour cette raison, M. Carter ne pouvait réclamer à la fois des prestations de retraite et son plein salaire, cela étant incompatible avec la nature de sa demande et les dispositions législatives applicables. Ce raisonnement ne peut toutefois pas s'appliquer en l'espèce. L'exception relative à l'assurance privée s'applique aux actions pour congédiement injustifié : *Jack Cewe*. De plus, les dispositions contractuelles en l'espèce, contrairement à la loi régissant le cas du caporal-chef Carter, n'interdisent pas qu'une personne touche la pension maximale et le revenu d'emploi.

[49] A second area of controversy concerns the basis of the private insurance exception. It has been explained on various grounds, which may be grouped under three main headings. One is concerned with the strength of the causal connection between receipt of the benefit and the defendant's breach, a second relates to the nature of the benefit, and a third concerns a variety of policy considerations that may be served by either deducting or not deducting the benefit.

[50] Before turning to those issues, however, I must address a contention advanced by my colleague Rothstein J. He maintains that application of the collateral benefit or private insurance exception is not appropriate where the plaintiff's cause of action and his right to a particular benefit arise from the same contract. I respectfully do not accept that there is or should be any such categorical "single contract" rule in relation to compensating advantages. This proposition is not consistent with this Court's jurisprudence.

[51] In *Jack Cewe*, unemployment insurance benefits were not deducted from wrongful dismissal damages. The Court held that the benefits were the "consequence of the contract of employment", making them similar to contributory pension benefits: p. 818. Thus, although the Court considered that the benefits and the claim for damages arose as a consequence of the same contract, the benefits were *not* deducted from the wrongful dismissal damages. Thus, my colleague's proposition is contradicted by a leading authority from this Court on the deduction of benefits from wrongful dismissal damages.

[52] The *Sylvester* case, from this Court, does not lay down any such broad "single contract" rule. If that had been the Court's view, it would have provided a much simpler solution to the issue in *Sylvester* than the one it unanimously adopted. Of course, in *Sylvester*, the sick leave benefits and the claim for wrongful dismissal damages both arose

[49] Le deuxième point controversé concerne le fondement de l'exception relative à l'assurance privée. Pour expliquer cette exception, diverses raisons ont été avancées et peuvent être regroupées sous trois rubriques principales. La première a trait à l'importance du lien de causalité entre l'obtention de la prestation et le manquement du défendeur. La deuxième se rapporte à la nature de la prestation et la troisième touche aux différents objectifs de politique générale pouvant être atteints selon que la prestation est ou n'est pas déduite.

[50] Cependant, avant d'aborder ces questions, je dois traiter d'une prétention de mon collègue le juge Rothstein. À son avis, il ne convient pas d'appliquer l'exception relative à la prestation parallèle ou à l'assurance privée lorsque la cause d'action du demandeur et son droit à une prestation donnée découlent du même contrat. Soit dit en toute déférence, je n'accepte pas l'idée qu'il existe ou qu'il devrait exister une règle aussi catégorique du « contrat unique » applicable aux avantages compensatoires. Cette thèse n'est pas conforme à la jurisprudence de notre Cour.

[51] Dans *Jack Cewe*, les prestations d'assurance-emploi n'ont pas été déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. La Cour a conclu que les prestations étaient « une conséquence du contrat de louage de service », les assimilant aux prestations de pension contributive : p. 818. Ainsi, même si la Cour estimait que les prestations et la réclamation de dommages-intérêts découlaient du même contrat, les prestations *n'ont pas* été déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. La thèse de mon collègue est donc contredite par un arrêt de principe de notre Cour relatif à la déduction des prestations des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié.

[52] Notre Cour n'établit aucune règle du « contrat unique » aussi générale dans son arrêt *Sylvester*. Si elle avait vu les choses de cette façon, la Cour aurait trouvé une solution beaucoup plus simple à la question en litige dans l'arrêt *Sylvester* que celle qu'elle a unanimement adoptée. Certes, dans *Sylvester*, les prestations pour congé de maladie

from the contract of employment, but the Court did not rely on, or even mention, the broad “single contract” rule advanced by my colleague. On the contrary, Major J., writing for the Court, was careful *not* to articulate any broad “single contract” rule in relation to compensating advantages. He stated that

[t]here may be cases where an employee will seek benefits in addition to damages for wrongful dismissal on the basis that the disability benefits are akin to benefits from a private insurance plan for which the employee has provided consideration. This is not the case here. . . . The issue whether disability benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal where the employee has contributed to the disability benefits plan was not before the Court. [Emphasis added; para. 22.]

Of course, whether the employee contributes to the benefits or not, they equally arise under the employment contract. The fact that the Court explicitly left this point open is inconsistent with the Court intending to adopt the broad “single contract” rule espoused by Rothstein J. *Sylvester* teaches that, where a cause of action and a benefit arise under the contract of employment, we must look first to that contract to determine the issue of whether an employment benefit should be deducted from wrongful dismissal damages. As in *Sylvester*, Mr. Waterman’s contract of employment is silent on this issue, so we must attempt to discern the parties’ intentions in light of the express terms of the contract of employment.

[53] I return to the three areas of controversy in relation to the basis of the private insurance exception.

- (i) Strength of Connection to the Defendant’s Breach

[54] The strength-of-connection factor has often been referred to in the cases. The argument is that private insurance benefits (and benefits considered analogous to them) should not be deducted because they result from the plaintiff’s contract of

et la réclamation de dommages-intérêts pour congédiement injustifié découlaient toutes deux du contrat de travail, mais la Cour n’a pas invoqué, ni même mentionné, la règle générale du « contrat unique » posée par mon collègue. Au contraire, le juge Major, s’exprimant au nom de la Cour, a pris soin de ne formuler *aucune* règle générale du « contrat unique » applicable aux avantages compensatoires. Il a affirmé ce qui suit :

Il est possible qu’il se présente des cas où l’employé demandera des prestations en sus des dommages-intérêts pour congédiement injustifié, pour le motif que les prestations d’invalidité s’apparentent aux prestations d’un régime privé d’assurance auquel il a cotisé. Ce n’est pas le cas en l’espèce. [ . . . ] Notre Cour n’était pas saisie de la question de savoir si les prestations d’invalidité devraient être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié lorsque l’employé a cotisé au régime de prestations d’invalidité. [Je souligne; par. 22.]

Bien sûr, les prestations découlent du contrat de travail, que l’employé cotise ou non au régime d’assurance. Le fait que la Cour ait explicitement laissé cette question en suspens est incompatible avec l’idée qu’elle ait voulu adopter la règle générale du « contrat unique » proposée par le juge Rothstein. L’arrêt *Sylvester* nous enseigne que, lorsqu’une cause d’action et une prestation découlent du contrat de travail, il nous faut d’abord examiner ce contrat pour déterminer si une prestation d’emploi doit être déduite des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Tout comme dans l’affaire *Sylvester*, le contrat de travail de M. Waterman ne précise rien sur ce point, et il nous faut donc tenter de dégager l’intention des parties à partir des termes exprès de ce contrat.

[53] Je reviens aux trois points controversés relativement au fondement de l’exception relative à l’assurance privée.

- (i) L’importance du lien de causalité avec le manquement du défendeur

[54] La jurisprudence a souvent fait état de l’importance du lien de causalité. On prétend que les prestations d’assurance privée (et les prestations jugées analogues) ne devraient pas être déduites parce qu’elles découlent du contrat d’assurance du

insurance, not from the defendant's wrongful act. This was part of the reasoning in *Bradburn v. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1, but at the distance of 140 years, this analysis seems artificial. Moreover, scholars have pointed out that decisions about legal as opposed to factual causation often simply disguise the true policy reasons underlying the decisions: see, e.g., Ogus, at p. 94; Burrows, at p. 162. In the leading English case on the private insurance exception, *Parry*, Lord Pearce commented that strict principles of causation do not provide a "satisfactory line of demarcation" between benefits that are and are not deductible: p. 34. While, as discussed, considering the connection between the breach and the benefit helps to identify that there is an issue about whether the benefit should be deducted, principles of causation do not provide reliable markers of whether a benefit should be deducted or not.

(ii) The Nature and Purpose of the Benefit

[55] The nature and purpose of the benefit, on the other hand, is often a better explanation of why private insurance benefits should or should not be deducted. Two factors relating to the nature of the benefit have been particularly important: whether the benefit is an indemnity for the loss caused by the defendant's breach and whether the plaintiff has directly or indirectly paid for the benefit.

[56] I will not attempt to lay down general principles that will cover all possible types of benefits. However, as we shall see, a review of this Court's jurisprudence supports the following general propositions (subject, of course, to statutory or contractual provisions to the contrary).

- Benefits have *not* been deducted if (a) they *are not* intended to be an indemnity for the sort of loss caused by the breach *and* (b) the plaintiff has contributed to the entitlement to the benefit: *Gill; Guy*.

demandeur, non de l'acte fautif du défendeur. C'est là en partie le raisonnement suivi dans *Bradburn c. Great Western Railway Co.* (1874), L.R. 10 Ex. 1, mais 140 ans plus tard, cette analyse semble artificielle. De plus, des auteurs ont souligné que les décisions portant sur la causalité juridique plutôt que factuelle cachent souvent les vraies raisons de principe sous-jacentes aux décisions : voir, p. ex., Ogus, p. 94; Burrows, p. 162. Dans *Parry*, l'arrêt de principe anglais qui portait sur l'exception relative à l'assurance privée, lord Pearce a fait remarquer que les principes stricts de la causalité ne permettent pas d'établir une [TRADUCTION] « ligne de démarcation satisfaisante » entre les prestations qui sont déductibles et celles qui ne le sont pas : p. 34. Comme nous l'avons vu, si l'examen du lien entre le manquement et la prestation contribue à déterminer que la question de la déductibilité de la prestation pose problème, les principes de la causalité n'offrent aucun indicateur fiable permettant de décider si une prestation devrait ou non être déduite.

(ii) La nature et l'objet de la prestation

[55] Par contre, la nature et l'objet de la prestation expliquent souvent mieux les raisons pour lesquelles des prestations d'assurance privée devraient ou non être déduites. Deux facteurs relatifs à la nature de la prestation se sont avérés particulièrement importants : la question de savoir si la prestation constitue une indemnité pour la perte causée par le manquement du défendeur, et la question de savoir si le demandeur a directement ou indirectement payé pour obtenir la prestation.

[56] Je n'essaierai pas d'énoncer des principes généraux applicables à tous les types de prestations possibles. Cependant, comme nous le verrons plus loin, un examen de la jurisprudence de la Cour étaye les propositions générales suivantes (sous réserve, bien sûr, de dispositions législatives ou contractuelles à l'effet contraire) :

- Les prestations n'ont *pas* été déduites si a) elles *n'étaient pas* destinées à dédommager le demandeur de la perte causée par le manquement *et* b) le demandeur a payé pour avoir droit aux prestations : *Gill; Guy*.

- Benefits have *not* been deducted where the plaintiff has contributed to an indemnity benefit: *Jack Cewe; Cunningham*.
- Benefits *have* been deducted when they *are* intended to be an indemnity for the sort of loss caused by the breach but the plaintiff has not contributed in order to obtain entitlement to the benefit: *Sylvester; Ratych*.
- Les prestations *n'ont pas* été déduites dans les cas où le demandeur a contribué à une prestation indemnitaire : *Jack Cewe; Cunningham*.
- Les prestations *ont* été déduites dans les cas où elles *étaient* destinées à dédommager le demandeur de la perte causée par le manquement, mais le demandeur n'a pas payé pour avoir droit aux prestations : *Sylvester; Ratych*.

[57] The pension benefit in this case was not intended to be an indemnity for lost wages and Mr. Waterman contributed to the acquisition of his pension through his years of service. This, no doubt, is why it has never been argued that the benefits should be deducted under the principle of mitigation. The pension benefit, therefore, is the type of benefit which should not be deducted. The reasoning leading me to this conclusion follows.

[58] I begin my review with the decision of the House of Lords in *Parry*, which is the foundation of much of the Canadian jurisprudence. Lord Reid ultimately based his conclusion that the benefit (a pension) should not be deducted based on its “intrinsic nature”: “A pension is intrinsically of a different kind from wages. . . . [W]ages are a reward for contemporaneous work, but . . . a pension is the fruit, through insurance, of all the money which was set aside in the past in respect of his past work. They are different in kind”: p. 16. Lord Pearce also considered the nature and purpose of the benefit when he asked: “Is there anything else in the nature of these pension rights derived from work which puts them into a different class from pension rights derived from private insurance? Their ‘character’ is the same”: p. 37. Lord Wilberforce also focused on the nature of the pension benefit, noting that it did not prevent the injured officer from taking other paid employment, whether it be for a wage that was less, equal to or more than his police officer’s salary: p. 42.

[57] Les prestations de retraite en l’espèce n’étaient pas destinées à dédommager M. Waterman d’une perte de salaire et ce dernier a contribué à l’acquisition de sa pension pendant ses années de service. C’est certainement la raison pour laquelle il n’a jamais été allégué que les prestations devraient être déduites suivant le principe de la limitation du préjudice. La prestation de pension est donc du genre de celles qui ne devraient pas être déduites. Voici le raisonnement qui m’amène à cette conclusion.

[58] J’examine d’abord la décision rendue par la Chambre des lords dans *Parry*, qui constitue l’assise d’une grande partie de la jurisprudence canadienne. Lord Reid a en définitive basé sa conclusion selon laquelle la prestation (une pension) ne devrait pas être déduite sur le fait de sa [TRADUCTION] « nature intrinsèque » : « De par sa nature, une pension est différente d’un salaire. [. . .] Le salaire est la rétribution immédiate d’un travail [. . .] tandis qu’une pension représente le fruit, produit par l’assurance, de la totalité des fonds mis de côté dans le passé relativement à son travail. Leur nature est différente » : p. 16. Lord Pearce a aussi tenu compte de la nature et de l’objet de la prestation lorsqu’il s’est posé la question suivante : « Existe-t-il, dans la nature de ces droits à pension découlant d’un travail, un autre élément qui les place dans une catégorie différente des droits à pension découlant d’une assurance privée? Leur “caractère” est le même » : p. 37. Lord Wilberforce a aussi insisté sur la nature de la prestation de retraite, soulignant qu’elle n’empêchait pas l’agent blessé d’accepter un autre travail rémunéré, que le salaire soit inférieur, égal ou supérieur à son salaire d’agent de police : p. 42.

[59] The nature and purpose of the benefit was central to the minority's reasoning in *Cunningham*. While the majority was concerned with authority, fairness and deterrence, the minority refocused the analysis on the nature of the benefit, distinguishing between "indemnity" and "non-indemnity" insurance. The former should be deductible, while the latter should not:

This distinction is critical to a discussion of collateral benefits. If the insurance money is not paid to indemnify the plaintiff for a pecuniary loss, but simply as a matter of contract on a contingency, then the plaintiff has not been compensated for any loss. He may claim his entire loss from the negligent defendant without violating the rule against double recovery. [pp. 371-72]

[60] Importantly, the minority judges accepted that the dominant tide of the jurisprudence in the common law world is that non-indemnity pension benefits should not be deducted: *Cunningham*, at p. 376. Although they mostly do not rely on the private insurance exception, Commonwealth decisions conclude that pension benefits should not be deducted from a damages award because pension benefits are not meant to compensate the plaintiff for the injury or breach of contract or to act as wage replacement. See for example: *National Insurance Co. of New Zealand Ltd. v. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *Graham v. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Parry*; *Smoker v. London Fire and Civil Defence Authority*, [1991] 2 A.C. 502 (H.L.). In *Hopkins v. Norcross plc*, [1993] 1 All E.R. 565 (Q.B.), the High Court applied this reasoning to the deductibility of pension benefits in a wrongful dismissal suit. The reasoning is also consistent with the decision of the U.K. Employment Appeal Tribunal in *Knaption v. ECC Card Clothing Ltd.*, [2006] I.C.R. 1084. The non-deductibility of pension benefits was affirmed by the New Zealand Court of Appeal in *Gilbert v. Attorney-General*, [2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72. This is consistent with the approach in *Guy*, discussed earlier, which concerned pension benefits that were clearly not intended to be an indemnity for loss of earnings

[59] Dans *Cunningham*, les juges minoritaires ont axé leur raisonnement sur la nature et l'objet de la prestation. Les juges majoritaires s'intéressaient aux précédents, à l'équité et à la dissuasion, mais les juges minoritaires ont réorienté l'analyse sur la nature de la prestation, en établissant une distinction entre l'assurance à caractère « indemnitaire » et l'assurance à caractère « non indemnitaire ». La première devrait être déduite alors que la seconde ne devrait pas l'être :

Cette distinction est cruciale pour toute analyse des prestations parallèles. Si le montant de l'assurance n'est pas versé pour dédommager le demandeur d'une perte pécuniaire mais qu'il est simplement payé dans le cadre d'un contrat relatif à un événement aléatoire, le demandeur n'a pas été indemnisé d'une perte. Il peut donc réclamer la totalité de sa perte au défendeur négligent sans violer la règle interdisant la double indemnisation. [p. 371-372]

[60] Fait important, les juges minoritaires ont reconnu que, suivant la tendance dominante de la jurisprudence des pays de common law, les prestations de retraite non indemnitaires ne devraient pas être déduites : *Cunningham*, p. 376. Même si la plupart des décisions du Commonwealth ne sont pas fondées sur l'exception relative à l'assurance privée, on y conclut que les prestations de retraite ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts parce qu'elles ne sont pas destinées à dédommager le demandeur d'un préjudice ou d'une rupture de contrat, pas plus qu'elles ne visent à remplacer le revenu. Voir par exemple : *National Insurance Co. of New Zealand Ltd. c. Espagne* (1961), 105 C.L.R. 569; *Graham c. Baker* (1961), 106 C.L.R. 340; *Parry*; *Smoker c. London Fire and Civil Defence Authority*, [1991] 2 A.C. 502 (H.L.). Dans *Hopkins c. Norcross plc*, [1993] 1 All E.R. 565 (B.R.), la Haute Cour a appliqué ce raisonnement à la déductibilité des prestations de retraite dans le cadre d'une action pour congédiement injustifié. Ce précédent a été suivi par le Tribunal d'appel du travail du R.-U. dans *Knaption c. ECC Card Clothing Ltd.*, [2006] I.C.R. 1084. La non-déductibilité des prestations de retraite a été confirmée par la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande dans *Gilbert c. Attorney-General*, [2010] NZCA 421, 8 N.Z.E.L.R. 72.

due to an inability to work. They were held not to be deductible from damages for loss of earnings payable by those responsible for the plaintiff's inability to work.

[61] The nature of the benefit was also an important factor in the Court's decision to deduct employer-funded disability payments from wrongful dismissal damages in *Sylvester*. The Court's analysis looked first to the nature and purpose of the benefit and, in particular, to the question of whether the benefit is in the nature of an indemnity for the sort of loss caused by the defendant's breach of contract. The fact that the benefit was intended to be an indemnity for wage loss was one of the reasons for the Court's conclusion that the benefit should be deducted.

[62] Reliance on the distinction between indemnity and non-indemnity benefits is sound in principle. As McLachlin J. pointed out in her dissenting reasons in *Cunningham*, if the benefit "is not paid to indemnify the plaintiff for a pecuniary loss, but simply as a matter of contract on a contingency", the benefit cannot be seen as having compensated the plaintiff for that pecuniary loss: pp. 371-72. If that is the case, the arguments in favour of deducting the benefit are weaker in the sense that IBM is asking to deduct apples from oranges.

[63] The fact that Mr. Waterman's pension comes from a defined benefit plan does not change its nature as a non-indemnity benefit.

Cette démarche est conforme à celle suivie dans l'arrêt *Guy*, dont il est question précédemment, lequel traitait de prestations de retraite qui n'étaient manifestement pas destinées à dédommager d'une perte de gains attribuable à une incapacité à travailler. Selon cet arrêt, les prestations n'étaient pas déductibles des dommages-intérêts au titre de la perte de gains que devaient payer les personnes responsables de l'incapacité à travailler du demandeur.

[61] Dans *Sylvester*, la nature de la prestation a également été un facteur important dans la décision de la Cour de déduire des dommages-intérêts payables pour congédiement injustifié les prestations d'invalidité financées par l'employeur. Dans son analyse, la Cour a d'abord examiné la nature et l'objet de la prestation et, plus particulièrement, la question de savoir si la prestation constituait une indemnité pour le type de perte causée par la rupture du contrat par le défendeur. Le fait que la prestation était destinée à dédommager d'une perte de revenus figure parmi les raisons qui ont amené la Cour à conclure que la prestation devrait être déduite.

[62] Il est justifié sur le plan des principes de se fonder sur la distinction entre les prestations indemnitaires et non indemnitaires. Comme l'a signalé la juge McLachlin dans les motifs dissidents qu'elle a rédigés dans l'arrêt *Cunningham*, si la prestation « n'est pas versé[e] pour dédommager le demandeur d'une perte pécuniaire, mais qu'[elle] est simplement payé[e] dans le cadre d'un contrat relatif à un événement aléatoire », on ne peut considérer qu'elle a dédommagé le demandeur de cette perte pécuniaire : p. 372. Si c'est le cas, les arguments invoqués en faveur de la déductibilité de la prestation sont plus faibles en ce sens que IBM demande que des pommes soient déduites des oranges.

[63] Le fait que la pension de M. Waterman provient d'un régime à prestations déterminées n'en change pas la nature, soit qu'il s'agit d'une prestation non indemnitaire.

[64] The Court in *Sylvester* also considered another factor — that the plaintiff had not contributed to obtain the benefit by paying for it directly or indirectly — in support of its conclusion that the benefit should be deducted from the damages. This factor has often been mentioned and relied on in the cases.

[65] For example, the Court first applied *Parry* in the 1973 case of *Gill*, and reaffirmed it in *Guy*. In both cases, the Court emphasized that the plaintiff had directly or indirectly paid for the benefit in question. As Ritchie J., writing for the Court, put it in *Guy*:

. . . this contributory pension is derived from the appellant’s contract with his employer and . . . the payments made pursuant to it are akin to payments under an insurance policy. This view is in accord with the judgment of the House of Lords in *Parry v. Cleaver*, which was expressly approved in this Court in the reasons for judgment of Mr. Justice Spence in *Canadian Pacific Ltd. v. Gill* . . . [p. 762]

[66] This line of reasoning was repeated in *Jack Cewe*, which held that contributory unemployment insurance benefits were not deductible from wrongful dismissal damages. This factor was also an important one in *Cunningham*. As Cory J. put it, on behalf of the majority: “The application of the insurance exception to benefits received under a contract of employment should not be limited to cases where the plaintiff is a member of a union and bargains collectively. Benefits received under the employment contracts of non-unionized employees will also be non-deductible if proof is provided of payment in some manner by the employee for the benefits”: p. 408 (emphasis added). The majority found that there was evidence of such payment and held that the benefit should not be deducted.

[67] While the cases from this Court have referred to whether the plaintiff has directly or indirectly contributed to the benefit, there are strong arguments against giving this consideration much weight as an explanation of why particular benefits

[64] Dans *Sylvester*, la Cour a aussi tenu compte d’un autre facteur — soit que le demandeur n’avait pas cotisé en vue d’obtenir la prestation en la payant directement ou indirectement — pour étayer sa conclusion selon laquelle la prestation devait être déduite des dommages-intérêts. Ce facteur a souvent été évoqué et retenu dans la jurisprudence.

[65] Par exemple, la Cour a d’abord appliqué le raisonnement adopté dans *Parry* dans l’arrêt *Gill* rendu à 1973 et l’a confirmé dans *Guy*. Dans ces deux arrêts, la Cour a souligné le fait que le demandeur avait payé directement ou indirectement afin d’obtenir la prestation en question. Comme l’a dit au nom de la Cour le juge Ritchie dans *Guy* :

. . . cette pension contributive provient du contrat de l’appelant avec son employeur et [. . .] les paiements faits en vertu de celle-ci sont de même nature que les paiements faits aux termes d’une police d’assurance. Cette opinion concorde avec le jugement de la Chambre des lords dans *Parry v. Cleaver*, que cette Cour a expressément approuvé dans les motifs de jugement du juge Spence dans l’arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Gill* . . . [p. 762]

[66] Ce raisonnement a été repris dans l’arrêt *Jack Cewe*, où la Cour a conclu que les prestations d’assurance-emploi contributives n’étaient pas déductibles des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Ce facteur a aussi joué un rôle important dans *Cunningham*. Comme l’a indiqué le juge Cory au nom des juges majoritaires : « L’exception visant les assurances ne devrait pas s’appliquer aux avantages conférés en vertu d’un contrat de travail seulement lorsque le demandeur est syndiqué et négocie collectivement. Les prestations reçues par un employé non syndiqué en vertu de son contrat de travail seront également non déductibles s’il est démontré que l’employé a d’une certaine manière payé les avantages conférés » : p. 408 (je souligne). Les juges majoritaires ont conclu que cette contribution avait été établie et que la prestation ne devait pas être déduite.

[67] Bien que les arrêts de notre Cour posent la question de savoir si le demandeur a directement ou indirectement contribué à la prestation, des arguments solides militent contre l’idée d’accorder beaucoup d’importance à ce facteur pour justifier



should or should not be deducted. As McLachlin J. pointed out in her partial dissent in *Cunningham*, reliance on this factor may be seen as inconsistent with legal principle and logic. With respect to legal principle, the defendant takes the plaintiff as he or she is and the plaintiff is compensated for his or her actual loss and no more. As a matter of logic, it does not seem right to say that deducting the benefits deprives the plaintiff of the contributions made to gain entitlement to those benefits — whether deducted from damages or not, the plaintiff receives the benefits: *Cunningham*, at pp. 381-83; for a critique of reliance on this factor, see also Ogus, at pp. 226-27.

[68] The pension benefits in issue in this case are not an indemnity for loss of wages and, as we shall see, pension benefits earned through years of service are invariably found to be contributory. The fact that the pension plan here is a defined benefit plan does not detract from that conclusion. As a result, the problem highlighted in the difference between the majority and the dissent in *Cunningham*, i.e. how to treat indemnity benefits to which the plaintiff contributed, does not arise in this case.

[69] I conclude from this review that whether the benefit is in the nature of an indemnity for the loss caused by the defendant's breach and whether the plaintiff has directly or indirectly paid for the benefit have been important explanations of why particular benefits fall, or do not fall, within the private insurance exception. The Court has been sharply and closely divided on the issue of the deduction for an indemnity benefit to which the plaintiff has contributed. However, there is no decision of the Court of which I am aware that has required deduction of a non-indemnity benefit to which the plaintiff has contributed, like the pension benefits in this case.

la déductibilité ou la non-déductibilité de certaines prestations. Comme l'a signalé la juge McLachlin dans ses motifs dissidents de l'arrêt *Cunningham*, le fait de s'appuyer sur ce facteur peut sembler incompatible avec les principes juridiques et la logique. En ce qui concerne les principes juridiques, le défendeur prend le demandeur dans la situation dans laquelle ce dernier se trouve et le demandeur est dédommagé de la perte qu'il a réellement subie, sans plus. En toute logique, il semble incorrect de dire que la déduction des prestations prive le demandeur des contributions qu'il a versées pour être admissible à ces prestations — qu'elles soient ou non déduites des dommages-intérêts, le demandeur reçoit les prestations : *Cunningham*, p. 381-383; pour une critique de l'importance accordée à ce facteur, voir aussi Ogus, p. 226-227.

[68] Les prestations de retraite en l'espèce ne constituent pas une indemnité pour perte de revenus et, comme nous le verrons, les prestations de retraite accumulées au fil des années de service sont invariablement jugées contributives. Le fait que le régime de retraite en l'espèce soit un régime à prestations déterminées ne change rien à cette conclusion. Par conséquent, le problème qui ressort de ce qui oppose l'opinion majoritaire et la dissidence dans *Cunningham*, c.-à-d. la façon dont il convient de traiter les prestations indemnitaires auxquelles le demandeur a contribué, ne se pose pas en l'espèce.

[69] Je conclus de cet examen que les questions de savoir si la prestation est de la nature d'une indemnité pour la perte attribuable au manquement du défendeur, et si le demandeur a contribué directement ou indirectement à la prestation, ont joué un rôle important lorsqu'il s'agit d'expliquer pourquoi certaines prestations sont ou ne sont pas visées par l'exception relative à l'assurance privée. Les opinions exprimées par la Cour ont été nettement et étroitement partagées sur la question de la déduction d'une prestation indemnitaire à laquelle le demandeur a contribué. Cependant, à ma connaissance, aucune décision de la Cour n'a exigé la déduction d'une prestation non indemnitaire à laquelle le demandeur a contribué, comme les prestations de retraite en l'espèce.

(iii) Broader Policy Considerations

[70] Three main policy considerations have often been advanced to explain why a benefit should or should not be deducted: punishment, deterrence, and the provision of incentives for socially responsible behaviour.

[71] The private insurance exception has often been justified on the basis that deducting the benefit from the damages reduces their punitive and deterrent value. However, the notion that the exception was intended to have a punitive and deterrent value has been widely, and, in my view, soundly, criticized. Authors agree that punitive and deterrent value ought not to be relied on to explain why a benefit is or is not deducted: see J. G. Fleming, “The Collateral Source Rule and Contract Damages” (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 56, at pp. 58-59; J. Marks, “Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not” (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387, at p. 1420; J. M. Perillo, “The Collateral Source Rule in Contract Cases” (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705, at p. 716; Ogus, at p. 225; Burrows, at pp. 162-63. This view is supported by both the High Court of Australia and the House of Lords: see *National Insurance Co.*, at p. 571, *per* Dixon C.J., and *Parry*, at p. 33. In *Parry*, Lord Pearce put it this way at p. 33: “The word ‘punitive’ gives no help. It is simply a word used when a court thinks it unfair that a defendant should be saddled with liability for a particular item.” I would add that it is hard to defend punishment and deterrence as rationales against the incisive critique advanced by McLachlin J. in her dissenting reasons in *Cunningham*, at pp. 383-84. I conclude that it is unsound to rely on a punitive or deterrent justification for the private insurance exception, particularly in breach of contract cases where fault is not an operating concept.

(iii) Considérations de principe plus générales

[70] Trois considérations de principe principales ont souvent été invoquées pour expliquer pourquoi une prestation devrait ou ne devrait pas être déduite : la punition, la dissuasion ainsi que des facteurs d’incitation en vue de l’adoption d’une conduite socialement responsable.

[71] L’exception relative à l’assurance privée a souvent été justifiée par le fait que la déduction de la prestation réduit la valeur punitive et dissuasive des dommages-intérêts. Cependant, la notion que cette exception devait avoir une valeur punitive et dissuasive a été largement critiquée, à bon droit à mon avis. Les auteurs s’entendent pour dire qu’il ne faut pas se fonder sur ces facteurs pour expliquer pourquoi une prestation est ou n’est pas déduite : voir J. G. Fleming, « The Collateral Source Rule and Contract Damages » (1983), 71 *Cal. L. Rev.* 56, p. 58-59; J. Marks, « Symmetrical Use of Universal Damages Principles — Such as the Principles Underlying the Doctrine of Proximate Cause — to Distinguish Breach-Induced Benefits That Offset Liability From Those That Do Not » (2009), 55 *Wayne L. Rev.* 1387, p. 1420; J. M. Perillo, « The Collateral Source Rule in Contract Cases » (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705, p. 716; Ogus, p. 225; Burrows, p. 162-163. Ce point de vue a été retenu tant par la Haute Cour d’Australie que par la Chambre des lords : voir *National Insurance Co.*, p. 571, le juge en chef Dixon, et *Parry*, p. 33. Dans *Parry*, lord Pearce s’est exprimé comme suit à la p. 33 : [TRADUCTION] « Le mot “punitif” n’est d’aucune utilité. Il s’agit simplement d’un mot utilisé quand un tribunal estime injuste qu’un défendeur soit tenu au paiement de dommages-intérêts relativement à un article donné. » J’ajouterais qu’il est difficile d’invoquer la punition et la dissuasion pour écarter la critique incisive faite par la juge McLachlin dans les motifs dissidents qu’elle a rédigés dans *Cunningham*, p. 383-384. Je conclus qu’il ne convient pas d’invoquer la punition ou la dissuasion pour justifier l’exception relative à l’assurance privée, surtout dans les cas de rupture de contrat où la notion de faute ne s’applique pas.

[72] This is not to say, however, that the approach to damages does or should ignore the underlying purposes of the substantive obligations the breach of which they seek to remedy. If, for example, an important purpose of the law of contracts is to protect the reasonable expectations of the parties to a contract, it is appropriate to consider how well the award of damages furthers that purpose in a particular case: see, e.g., A. Swan and J. Adamski, *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at §1.27. This consideration may be taken into account along with the other principles of damages law in order to ensure that there is a good “remedial fit” between the breach of obligation and the remedy.

[73] The private insurance exception has also been justified by the incentives it may provide. For example, deducting benefits that plaintiffs have provided for themselves might discourage plaintiffs from acting prudently in obtaining that sort of protection. This, however, has been a controversial explanation. The majority relied on it in *Cunningham*, but it was trenchantly criticized by the dissent and a similar critique has been made by scholars: see, e.g., Ogus, at pp. 226-27.

[74] In my view, we should be cautious about relying too heavily on the incentives that may result from deducting or not deducting. There will sometimes be little basis in fact for supposing that either deducting or not deducting certain benefits will have any impact on people’s behaviour. For example, do we think it likely that deducting insurance benefits will discourage people from buying insurance? The coverage is not limited to situations in which there will be legal recourse against a defendant. Even when legal recourse is available, it will likely require a longer and more expensive process, as compared to making an insurance claim. Nor is it likely that people will be less ready to buy insurance if they are not doubly compensated in cases in which fault can be established. It seems to me that we should generally rely on these broader

[72] Cela ne veut toutefois pas dire que l’approche applicable à l’égard des dommages-intérêts ne tient pas compte, ou ne devrait pas tenir compte, des objets sous-jacents aux obligations substantielles non respectées auxquelles on veut remédier par l’attribution de dommages-intérêts. Si, par exemple, la protection des attentes raisonnables des parties à un contrat constitue l’un des objectifs importants du droit contractuel, il convient alors d’examiner dans quelle mesure l’attribution de dommages-intérêts favorise cet objectif dans une affaire donnée : voir, p. ex., A. Swan et J. Adamski, *Canadian Contract Law* (3<sup>e</sup> éd. 2012), §1.27. Ce facteur peut être pris en considération, ainsi que les autres principes du droit afférent aux dommages-intérêts, pour faire en sorte que la réparation soit bien adaptée au manquement à l’obligation.

[73] L’exception relative à l’assurance privée a aussi été justifiée par les facteurs d’incitation qu’elle peut offrir. Par exemple, déduire les prestations que les demandeurs se sont procurées est susceptible de décourager les demandeurs d’agir prudemment lorsqu’ils prennent une mesure de protection de ce genre. Cette explication suscite toutefois une certaine controverse. Les juges majoritaires se sont fondés sur cette explication dans *Cunningham*, mais les juges dissidents, ainsi que certains auteurs, l’ont vigoureusement critiquée : voir, p. ex., Ogus, p. 226-227.

[74] À mon avis, nous devons nous garder d’accorder trop de poids aux facteurs d’incitation qui peuvent résulter de la déduction ou la non-déduction. Parfois, peu d’éléments nous permettront de croire que la déduction ou la non-déduction de certaines prestations aura une incidence sur le comportement des gens. Par exemple, croyons-nous qu’il soit probable que la déduction des prestations d’assurance aura pour effet de décourager les gens à souscrire une assurance? Le contrat d’assurance ne couvre pas seulement les situations qui se prêteront à un recours judiciaire contre un défendeur. Même lorsqu’un recours est possible, le processus peut s’avérer plus long et plus coûteux que le dépôt d’une réclamation d’assurance. Il n’est pas non plus vraisemblable de penser que les gens seront réticents à souscrire une assurance

policy concerns only when they are directly related to the particular benefit in issue and when there is some reasonable basis in fact or experience to suppose that deducting or not deducting will actually serve the policy objective.

[75] *Sylvester* provides an example of grounding policy considerations in the facts of the case. The result in that case was supported by the fact that deducting the disability benefits from wrongful dismissal damages ensured that all affected employees would receive equal damages: if the benefits were not deducted, a dismissed employee collecting disability benefits would receive more compensation than would the employee who is dismissed while working (para. 21). In the same paragraph, the Court considered the incentives created by the deduction or non-deduction of the disability benefits: failing to deduct the disability benefits could be an undesirable deterrent to employers establishing disability benefit plans. These concerns are directly related to the benefits in question and have a reasonable basis in fact.

[76] From this review of the authorities, I reach these conclusions:

- (a) There is no single marker to sort which benefits fall within the private insurance exception.
- (b) One widely accepted factor relates to the nature and purpose of the benefit. The more closely the benefit is, in nature and purpose, an indemnity against the type of loss caused by the defendant's breach, the stronger the case for deduction. The converse is also true.

s'ils ne reçoivent pas une double indemnité dans les cas où une faute peut être établie. Il me semble qu'en général nous devrions nous fonder sur ces considérations de principe plus générales seulement lorsqu'elles sont directement liées à la prestation en question et qu'un fondement factuel raisonnable ou l'expérience nous permettent de penser que la déduction ou la non-déduction favoriseront effectivement l'objectif recherché.

[75] L'arrêt *Sylvester* offre un exemple où l'on a fondé les considérations de principes sur les faits en cause. La décision rendue dans cette affaire s'appuyait sur le fait que la déduction des prestations d'invalidité des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié garantissait que tous les employés touchés recevraient des dommages-intérêts équivalents. Si les prestations n'étaient pas déduites, un employé congédié pendant qu'il touche des prestations d'invalidité obtiendrait une indemnité plus élevée que l'employé congédié pendant qu'il travaille (par. 21). Dans ce même paragraphe, la Cour a examiné les facteurs d'incitation résultant de la déduction ou la non-déduction des prestations d'invalidité — le fait de ne pas déduire les prestations pourrait constituer, pour les employeurs qui établissent des régimes de prestations d'invalidité, un facteur de dissuasion qui n'est pas souhaitable. Ces préoccupations sont directement liées aux prestations en question et ont un fondement factuel raisonnable.

[76] Cet examen de la jurisprudence et de la doctrine me permet de tirer les conclusions suivantes.

- a) Aucun facteur unique ne permet de déterminer les prestations qui sont visées par l'exception relative à l'assurance privée.
- b) Un facteur largement reconnu a trait à la nature et à l'objet de la prestation. Plus la prestation s'apparente, de par sa nature et son objet, à un dédommagement du type de perte causée par le manquement du défendeur, plus les circonstances militent en faveur de la déduction. L'inverse est aussi vrai.

- |   |  |
|---|--|
| (c) Whether the plaintiff has contributed to the benefit remains a relevant consideration, although the basis for this is debatable.  | c) La question de savoir si le demandeur a contribué à la prestation demeure pertinente, bien que son fondement soit discutable.   |
| (d) In general, a benefit will not be deducted if it is <i>not an indemnity</i> for the loss caused by the breach and the plaintiff <i>has contributed</i> in order to obtain entitlement to it.  | d) En général, une prestation ne sera pas déduite s'il <i>ne s'agit pas d'une indemnité</i> pour la perte causée par le manquement du défendeur et le demandeur <i>a contribué</i> dans le but d'y avoir droit.  |
| (e) There is room in the analysis of the deduction issue for broader policy considerations such as the desirability of equal treatment of those in similar situations, the possibility of providing incentives for socially desirable conduct, and the need for clear rules that are easy to apply. | e) L'analyse de la question de la déduction permet l'examen de considérations de principe plus générales, comme le fait qu'il soit souhaitable que toutes les personnes dans des situations semblables reçoivent un traitement équivalent, la possibilité d'offrir des incitations pour une conduite sociale souhaitable et la nécessité que des règles claires puissent facilement s'appliquer. |

### (3) Application to This Case

[77] Where would these factors lead us in this case? In my view, they clearly support not deducting the retirement pension benefits from wrongful dismissal damages. The retirement pension is not an indemnity for wage loss, but rather a form of retirement savings. While the employer made all of the contributions to fund the plan, Mr. Waterman earned his entitlement to benefits through his years of service. As the plan states, its primary purpose is “to provide periodic pension payments to eligible employees . . . after retirement . . . in respect of their service as employees”: art. 1.01, A.R., at p. 117. Thus, it seems to me that this case falls into the category of cases in which the insurance exception has always been applied: the benefit is not an indemnity and the employee contributed to the benefit. This result is consistent with the dominant view in the case law and among legal scholars: *Guy; Gill; Chandler; Emery; Parry; Ogus*, at p. 223.

[78] To conclude, the compensation principle should not be applied strictly in this case because the pension benefits fall within the private

### (3) Application à la présente affaire

[77] À quelle conclusion ces facteurs nous mènent-ils en l'espèce? À mon avis, ils militent clairement en faveur de la non-déduction des prestations de retraite des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Les prestations de retraite ne constituent pas une indemnité pour perte de revenus, mais plutôt une forme d'épargne-retraite. Bien que l'employeur ait fait toutes les cotisations au régime, M. Waterman a acquis pendant ses années de service le droit de recevoir des prestations. Comme il est énoncé dans le régime, le principal objet consiste à [TRADUCTION] « assurer le versement périodique des prestations aux employés admissibles [. . .] après la retraite [. . .] pour les services qu'ils ont rendus à titre d'employés » : art. 1.01, d.a., p. 117. Par conséquent, il me semble que la présente espèce entre dans la catégorie des situations auxquelles l'exception relative à l'assurance s'est toujours appliquée : la prestation n'est pas une indemnité et l'employé a cotisé au régime. Cette conclusion concorde avec l'opinion la plus généralement admise dans la jurisprudence et la doctrine : *Guy; Gill; Chandler; Emery; Parry; Ogus*, p. 223.

[78] En conclusion, le principe d'indemnisation ne devrait pas être appliqué strictement en l'espèce parce que les prestations de retraite sont visées

insurance exception and should not be deducted from the wrongful dismissal damages.

C. *Does the Court's Decision in Sylvester Support IBM's Position That the Pension Benefits Must Be Deducted?*

[79] I turn to IBM's second main argument, that the Court's decision in *Sylvester* supports its position that the pension benefits must be deducted here. In my view *Sylvester* does not support that result.

[80] The issue in *Sylvester* was whether damages for wrongful dismissal should be reduced by the amount of disability benefits paid during the notice period from an employer-funded plan. The Court's analysis addressed three factors: the nature of the benefit, the intentions of the parties as reflected in the employment contract, and some broader policy considerations. When these factors are considered in light of the facts of this case, they lead to the opposite conclusion than they did in *Sylvester*.

[81] The Court in *Sylvester* began by looking at the nature of the benefit. Was it intended to be a substitute (i.e. an indemnity) for wages payable during the period of reasonable notice? For two reasons, the Court determined that they were. First, the disability benefits were a wage replacement benefit. It was clear from the terms of the plans that the benefits were intended to continue the employee's earnings in the event the employee was unable to work due to illness or injury. Second, the disability benefits would be reduced by other income received by the employee, including other disability income, wage continuation plan benefits, pension benefits, workers' compensation benefits and salary from other employment: para. 14. They were therefore not freestanding entitlements — they were linked to and defined by the extent of actual income loss. (As I have already noted, the Court was also careful not to opine on whether the result would be the same if the employee had

par l'exception relative à l'assurance privée et ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

C. *L'arrêt Sylvester de notre Cour appuie-t-il la thèse d'IBM selon laquelle les prestations de retraite doivent être déduites?*

[79] J'aborde maintenant le deuxième argument principal soulevé par IBM, soit que l'arrêt *Sylvester* rendu par la Cour appuie sa thèse voulant que les prestations de retraite doivent être déduites en l'espèce. À mon avis, *Sylvester* n'appuie pas cette conclusion.

[80] La question en litige dans *Sylvester* était de savoir si les dommages-intérêts pour congédiement injustifié devaient être réduits du montant des prestations d'invalidité payées, pendant la période visée par le préavis, au titre d'un régime financé par l'employeur. L'analyse de la Cour portait sur trois facteurs : la nature de la prestation, les intentions des parties exprimées au contrat de travail, et quelques considérations de principe plus générales. L'examen de ces facteurs à la lumière des faits de l'affaire qui nous occupe mène à la conclusion contraire à celle tirée par la Cour dans *Sylvester*.

[81] Dans *Sylvester*, la Cour a d'abord examiné la nature de la prestation. Se voulait-elle une solution de rechange (c.-à-d. une indemnité) au salaire payable pendant la période de préavis raisonnable? La Cour a jugé que c'était le cas, et ce, pour deux raisons. Premièrement, les prestations d'invalidité remplaçaient le salaire. Il ressortait clairement des modalités des régimes en cause que les prestations visaient à maintenir le paiement de la rémunération de l'employé dans l'éventualité où celui-ci serait incapable de travailler pour cause de maladie ou de blessure. Deuxièmement, les prestations d'invalidité étaient réduites des autres revenus de l'employé, y compris les autres revenus d'invalidité, les prestations reçues au titre d'un régime de continuation de la rémunération, les prestations de pension, les indemnités d'accident du travail et le salaire tiré d'un autre emploi : par. 14. Elles ne constituaient donc pas un droit indépendant — elles étaient liées à la perte de salaire réelle et

contributed money or money's worth in order to obtain the benefit. The Court specifically left open the question of whether "disability benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal where the employee has contributed to the disability benefits plan": para. 22.)

[82] The benefit in issue in this case is of an entirely different nature. Unlike the disability benefits in *Sylvester*, the pension benefit is clearly not an indemnity benefit for loss of salary due to inability to work. The purpose of the pension benefits, as expressed in the plan documents, "is to provide periodic pension payments to eligible employees . . . after retirement and until death in respect of their service as employees": art. 1.01, A.R., at p. 117. The pension plan is, in essence, a retirement savings vehicle to which an employee earns an absolute entitlement over time. Benefits are determined by years of service and salary level. An employee who leaves employment after 10 or more years of service receives either a deferred pension or a transfer of the lump sum commuted value of the pension entitlement to a locked-in retirement vehicle. Pensionable earnings are credited at 100 percent of salary while on approved unpaid leave or short-term disability. Moreover, unlike the disability payments in *Sylvester*, pension payments or entitlements are not in general reduced by other income or benefits received by the recipient. Mr. Waterman could have retired, drawn his full pension, and drawn a full salary from another employer. Pension benefits are clearly not intended to provide an indemnity for loss of income.

[83] There is an even more fundamental difference. As Prowse J.A. points out in her reasons in

définies par cette perte. (Comme je l'ai déjà signalé, la Cour a aussi pris soin de ne pas se prononcer sur la question de savoir si la conclusion serait la même si l'employé avait cotisé, en argent ou autrement, dans le but d'obtenir les prestations. La Cour a explicitement indiqué qu'elle ne se prononçait pas sur la question de savoir si les « prestations d'invalidité devraient être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié lorsque l'employé a cotisé au régime de prestations d'invalidité » : par. 22.)

[82] Les prestations en l'espèce sont de nature complètement différente. Contrairement aux prestations d'invalidité en cause dans *Sylvester*, les prestations de retraite ne sont manifestement pas des prestations indemnitaires pour perte de salaire en raison d'une incapacité à travailler. Selon ce qu'indiquent les documents relatifs au régime, les prestations de retraite visent à [TRADUCTION] « assurer le versement périodique des prestations aux employés admissibles [. . .] après leur retraite et jusqu'à leur décès pour les services qu'ils ont rendus à titre d'employés » : art. 1.01, d.a., p. 117. Le régime de retraite est essentiellement un outil d'épargne-retraite sur lequel l'employé acquiert un droit absolu au fil du temps. Les prestations sont fonction des années de service et du niveau de salaire. L'employé qui quitte son emploi après 10 ans ou plus de service touche des prestations de retraite différées ou obtient le transfert de la valeur de rachat globale admissible de sa pension dans un compte de retraite immobilisé. Les gains ouvrant droit à pension sont calculés en fonction du plein salaire pendant un congé sans solde autorisé ou un congé d'invalidité de courte durée. De plus, contrairement aux prestations d'invalidité dans *Sylvester*, les autres sources de revenus ou prestations reçues par le bénéficiaire ne sont généralement pas déduites des prestations de retraite ou des droits à pension. M. Waterman aurait pu prendre sa retraite, toucher sa pleine pension et recevoir un plein salaire d'un autre employeur. Les prestations de retraite n'ont manifestement pas pour objet de compenser une perte de revenus.

[83] Il existe une différence encore plus fondamentale. Comme la juge Prowse l'a souligné

the Court of Appeal, pension benefits like those in issue here bear many of the hallmarks of a property right. They, as she put it, are regarded as belonging to the employee:

. . . although the payments under the [Defined Benefit Pension] Plan are made wholly by IBM, they are made “on behalf of” the employee. This is also reflected in IBM’s [Defined Contribution] Plan, where employer contributions are attributed to a fund in the name of the employee. In both instances, the pension benefits are regarded as belonging to the employee. They have the right to designate beneficiaries of the benefit; they can elect to transfer their pension account to another locked-in RRSP or to another employer after 10 years of service upon leaving IBM; there is a provision for a lump-sum pay-out on retirement in the case of “small pensions” (of lesser magnitude than that enjoyed by Mr. Waterman (Article 10.08)); and, in many jurisdictions, their pension rights are divisible between spouses on marriage breakdown. [Emphasis added; para. 60.]

[84] This view is supported by basic principles of pension law. Mr. Waterman’s pension was vested. As A. Kaplan and M. Frazer explain in *Pension Law* (2nd ed. 2013), at p. 203:

Vesting is the “foundation stone” of employee protections upon which pension regulation is based . . . . An employee who is vested has an enforceable statutory right to the accrued value of his or her pension benefit earned to date, even if the employee terminates employment and plan membership prior to retirement age. It is the vesting of pension benefits that shift our perception of pensions from purely contractual entitlements to quasi-proprietary interests.

[85] Pension benefits have consistently been viewed as an entitlement earned by the employee. As Lord Reid put it in *Parry*, at p. 16: “The products of the sums paid into the pension fund are in fact delayed remuneration for [the employee’s] current work. That is why pensions are regarded

dans ses motifs en Cour d’appel, les prestations de retraite telles celles en cause dans la présente affaire revêtent plusieurs des caractéristiques d’un droit de propriété. Pour reprendre ses propos, ces prestations sont considérées comme appartenant à l’employé :

[TRADUCTION] . . . bien que les paiements prévus au régime [de retraite à prestations déterminées] soient entièrement versés par IBM, ils le sont « pour le compte de » l’employé. C’est également ce qui appert du régime [à cotisations déterminées] d’IBM, où les cotisations de l’employeur sont versées dans une caisse au nom de l’employé. Dans les deux cas, les prestations de retraite sont considérées comme appartenant à l’employé. Ce dernier peut désigner les bénéficiaires des prestations et décider de transférer son compte de pension dans un autre REÉR immobilisé ou chez un autre employeur après 10 ans de service au moment où il cesse de travailler pour IBM; une disposition prévoit le versement d’une indemnité de départ forfaitaire à l’employé qui prend sa retraite et qui a droit à une « petite pension » (inférieure à celle dont jouit M. Waterman (article 10.08)); et, dans plusieurs ressorts, la valeur de ses droits à pension peut être partagée entre les conjoints en cas de rupture du mariage. [Je souligne; par. 60.]

[84] Ce point de vue s’appuie sur les principes de base du droit des pensions. La pension de M. Waterman était acquise. Comme l’expliquent A. Kaplan et M. Frazer dans *Pension Law* (2<sup>e</sup> éd. 2013), p. 203 :

[TRADUCTION] L’acquisition est la « pierre d’assise » des mesures de protection offertes à l’employé sur laquelle repose la réglementation des régimes de retraite [. . .] L’employé ayant acquis une pension se voit conférer par la loi un droit exécutoire à la valeur accumulée des prestations de retraite qu’il a déjà gagnées, même s’il met fin à son emploi et cesse de participer au régime de retraite avant d’avoir atteint l’âge de la retraite. C’est l’acquisition des prestations de retraite qui nous amène à voir les pensions non plus comme des droits de nature purement contractuelle, mais comme des intérêts quasi propriétaires.

[85] Les prestations de retraite ont toujours été perçues comme un droit acquis par l’employé. Comme l’a expliqué lord Reid à la p. 16 de l’arrêt *Parry* : [TRADUCTION] « Le produit des sommes versées dans la caisse de retraite constitue, en fait, une rémunération différée du travail actuel [de



as earned income.” The pension is therefore a form of retirement savings earned over the years of employment to which the employee acquires specific and enforceable rights. This is no less the case because the pension benefits were not reduced by the wrongful dismissal; had they been, there would be no collateral benefit problem and no question of deduction. It is useful to ask this question: In light of the contract of employment, would the parties have intended to use an employee’s vested pension entitlements to subsidize his or her wrongful dismissal? In my view, the answer must be no. As Joseph M. Perillo writes:

Suppose an employer fires an employee without justification, breaching a contract of employment, and the employee turns to his or her savings account for living expenses. No one would argue that the employee’s recovery against the employer should be diminished by the employee’s withdrawals from savings. The savings account is a collateral source. To the extent that another collateral source resembles a savings account, the plaintiff should be able to recover damages without a deduction for the amount received from the collateral source. [Emphasis added; p. 706.]

[86] My colleague Rothstein J. does not accept that the different nature of the benefits in issue here and in *Sylvester* is a relevant distinction between the two cases. However, Major J., writing for a unanimous Court in *Sylvester*, clearly thought it was. His first reason for deciding that the benefits ought to be deducted was that “the disability benefits were intended to be a substitute for the respondent’s regular salary”: para. 14. In other words, it was a key aspect of the Court’s reasoning in *Sylvester* that the benefit in issue was intended to be an indemnity for wage loss. I find it impossible to dismiss the first reason the Court in *Sylvester* gave for its decision as irrelevant.

l’employé]. C’est la raison pour laquelle on considère les prestations de retraite comme un revenu gagné. » Il s’agit donc d’une forme d’épargne-retraite gagnée au fil des années de service sur laquelle l’employé acquiert des droits spécifiques et exécutoires. Il n’en est pas moins ainsi du fait que le congédiement injustifié n’a pas entraîné une réduction des prestations de retraite; si elles avaient été réduites du fait du congédiement injustifié, il n’y aurait aucun problème de prestation parallèle et la question de la déduction ne se poserait pas. Il convient de poser la question suivante : compte tenu du contrat d’emploi, les parties auraient-elles eu l’intention d’utiliser les droits à pension acquis à l’employé pour financer son congédiement injustifié? À mon avis, il faut répondre par la négative. Joseph M. Perillo a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Supposons qu’un employeur congédie un employé sans justification, qu’il rompt le contrat d’emploi, et que l’employé utilise ses épargnes pour couvrir ses frais de subsistance. Personne n’irait prétendre que les montants retirés du compte d’épargne de l’employé devraient être déduits de la réparation payée à l’employé par l’employeur. Le compte d’épargne est une source parallèle. Dans la mesure où une autre source parallèle ressemble à un compte d’épargne, le demandeur devrait pouvoir recouvrer des dommages-intérêts sans que le montant provenant de la source parallèle ne soit déduit. [Je souligne; p. 706.]

[86] Mon collègue le juge Rothstein n’accepte pas que la nature différente des prestations en l’espèce par rapport à celles dont il est question dans *Sylvester* puisse constituer une distinction pertinente entre les deux affaires. Cependant, le juge Major, qui a rédigé la décision unanime de la Cour dans *Sylvester*, croyait manifestement que c’était le cas. La première raison pour laquelle il était d’avis que les prestations devaient être déduites était que « les prestations d’invalidité visaient à remplacer le salaire reçu ordinairement par l’intimé » : par. 14. Autrement dit, le fait que les prestations en cause devaient être une indemnité pour perte de salaire constituait un aspect essentiel du raisonnement adopté par la Cour dans *Sylvester*. J’estime qu’il est impossible de rejeter la première raison donnée par la Cour à l’appui de sa décision dans *Sylvester* au motif qu’elle n’est pas pertinente.

[87] The Court in *Sylvester* then turned to the contract of employment. The goal was to see if it shed any light on the parties' intentions with respect to the receipt of both damages for wrongful dismissal and disability benefits. Contrary to the view of my colleague Rothstein J., the relevant question was *not* what Mr. Sylvester was entitled to under his contract in the event that his employer had not breached it. The question was whether the contract expressly or impliedly provided for him to receive both disability benefits and damages for wrongful dismissal: para. 13. Although the employment contract in *Sylvester* (as in this case) did not expressly address that question, it did so by implication. The receipt of both disability benefits and wages was not possible in any circumstances under the contract of employment. Moreover, other income of any nature had to be deducted from the amount of the disability payments. This suggested that the parties did not intend Mr. Sylvester to receive both disability benefits and damages representing lost wages during the notice period. As Major J. put it:

The respondent's contractual right to damages for wrongful dismissal and his contractual right to disability benefits are based on opposite assumptions about his ability to work and it is incompatible with the employment contract for the respondent to receive both amounts. The damages are based on the premise that he would have worked during the notice period. The disability payments are only payable because he could not work. It makes no sense to pay damages based on the assumption that he would have worked in addition to disability benefits which arose solely because he could not work. This suggests that the parties did not intend the respondent to receive both damages and disability benefits. [Emphasis added; para. 17.]

[88] As I read *Sylvester*, this analysis does not suggest that we should focus narrowly on the precise provisions of the employment contract,

[87] Dans *Sylvester*, la Cour a ensuite examiné le contrat d'emploi dans le but de mieux comprendre les intentions des parties en ce qui concerne l'obtention de dommages-intérêts pour congédiement injustifié et de prestations d'invalidité. Contrairement à l'avis exprimé par mon collègue le juge Rothstein, la question pertinente *n'était pas* de savoir à quoi M. Sylvester avait droit aux termes de son contrat d'emploi si son employeur ne l'avait pas violé. La question était de savoir si le contrat prévoyait, expressément ou implicitement, qu'il reçoive à la fois des prestations d'invalidité et des dommages-intérêts pour congédiement injustifié : par. 13. Le contrat d'emploi dont il était question dans *Sylvester* (comme en l'espèce) ne traitait pas expressément de cette question, mais il le faisait implicitement. Quelles que soient les circonstances, il était impossible que M. Sylvester touche à la fois, en vertu du contrat d'emploi, des prestations d'invalidité et un salaire. De plus, les autres revenus, de quelque nature que ce soit, devaient être déduits du montant des prestations d'invalidité. Cela signifiait que les parties n'avaient pas l'intention que M. Sylvester touche à la fois les prestations d'invalidité et les dommages-intérêts pour perte de salaire pendant la période de préavis. Le juge Major l'a expliqué comme suit :

Le droit contractuel de l'intimé de recevoir des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations d'invalidité reposent sur des hypothèses opposées en ce qui concerne sa capacité de travailler, et il est incompatible avec le contrat de travail que l'intimé puisse toucher ces deux sommes d'argent. Les dommages-intérêts sont fondés sur la prémisses qu'il aurait travaillé pendant la période visée par le préavis. Les prestations d'invalidité ne sont payables que parce qu'il ne pouvait pas travailler. Il serait illogique de verser des dommages-intérêts en supposant que l'employé aurait travaillé, en sus de prestations d'invalidité découlant d'un droit qui n'a pris naissance que parce qu'il ne pouvait pas travailler. Cela tend à indiquer que les parties n'entendaient pas que l'intimé reçoive à la fois des dommages-intérêts et des prestations d'invalidité. [Je souligne; par. 17.]

[88] Selon mon interprétation de l'arrêt *Sylvester*, cette analyse ne signifie pas qu'il faille s'intéresser exclusivement aux dispositions précises du contrat

unless of course they deal expressly with the issue of whether pension benefits should be deducted from wrongful dismissal damages. In the absence of such an explicit provision — and, as in *Sylvester*, there is no explicit provision in this case — we must look at the contract in an attempt to determine what the parties intended with respect to the receipt of both wrongful dismissal damages and pension benefits.

[89] When we examine the employment contract in this case, the picture is much less clear than it was in *Sylvester*. It is true that because Mr. Waterman was between the ages of 65 and 71 at the time of his dismissal and qualified for his full pension, he could not in fact receive both employment income from IBM and pension benefits. However, looking at the contract as a whole, it is not a fair implication that the parties agreed that pension entitlements should be deducted from wrongful dismissal damages.

[90] First, an employee who is dismissed before his date of retirement would receive, without deduction, wrongful dismissal damages and all of his or her entitlements under the plan (for example, a deferred pension or its commuted value transferred to a locked-in savings vehicle). No one has suggested that these amounts would in any way affect wrongful dismissal damages. In fact, the value of any pension entitlements lost during the notice period would be a compensable loss in a wrongful dismissal action: see, e.g., J. R. Sproat, *Wrongful Dismissal Handbook* (6th ed. 2012), at pp. 6-51 to 6-52.6. Second, a retired employee would receive, in full, both his pension benefits and any employment income earned from another employer. There is nothing before us to suggest that a retired IBM employee could not obtain employment with another employer and keep both his or her pension income and the new employment income. Third, once an employee reaches age 71, he or she could receive in full both employment income from IBM and pension benefits: plan description, at p. 2 (A.R., at p. 103); plan art. 9.02 (A.R., at p. 132). In *Sylvester*, not only was it impossible in all

de travail, à moins bien sûr qu'elles portent expressément sur la question de la déductibilité des prestations de retraite des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. En l'absence d'une telle disposition expresse — et, tout comme dans *Sylvester*, il n'y en a aucune en l'espèce — nous devons examiner le contrat afin de déterminer quelle était l'intention des parties en ce qui concerne l'obtention de dommages-intérêts pour congédiement injustifié et de prestations de retraite.

[89] Lorsque nous examinons le contrat de travail en l'espèce, le tableau est beaucoup moins clair qu'il ne l'était dans *Sylvester*. Il est vrai que, parce que M. Waterman avait entre 65 et 71 ans au moment de son congédiement et qu'il était admissible à la pension maximale, il ne pouvait pas en fait toucher à la fois un revenu d'emploi d'IBM et des prestations de retraite. Cependant, lorsqu'on examine le contrat dans son ensemble, il n'est pas juste d'en inférer que les parties ont convenu que les droits à la pension devraient être déduits des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

[90] Premièrement, l'employé qui est congédié avant la date de sa retraite recevrait, sans déduction, des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et tous les droits prévus par le régime (par exemple, une pension différée ou le transfert de la valeur de rachat dans un compte de retraite immobilisé). Nul n'a laissé entendre que ces montants auraient une incidence quelconque sur les dommages-intérêts pour congédiement injustifié. En fait, la valeur des droits à la pension perdue pendant la période visée par le préavis serait indemnisable dans le cadre d'une action pour congédiement injustifié : voir, p. ex., J. R. Sproat, *Wrongful Dismissal Handbook* (6<sup>e</sup> éd. 2012), p. 6-51 à 6-52.6. Deuxièmement, l'employé retraité toucherait la pension maximale et tout revenu d'emploi d'un autre employeur. Rien ne nous permet de penser qu'un employé retraité d'IBM ne pourrait pas obtenir un emploi ailleurs et conserver son revenu de pension ainsi que le nouveau revenu d'emploi. Troisièmement, à l'âge de 71 ans, l'employé pourrait toucher le plein salaire versé par IBM et la pension maximale : description du régime, p. 2 (d.a., p. 103); régime, art. 9.02 (d.a., p. 132). Dans *Sylvester*, non seulement était-il

*circumstances* to receive salary and disability benefits, it was clear that the amount of disability benefits would be reduced by any other income, whatever its source, received by the employee: para. 14. Unlike *Sylvester*, it cannot be said here that the rights to damages for wrongful dismissal and to pension benefits are based on opposite or incompatible assumptions. This conclusion is also consistent with the understanding of vested pension entitlements as being akin to property rights which accrue over time for the employee's benefit.

[91] I conclude that, unlike the situation in *Sylvester*, Mr. Waterman's receipt of pension benefits and wrongful dismissal damages is not based on opposite assumptions about his ability to work and it is not incompatible with the employment contract that he could receive both pension benefits and employment income.

[92] Finally, the Court in *Sylvester* turned to the broader policy concerns, notably that dismissed employees should be treated alike and that the incentives should encourage rather than discourage employers from setting up disability plans. As Major J. put it, at para. 21:

If disability benefits are paid in addition to damages for wrongful dismissal, the employee collecting disability benefits receives more compensation than the employee who is dismissed while working. Deducting disability benefits ensures that all affected employees receive equal damages . . . . If disability benefits are not deductible, employers who set up disability benefits plans will be required to pay more to employees upon termination than employers who do not set up plans. This deterrent to establishing disability benefits plans is not desirable. [Emphasis added.]

[93] These factors are also relevant here, although, in this case, they support not deducting rather than

impossible pour l'employé, *en toutes circonstances*, de toucher un salaire et des prestations d'invalidité, mais il était clair que le montant de ces prestations serait réduit de tout autre revenu reçu par l'employé, peu importe la source : par. 14. Contrairement à l'affaire *Sylvester*, on ne peut affirmer en l'espèce que le droit à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et le droit aux prestations de retraite reposent sur des hypothèses opposées ou incompatibles. Cette conclusion s'accorde aussi avec l'idée que les droits acquis à la pension sont analogues aux droits de propriété qui s'accumulent avec le temps au profit de l'employé.

[91] Je conclus que, contrairement à la situation dans l'arrêt *Sylvester*, le fait que M. Waterman ait reçu des prestations de retraite et des dommages-intérêts pour congédiement injustifié ne repose pas sur des hypothèses opposées à propos de sa capacité à travailler et n'est pas incompatible avec le contrat d'emploi selon lequel il peut toucher à la fois des prestations de retraite et un revenu d'emploi.

[92] Enfin, dans l'arrêt *Sylvester*, la Cour a examiné des préoccupations de principe plus générales, notamment le fait que les employés congédiés devraient être traités de la même façon et que les mesures incitatives devraient encourager, et non dissuader, les employeurs à établir des régimes d'invalidité. Comme l'a expliqué le juge Major au par. 21 :

Si des prestations d'invalidité sont payées en sus de dommages-intérêts pour congédiement injustifié, l'employé qui reçoit des prestations d'invalidité reçoit une indemnité plus élevée que l'employé qui est congédié pendant qu'il travaille. Le fait de déduire les prestations d'invalidité garantit que tous les employés touchés reçoivent des dommages-intérêts équivalents [. . .] Si les prestations d'invalidité ne sont pas déductibles, les employeurs qui établissent des régimes de prestations d'invalidité devront, en cas de cessation d'emploi, payer davantage aux employés touchés que les employeurs qui n'établissent pas de tels régimes. Ce facteur de dissuasion à l'établissement de régimes de prestations d'invalidité n'est pas souhaitable. [Je souligne.]

[93] Ces facteurs sont également pertinents en l'espèce, bien que dans ce cas là, ils appuyaient

deducting the benefits. Unlike in *Sylvester*, non-deduction in this case promotes equal treatment of employees. If deduction is permitted, an employee who is eligible to receive his or her pension but has not reached 71 years of age can, by means of wrongful dismissal, be forced to retire and draw on his or her pension benefits. By contrast, an employee who is not entitled to his or her pension receives either a deferred pension or the commuted value of it plus full damages for wrongful dismissal and an employee over the age of 71 receives both pension and employment income. Deducting the benefits only in the case of employees in Mr. Waterman's situation would constitute unequal treatment of pensionable employees. Moreover, deductibility seems to me to provide an incentive for employers to dismiss pensionable employees rather than other employees because it will be cheaper to do so. This is not an incentive the law should provide. While this is a broader policy consideration, it is directly related to the benefit in question and has a reasonable basis in fact.

[94] My colleague Rothstein J. is of the view that there is no such incentive because “with respect to the cost of dismissing pensionable and non-pensionable employees, there is a difference only in form, not substance”: para. 134. Respectfully, I cannot agree. The suggestion implicit in this is that there is a dollar for dollar correlation between the amount of the pension benefits that IBM claims should be deducted and the amount IBM contributed over time in order to fund those benefits such that it is not cheaper to dismiss a pensionable employee than one who is not eligible to collect a full pension. This proposition, however, is based on a considerable oversimplification of how pension benefits are funded and, in my respectful view, is not accurate.

la non-déduction des prestations plutôt que leur déduction. Contrairement à la situation rencontrée dans *Sylvester*, la non-déduction en l'espèce favorise le traitement égal de tous les employés. Si la déduction est permise, l'employé admissible à la pension qui n'a pas atteint l'âge de 71 ans peut, s'il est congédié injustement, être obligé de prendre sa retraite et de toucher ses prestations de retraite. Par contre, l'employé non admissible à la pension touche des prestations de retraite différées ou la valeur de rachat de sa pension en sus de tous les dommages-intérêts pour congédiement injustifié, et l'employé âgé de plus de 71 ans touche à la fois ses prestations de retraite et son revenu d'emploi. Déduire les prestations seulement pour les employés qui se trouvent dans la même situation que M. Waterman constituerait une inégalité de traitement pour les employés admissibles à la pension. De plus, la déductibilité me semble avoir pour effet d'inciter les employeurs à congédier, pour des raisons économiques, les employés admissibles à la pension plutôt que les autres. Il ne s'agit pas là d'un facteur d'incitation que la loi devrait favoriser. Bien qu'il s'agisse d'une préoccupation de principe plus générale, elle est directement liée à la prestation en question et elle repose sur un fondement factuel raisonnable.

[94] Mon collègue le juge Rothstein estime qu'il n'existe aucun facteur d'incitation de ce genre parce que « la différence entre le coût lié au congédiement des employés admissibles à la pension et le coût lié au congédiement des employés non admissibles est une question de forme seulement et non de fond » : par. 134. En toute déférence, je ne puis souscrire à cette opinion. Il laisse entendre implicitement par là qu'il existe un rapport d'équivalence entre le montant des prestations de retraite qui, selon IBM, devrait être déduit et la somme qu'elle a cotisée au fil du temps pour financer ces prestations, de sorte qu'il n'est pas plus économique de congédier un employé admissible à la pension que de congédier un employé non admissible à une pleine pension. Cette proposition repose toutefois sur une simplification fort excessive, et inexacte à mon humble avis, du financement des prestations de retraite.

[95] My colleague Rothstein J. suggests that failure to deduct earned pension benefits from wrongful dismissal damages may disadvantage other employees in the future because it may “incentivize” employers to require an employee to work through the duration of the reasonable notice period to the potential disadvantage of employees. However, the risk of such an incentive seems to me to be highly speculative. There are pluses and minuses for both the employer and employee of giving (and receiving) working notice. From the employer’s perspective, it may not be advantageous to have the employee remain on the employer’s premises during the period of working notice. In addition, the employer loses the benefit of the employee’s efforts to mitigate damages by finding alternate employment, a benefit that is often unpredictable at the time of termination. The employer is always able to negotiate before firing an employee rather than firing without first negotiating. In light of these considerations, among others, it seems to me to be highly speculative to say that refusal to deduct pension benefits will encourage employers to give working notice rather than offer severance.

[96] Finally, there is no parallel, from a policy analysis perspective, between this case and *Sylvester*. The Court in *Sylvester* was concerned that failure to deduct the non-contributory wage replacement benefits in issue there might make employers reluctant to fund wage replacement benefits. This concern does not arise here, given that the pension benefit is not intended to be an indemnity for wage loss and that the employees contribute to the cost of the pension benefits. Moreover, any employer who has this concern (and it must be said that the scarcity of reported cases on the point suggest that it arises very uncommonly) can address it by adding appropriate language to the pension plan text.

[97] To conclude: in this case, the pension benefits are markedly different in nature than the disability benefits in issue in *Sylvester*, the intention

[95] Selon mon collègue le juge Rothstein, l’omission de déduire les prestations de retraite acquises des dommages-intérêts pour congédiement injustifié peut défavoriser d’autres employés à l’avenir en « incitant » les employeurs à exiger de l’employé qu’il travaille jusqu’à la fin de la période de préavis raisonnable, ce qui pourrait défavoriser les employés. Cependant, le risque associé à ce facteur d’incitation me semble éminemment conjectural. Le fait de donner (et de recevoir) un préavis comporte des avantages et des inconvénients tant pour l’employeur que pour l’employé. Du point de vue de l’employeur, il n’est peut-être pas avantageux que l’employé reste sur les lieux de travail pendant la période de préavis. De plus, l’employeur ne bénéficie pas des efforts que pourrait déployer l’employé pour trouver un autre emploi et, ainsi, limiter le préjudice, un avantage imprévisible dans bien des cas au moment du congédiement. L’employeur peut toujours négocier avant de congédier un employé au lieu de le congédier sans avoir d’abord négocié. Vu ces considérations, entre autres, il me semble très conjectural de dire que le refus de déduire les prestations de retraite encouragera les employeurs à donner un préavis plutôt qu’à offrir une indemnité de départ.

[96] Enfin, il n’existe aucun parallèle, du point de vue des considérations de politique générale, entre l’affaire *Sylvester* et la présente affaire. Dans *Sylvester*, la Cour craignait que si les prestations de remplacement du salaire non contributives n’étaient pas déduites, les employeurs pourraient se montrer réticents à financer ces prestations. Cette préoccupation n’est pas présente en l’espèce vu que la prestation de retraite n’est pas censée constituer une indemnité pour perte de salaire et que les employés contribuent au coût des prestations de retraite. De plus, un employeur en proie à cette crainte (il convient cependant de préciser que le peu de cas signalés donne à penser que ce problème survient très rarement) peut la dissiper en ajoutant une disposition appropriée au texte du régime de retraite.

[97] Pour conclure, j’estime qu’en l’espèce, les prestations de retraite sont de nature très différente des prestations d’invalidité en cause dans l’affaire

of the parties in relation to the issue of deduction is much more uncertain in this case than in *Sylvester* and the broader policy considerations point in the opposite direction. Unlike the disability benefits in *Sylvester*, the pension benefits are not an indemnity for loss of earnings, they are not reduced by other benefits or income received and the employee over time receives a legal entitlement to the commuted value of the benefits. Unlike the situation respecting disability benefits in *Sylvester*, there is no general bar against an employee receiving both pension income and employment income, and receipt of the benefits and income is not based on opposite or incompatible assumptions. Pension benefits are not reduced by other income. Not deducting the pension benefits serves the goal of equal treatment of employees and provides better incentives for just treatment of all employees.

[98] I conclude, therefore, that *Sylvester* does not support IBM's position in this case, and that it, in fact, supports the conclusion that the pension benefits should not be deducted from the wrongful dismissal damages.

#### V. Disposition

[99] I would dismiss the appeal with costs throughout.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein J. were delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting) —

#### I. Introduction

[100] Richard Waterman brought this suit alleging that his employer, IBM Canada Ltd., breached his employment contract by failing to provide him with reasonable notice of his termination. The trial judge found, and it is now undisputed, that Mr. Waterman was entitled to 18 months more notice than he

*Sylvester*, que l'intention des parties en ce qui concerne la déductibilité est bien plus ambivalente que dans *Sylvester*, et que les préoccupations de principe plus générales vont dans le sens contraire de cet arrêt. Contrairement aux prestations d'invalidité en cause dans *Sylvester*, les prestations de retraite ne constituent pas une indemnité pour perte de revenus, elles ne sont pas réduites par le versement d'autres prestations ou par un revenu et l'employé acquiert au fil du temps le droit de toucher la valeur de rachat des prestations. Contrairement à la situation relative aux prestations d'invalidité dans *Sylvester*, rien n'interdit à un employé de toucher à la fois ses prestations de retraite et un revenu d'emploi, et l'obtention de ces prestations et de ce revenu n'est pas fondée sur des hypothèses opposées ou incompatibles. Les prestations de retraite ne sont pas réduites par d'autres revenus. La non-déduction des prestations de retraite permet d'offrir aux employés un traitement égal et d'inciter plus efficacement les employeurs à traiter tous leurs employés de façon équitable.

[98] Je conclus par conséquent que l'arrêt *Sylvester* n'étaye pas la thèse d'IBM en l'espèce, mais qu'il appuie plutôt la conclusion selon laquelle les prestations de retraite ne devraient pas être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

#### V. Dispositif

[99] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Rothstein rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissident) —

#### I. Introduction

[100] Richard Waterman a intenté la présente action dans laquelle il allègue que son employeur, IBM Canada Ltée, a violé son contrat de travail en ne lui donnant pas un préavis de congédiement raisonnable. Le juge de première instance a conclu, ce que nul ne conteste maintenant, que

was given, and that he is accordingly entitled to the salary he would have earned if he continued to work during that period. During the 18-month period, IBM paid Mr. Waterman monthly pension benefits under the assumption that he was retired. The sole issue in this case is whether the pension benefits that IBM paid to Mr. Waterman during the 18-month notice period must be deducted in calculating the appropriate damages award.

[101] I agree with the majority that a straightforward application of the governing principle of contract damages — that the non-breaching party be placed in the position he would have been in had the contract been performed — leads to the conclusion that deduction is required (see para. 2). The parties agree that, had Mr. Waterman been given reasonable notice and worked through the reasonable notice period, he would have received his salary, but not his pension, until the notice period elapsed. Deducting the pension benefits IBM paid him during the reasonable notice period thus puts him in the position he would have been in had the contract been performed and failure to deduct gives him a windfall.

[102] However, the majority accepts Mr. Waterman’s argument that he should be allowed a windfall because his pension benefits are subject to the “private insurance” exception. I would reject that argument. This case requires the Court to assess Mr. Waterman’s loss under the terms of a single contract which gave rise to both Mr. Waterman’s right to reasonable notice and his right to pension benefits. The private insurance exception has no application to such a case. Where the Court is called upon to assess loss under a single contract, the plaintiff’s entitlement turns on the ordinary governing principle that he should be put in the

M. Waterman avait droit à un préavis de 18 mois en plus de celui qu’on lui avait donné, et qu’il a par conséquent droit au salaire qu’il aurait gagné s’il avait continué à travailler pendant cette période. Au cours de la période de 18 mois, IBM a versé à M. Waterman des prestations de retraite mensuelles en tenant pour acquis que celui-ci avait pris sa retraite. La seule question en litige dans la présente affaire est de savoir si les prestations de retraite qu’IBM a versées à M. Waterman au cours de la période de préavis de 18 mois doivent être déduites lors du calcul de la somme qui doit lui être versée à titre de dommages-intérêts.

[101] Je conviens avec les juges majoritaires que, si l’on applique simplement le principe qui régit les dommages-intérêts contractuels — suivant lequel la partie innocente doit être rétablie dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le contrat avait été respecté — les prestations de retraite doivent être déduites (voir par. 2). Les parties s’entendent pour dire que, s’il avait reçu un préavis raisonnable et s’il avait travaillé pendant toute la période du préavis raisonnable, M. Waterman n’aurait touché que son salaire, mais pas ses prestations de retraite, jusqu’à la fin de la période de préavis. La déduction des prestations de retraite qu’IBM lui a versées au cours de la période de préavis raisonnable permet donc de remettre M. Waterman dans la même situation que celle dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. En ne déduisant pas les prestations de retraite, on permettrait à M. Waterman de réaliser un gain fortuit.

[102] Or, les juges majoritaires acceptent l’argument de M. Waterman selon lequel il faudrait lui laisser ce gain fortuit parce que ses prestations de retraite sont visées par l’exception relative à l’« assurance privée ». Je suis d’avis de rejeter cet argument. En l’espèce, la Cour doit déterminer la perte subie par M. Waterman selon les modalités d’un seul contrat qui a donné à M. Waterman le droit à un préavis raisonnable et le droit de toucher des prestations de retraite. L’exception relative à l’assurance privée ne s’applique pas à un tel cas. Lorsque la Cour est appelée à déterminer une perte aux termes d’un seul contrat, le droit du demandeur



position he would have been in had the contract been performed.

[103] It is important to note that not all pension plans are alike. Mr. Waterman's pension plan is a defined benefit plan, under which IBM undertook to provide Mr. Waterman with pension benefits from the time of his retirement until the time of his death, based on a predetermined formula. That is to say that, from Mr. Waterman's perspective, upon retirement, he would receive his defined benefits from an unlimited fund for the rest of his life. For this reason, Mr. Waterman's receipt of pension benefits during the reasonable notice period did not affect his future entitlement to pension benefits and deducting the benefits does not have the effect of taking anything away from Mr. Waterman. Rather, not deducting has the effect of giving Mr. Waterman more than he bargained for and charging IBM more than it agreed to pay.

## II. Factual Background

[104] Mr. Waterman was an employee of IBM for approximately 42 years. At the time he was terminated, he was 65 years old.

[105] As an employee of IBM, Mr. Waterman became a member of the company's defined benefit pension plan. Under the terms of the plan, IBM was required to make contributions to the pension plan on behalf of its employees and, upon an employee's eligibility to receive benefits, IBM would provide the employee with monthly benefits according to a predetermined formula until the employee's death. An employee became eligible to receive his monthly benefits upon retiring after reaching the age of 65. An employee whose employment was terminated prior to the age of 65 could receive his pension benefits upon turning 65 or could elect to transfer the actuarial equivalent of his accrued pension to a new employer. An employee also became eligible to receive his benefits upon reaching the age of 71, independent of whether he had been terminated

repose sur le principe ordinaire applicable suivant lequel celui-ci doit être rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté.

[103] Il importe de signaler que les régimes de retraite ne sont pas tous semblables. M. Waterman bénéficie d'un régime de retraite à prestations déterminées, aux termes duquel IBM s'est engagée à lui verser des prestations selon une formule prédéterminée, et ce, à compter de sa retraite et, par la suite, jusqu'à son décès. Autrement dit, du point de vue de M. Waterman, celui-ci devait toucher, sa vie durant à compter de sa retraite, des prestations déterminées à même un fonds illimité. C'est pourquoi les prestations de retraite reçues par M. Waterman au cours de la période de préavis raisonnable n'ont pas eu d'incidence, pour l'avenir, sur son droit aux prestations de retraite, et la déduction de ces prestations n'enlève rien à M. Waterman. Au contraire, la non-déduction a pour effet de lui accorder davantage que ce qu'il a négocié et d'obliger IBM à verser une somme plus élevée que celle convenue.

## II. Contexte factuel

[104] M. Waterman a travaillé pour IBM pendant environ 42 ans. Au moment de son congédiement, il était âgé de 65 ans.

[105] En tant qu'employé d'IBM, M. Waterman a adhéré au régime de retraite à prestations déterminées de la compagnie. Aux termes du régime, IBM devait cotiser au régime pour le compte de ses employés et, dès qu'un employé devenait admissible à toucher des prestations, IBM versait à cet employé des prestations mensuelles selon une formule prédéterminée, et ce, jusqu'à son décès. Le régime prévoyait qu'un employé devenait admissible à des prestations mensuelles au moment de sa retraite, après avoir atteint l'âge de 65 ans. L'employé dont l'emploi prenait fin avant l'âge de 65 ans pouvait toucher ses prestations de retraite après avoir atteint l'âge de 65 ans ou choisir de transférer à un nouvel employeur l'équivalent actuariel de ses prestations de retraite accumulées. L'employé devenait également admissible

or retired, which, according to the parties, was necessary for the plan to comply with income tax regulations. At the time Mr. Waterman was terminated by IBM, the monthly payment he would receive upon becoming eligible had already been determined for several years.

[106] IBM terminated Mr. Waterman in March 2009. It provided him with two months' working notice, after which it would consider him retired and begin paying him his pension benefits. The trial judge found, and it is now undisputed, that IBM was required to give Mr. Waterman an additional 18 months of notice.

[107] The termination letter also offered Mr. Waterman a separation payment in exchange for a general release from liability. As explained later, the separation offer would have provided Mr. Waterman with more than he would have earned had he been given the full 20-month notice period and worked through the notice period. Mr. Waterman declined IBM's separation offer. He continued to work for IBM during the two-month notice period that he was given, and thereafter began collecting monthly pension benefits from IBM. On June 11, 2009, Mr. Waterman initiated this action to enforce his contractual right to be provided with reasonable notice of his termination.

[108] In September 2009, Mr. Waterman obtained alternative employment as a part-time insurance salesman.

### III. Procedural History

#### A. *Supreme Court of British Columbia, 2010 BCSC 376, 2010 CLLC ¶210-021*

[109] After a summary trial, Goepel J. found that IBM breached Mr. Waterman's employment contract by failing to provide him with reasonable

à recevoir ses prestations à l'âge de 71 ans, peu importe qu'il ait été congédié ou qu'il ait pris sa retraite, ce qui, selon les parties, était nécessaire pour que le régime soit conforme aux règlements de l'impôt sur le revenu. Au moment où IBM a congédié M. Waterman, la somme que ce dernier devait recevoir chaque mois à partir du moment où il devenait admissible était déjà calculée depuis de nombreuses années.

[106] IBM a congédié M. Waterman au mois de mars 2009. Elle lui a donné un préavis de deux mois, après quoi elle le considérerait à la retraite et commencerait à lui verser des prestations de retraite. Le juge de première instance a conclu, et personne ne le conteste maintenant, qu'IBM avait l'obligation de donner à M. Waterman un préavis supplémentaire de 18 mois.

[107] La lettre de congédiement offrait également à M. Waterman une indemnité de cessation d'emploi en échange d'une décharge de toute responsabilité. Comme je l'explique plus loin, l'offre de cessation d'emploi aurait accordé à M. Waterman davantage que ce qu'il aurait reçu si on lui avait donné un préavis complet de 20 mois et s'il avait travaillé pendant toute la durée du préavis. M. Waterman a refusé l'offre de cessation d'emploi d'IBM. Il a continué à travailler pour IBM pendant la période de préavis de deux mois qu'il avait reçu et il a commencé par la suite à toucher des prestations de retraite mensuelles d'IBM. Le 11 juin 2009, M. Waterman a introduit la présente action en vue de faire reconnaître son droit contractuel à un préavis de congédiement raisonnable.

[108] En septembre 2009, M. Waterman a obtenu un autre emploi comme vendeur d'assurance à temps partiel.

### III. Historique procédural

#### A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2010 BCSC 376, 2010 CLLC ¶210-021*

[109] Au terme d'un procès sommaire, le juge Goepel a conclu qu'IBM avait violé le contrat de travail de M. Waterman en ne lui donnant pas

notice. Goepel J. held that IBM was required to provide Mr. Waterman with an additional 18 months of notice beyond the two months that had been provided. As a result, Mr. Waterman was entitled to the salary he would have earned and benefits he would have accrued if he had continued to work for IBM during that time.

[110] Goepel J. did not deduct the pension benefits that IBM paid to Mr. Waterman during the notice period in calculating his damages. Goepel J. expressed the view that he was bound by the Court of Appeal for British Columbia's decision in *Girling v. Crown Cork & Seal Canada Inc.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1, in which it was held that pension benefits should not be deducted from wrongful dismissal damages. He acknowledged the possibility that *Girling* was no longer an accurate statement of the law in light of this Court's decision in *Sylvester v. British Columbia*, [1997] 2 S.C.R. 315, but found it incumbent upon him to follow *Girling* for reasons of judicial comity.

[111] Based on this reasoning, Goepel J. awarded Mr. Waterman \$93,305 in damages, which reflected the salary and benefits he would have earned if he had worked through the additional 18 months of notice, less the income earned from his new employment during that period.

B. *Court of Appeal for British Columbia, 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241*

[112] Writing for a unanimous panel, Prowse J.A. dismissed IBM's appeal.

[113] Prowse J.A. observed that the approach the Court of Appeal had previously taken in *Girling* was rejected by this Court's decision in *Sylvester*. In particular, *Sylvester* rejected the Court of Appeal for British Columbia's approach of treating agreements for employee benefits as contracts distinct from the

un préavis raisonnable. Le juge Goepel a estimé qu'IBM avait l'obligation de donner à M. Waterman un préavis de 18 mois en plus de celui qu'il avait reçu. M. Waterman avait par conséquent droit au salaire qu'il aurait gagné et aux prestations qu'il aurait accumulées s'il avait continué à travailler pour IBM pendant cette période.

[110] Dans son calcul des dommages-intérêts, le juge Goepel n'a pas déduit les prestations de retraite qu'IBM avait versées à M. Waterman au cours de la période de préavis. Le juge Goepel s'est dit d'avis qu'il était lié par la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Girling c. Crown Cork & Seal Canada Inc.* (1995), 9 B.C.L.R. (3d) 1, dans laquelle il avait été jugé que les prestations de retraite ne devaient pas être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Le juge a admis la possibilité que l'arrêt *Girling* ne représente plus un énoncé exact de l'état du droit, compte tenu de l'arrêt *Sylvester c. Colombie-Britannique*, [1997] 2 R.C.S. 315, de notre Cour, mais a conclu que, pour des raisons de courtoisie judiciaire, il se devait d'appliquer l'arrêt *Girling*.

[111] S'appuyant sur ce raisonnement, le juge Goepel a accordé à M. Waterman 93 305 \$ en dommages-intérêts, ce qui correspondait au salaire et aux prestations que M. Waterman aurait reçus s'il avait travaillé pendant toute la période du préavis de 18 mois supplémentaires, déduction faite du revenu tiré de son nouvel emploi au cours de la même période.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 337, 20 B.C.L.R. (5th) 241*

[112] S'exprimant au nom d'une formation unanime, la juge Prowse a rejeté l'appel interjeté par IBM.

[113] La juge Prowse a fait observer que la démarche suivie par la Cour d'appel dans l'arrêt *Girling* avait été écartée par notre Cour dans l'arrêt *Sylvester*. En particulier, cet arrêt avait rejeté la méthode de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique consistant à considérer les ententes

employment contract. According to Prowse J.A., under *Sylvester*, Mr. Waterman's entitlement to both salary and payment of his pension benefits during the notice period turned on the construction of the contractual arrangement between the parties.

[114] After reviewing the terms of Mr. Waterman's employment contract and IBM's defined benefit plan, Prowse J.A. found that there was no express provision addressing Mr. Waterman's rights in the event of wrongful dismissal. Prowse J.A. turned to consider what the parties would have intended had they put their minds to that circumstance. She concluded that, although there was no evidence regarding the parties' intention, had they considered the issue, they would not have intended for Mr. Waterman's pension benefits to be deducted from wrongful dismissal damages.

[115] Prowse J.A. also concluded, at para. 62, that "the pension benefits in issue are also properly characterized as a form of non-deductible, non-indemnity insurance", as described by McLachlin J., as she then was, in *Cunningham v. Wheeler*, [1994] 1 S.C.R. 359.

#### IV. Issue

[116] The only issue before this Court is whether the pension benefits IBM paid to Mr. Waterman during the reasonable notice period should have been deducted in calculating his damages.

#### V. Analysis

[117] My analysis proceeds in two stages. First, I consider whether it is necessary to deduct the pension benefits Mr. Waterman received during the reasonable notice period in order to put him in the position he would have been in had the contract

portant sur les prestations d'employé comme des contrats distincts du contrat de travail. La juge Prowse s'est dite d'avis que, selon l'arrêt *Sylvester*, le droit de M. Waterman à son salaire et au versement de prestations de retraite pendant la période de préavis dépendait de l'interprétation que l'on faisait de l'entente contractuelle intervenue entre les parties.

[114] Après avoir examiné les modalités du contrat de travail et du régime de retraite à prestations déterminées de M. Waterman, la juge Prowse a conclu que les droits de M. Waterman en cas de congédiement injustifié n'y étaient pas expressément définis. La juge Prowse a ensuite examiné l'intention qu'auraient eue les parties si elles s'étaient arrêtées à la situation. Elle a conclu que, malgré l'absence d'éléments de preuve concernant l'intention des parties, ces dernières n'auraient pas voulu, si elles s'étaient penchées sur la question, que les prestations de retraite de M. Waterman soient déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

[115] La juge Prowse a également conclu, au par. 62, que [TRADUCTION] « les prestations de retraite en litige sont également qualifiées à juste titre de prestations d'assurance non déductibles et non indemnitaires », pour reprendre les qualificatifs employés par la juge McLachlin, maintenant Juge en chef, dans l'arrêt *Cunningham c. Wheeler*, [1994] 1 R.C.S. 359.

#### IV. Question en litige

[116] La seule question en litige devant notre Cour est de savoir si les prestations de retraite qu'IBM a versées à M. Waterman au cours de la période de préavis raisonnable auraient dû être déduites lors du calcul de ses dommages-intérêts.

#### V. Analyse

[117] Mon analyse comporte deux étapes. Premièrement, je détermine s'il est nécessaire de déduire les prestations de retraite que M. Waterman a touchées au cours de la période de préavis raisonnable afin de remettre M. Waterman dans

been performed — i.e. had he been given reasonable notice and worked through the end of the reasonable notice period. Second, I consider whether there is a basis for applying the private insurance exception, which allows a plaintiff to receive excess compensation in certain circumstances. I conclude that, to put Mr. Waterman in the position he would have been in had the contract been performed, the pension benefits he received must be deducted. The private insurance exception is not applicable to this case.

A. *Contract Damages for Wrongful Dismissal*

[118] The governing principle for damages upon breach of contract is that the non-breaching party should be provided with the financial equivalent of performance (J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 871). With respect to wrongful dismissal, damages should “represent the salary the employee would have earned had the employee worked during the notice period, less any amounts credited to mitigation” (*Sylvester*, at para. 1). I agree with the majority that applying this rule leads to the deduction of the pension benefits in this case.

[119] In *Sylvester*, this Court considered whether disability benefits received by a wrongfully terminated employee during his reasonable notice period should be deducted from damages for wrongful dismissal. Major J., writing for a unanimous Court, held that deduction was required. He explained that employer-provided benefits should not be considered as “distinct from the employment contract, but rather as integral components of it” (para. 13). As such, “[t]he question of deductibility . . . turn[ed] on the terms of the employment contract and the intention of the parties” (para. 12).

la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté — c.-à-d. s’il avait reçu un préavis raisonnable et s’il avait travaillé pendant toute la durée de la période du préavis raisonnable. Deuxièmement, je détermine s’il y a lieu d’appliquer l’exception relative à l’assurance privée, laquelle permet au demandeur de recevoir une indemnisation excédentaire dans certaines circonstances. Je conclus qu’il faut déduire les prestations de retraite que M. Waterman a touchées afin de remettre celui-ci dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. L’exception relative à l’assurance privée ne s’applique pas en l’espèce.

A. *Dommages-intérêts contractuels pour congédiement injustifié*

[118] Selon le principe applicable en matière de dommages-intérêts pour violation de contrat, la partie non fautive devrait recevoir l’équivalent matériel de la prestation qu’elle aurait obtenue si le contrat avait été respecté (J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2<sup>e</sup> éd. 2012), p. 871). Les dommages-intérêts pour congédiement injustifié devraient « représente[r] le salaire que l’employé aurait gagné s’il avait travaillé au cours de la période visée par le préavis, déduction faite de toute somme devant être affectée à la limitation des dommages » (*Sylvester*, par. 1). Je conviens avec les juges majoritaires que l’application de cette règle mène en l’espèce à la déduction des prestations de retraite.

[119] Dans *Sylvester*, notre Cour a examiné la question de savoir si les prestations d’invalidité qu’un employé congédié injustement avait reçues pendant la période visée par le préavis raisonnable devaient être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. S’exprimant au nom d’une Cour unanime, le juge Major a estimé qu’il fallait déduire ce montant. Il a expliqué que les prestations versées par l’employeur ne devaient pas être considérées comme des contrats « distincts du contrat de travail, mais plutôt comme des éléments faisant partie intégrante de celui-ci » (par. 13). Ainsi, « [l]a question de la déductibilité repos[ait] [. . .] sur les modalités du contrat de travail et sur l’intention des parties » (par. 12).

[120] Major J. went on to explain that damages for wrongful dismissal were “based on the premise that the employee would have worked during the notice period” (para. 15). The employee’s “contractual right to damages for wrongful dismissal and his contractual right to disability benefits [were] based on opposite assumptions about his ability to work and it [was] incompatible with the employment contract for the respondent to receive both amounts” (para. 17). Based on this analysis, Major J. concluded: “It makes no sense to pay damages based on the assumption that [the plaintiff] would have worked in addition to disability benefits which arose solely because he could not work” (para. 17).

[121] It follows from a straightforward application of *Sylvester* that deduction is required in this case. In particular, Mr. Waterman’s wrongful dismissal damages must be “based on the premise that the employee would have worked during the notice period” (*Sylvester*, at para. 15). Under the terms of Mr. Waterman’s employment contract, he would have been eligible to receive pension benefits *only* upon being terminated or retiring. Therefore, as in *Sylvester*, Mr. Waterman’s contractual right to wrongful dismissal damages and his contractual right to his pension are based on “opposite assumptions” about his availability to work (para. 17). It thus “makes no sense” to pay damages on the assumption that he could have earned both (*ibid.*).

[122] This conclusion is necessitated by the nature of the pension plan at issue in this case — a defined benefit plan. This plan is materially different from a defined *contribution* plan, and the distinction between these two types of pension plans is at the heart of my disagreement with the majority.

[123] A defined contribution plan “operates in much the same way as group registered retirement savings plans”, in that it provides an employee with

[120] Le juge Major a ensuite expliqué que les dommages-intérêts pour congédiement injustifié étaient « fondés sur la prémisse que l’employé aurait travaillé pendant la période visée par le préavis » (par. 15). « Le droit contractuel de [l’employé] de recevoir des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations d’invalidité [reposaient] sur des hypothèses opposées en ce qui concerne sa capacité de travailler, et il [était] incompatible avec le contrat de travail que l’intimé puisse toucher ces deux sommes d’argent » (par. 17). S’appuyant sur cette analyse, le juge Major a conclu : « Il serait illogique de verser des dommages-intérêts en supposant que [le demandeur] aurait travaillé, en sus de prestations d’invalidité découlant d’un droit qui n’a pris naissance que parce qu’il ne pouvait pas travailler » (par. 17).

[121] Une simple application de l’arrêt *Sylvester* permet d’affirmer que la déduction s’impose en l’espèce. En particulier, les dommages-intérêts accordés à M. Waterman pour congédiement injustifié doivent être « fondés sur la prémisse que l’employé aurait travaillé pendant la période visée par le préavis » (*Sylvester*, par. 15). Selon les modalités de son contrat de travail, M. Waterman aurait été admissible à des prestations de retraite *uniquement* à la suite de son congédiement ou de sa retraite. Par conséquent, tout comme dans l’affaire *Sylvester*, le droit contractuel de M. Waterman à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et son droit contractuel à des prestations de retraite reposent sur « des hypothèses opposées » en ce qui concerne la possibilité qu’il puisse travailler (par. 17). Il serait donc « illogique » de lui verser des dommages-intérêts en supposant qu’il aurait pu recevoir les deux montants (*ibid.*).

[122] Cette conclusion découle de la nature du régime de retraite en litige dans la présente affaire — un régime à prestations déterminées. Ce régime se distingue sensiblement d’un régime à *cotisations* déterminées, et la distinction entre ces deux types de régimes de retraite se situe au cœur de mon désaccord avec la majorité.

[123] Un régime de retraite à cotisations déterminées [TRADUCTION] « ressemble beaucoup à un régime enregistré d’épargne-retraite collectif », en

a finite total amount or lump sum of retirement benefits (A. Kaplan and M. Frazer, *Pension Law* (2nd ed. 2013), at p. 89). It would be inappropriate to deduct pension benefits that a wrongfully terminated employee receives from a defined contribution plan because deduction would leave the employee in a worse position that he would have been in had his employment contract not been breached.

[124] In particular, in the case of a defined contribution plan, if the employee's employment contract is performed (i.e. he is given reasonable working notice of his termination and he continues to work through the notice period), he would expect to receive his salary through the notice period and the full lump sum he would have accrued in his savings account or defined contribution plan by the end of the reasonable notice period, including whatever additions should have been made to the plan during that notice period. If, instead, the employee is wrongfully dismissed and draws benefits from his finite lump sum during the reasonable notice period, deducting the pension benefits would leave the employee with an amount equal to his salary through the notice period and the lump sum, less the amount he had withdrawn during the notice period. He would thus be awarded *less* than he was entitled to under his employment contract.

[125] Throughout Mr. Waterman's argument before this Court, he has made submissions that his pension operates like a savings account. He is not alone in this respect. The Court of Appeal, at para. 48, quoted with approval language from Kent J. in *Chandler v. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), that pension payments should be viewed "as akin to a registered Retirement Savings Plan" (para. 4).

[126] The majority too accepts the analogy. It holds that "[p]ension benefits . . . constitute a type of retirement savings" (para. 4; see also para. 85).

ce qu'il permet à l'employé de recevoir en prestations de retraite un montant total ou un « montant forfaitaire » déterminé (A. Kaplan et M. Frazer, *Pension Law* (2<sup>e</sup> éd. 2013), p. 89). Il ne conviendrait pas que l'on déduise les prestations de retraite que l'employé congédié injustement a retirées d'un régime de retraite à cotisations déterminées parce que la déduction placerait l'employé dans une situation pire que celle dans laquelle il se serait trouvé si son contrat de travail avait été respecté.

[124] En particulier, dans le cas d'un régime de retraite à cotisations déterminées, si le contrat de travail de l'employé est respecté (c.-à-d. qu'il a reçu un préavis de congédiement raisonnable et continue de travailler pendant toute la période du préavis), l'employé s'attendrait à toucher son salaire pendant toute la durée du préavis ainsi que le plein montant forfaitaire qu'il aurait accumulé dans son compte d'épargne ou dans son régime de retraite à cotisations déterminées à l'expiration de la période de préavis raisonnable, y compris toute cotisation versée au régime pendant la période de préavis. Par contre, si, pendant la période de préavis raisonnable, l'employé congédié injustement retire des prestations de ce montant forfaitaire déterminé, la déduction des prestations de pension ferait en sorte qu'il se retrouverait avec un montant égal au salaire gagné au cours de la période de préavis et le montant forfaitaire, diminué de la somme qu'il aurait retirée au cours de la période du préavis. Il obtiendrait ainsi *moins* que ce à quoi il avait droit en vertu de son contrat de travail.

[125] Tout au long de son argumentation devant notre Cour, M. Waterman a plaidé que son régime de retraite s'apparente à un compte d'épargne. Il n'est pas le seul à l'affirmer. La Cour d'appel a cité et approuvé, au par. 48, les propos tenus par le juge Kent dans *Chandler c. Ball Packaging Products Canada Ltd.* (1992), 2 C.C.P.B. 101 (C.J. Ont. (Div. gén.)), selon lesquels les prestations de retraite devraient être considérées comme [TRADUCTION] « semblables à un régime enregistré d'épargne-retraite » (par. 4).

[126] Les juges majoritaires acceptent également l'analogie. Ils affirment que « [l]es prestations de retraite [. . .] constituent un type d'épargne-retraite »

It quotes, with emphasis, the following language from J. M. Perillo, “The Collateral Source Rule in Contract Cases” (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705, at p. 706:

Suppose an employer fires an employee without justification, breaching a contract of employment, and the employee turns to his or her savings account for living expenses. No one would argue that the employee’s recovery against the employer should be diminished by the employee’s withdrawals from savings. The savings account is a collateral source. To the extent that another collateral source resembles a savings account, the plaintiff should be able to recover damages without a deduction for the amount received from the collateral source. [Emphasis added by Cromwell J.; para. 85.]

These references may wrongly suggest that Mr. Waterman’s pension benefits came from a finite account and thus came at a cost to him. If Mr. Waterman had needed to draw from his own savings due to his wrongful dismissal, the amount he withdrew would have to be reflected in the damages award in order to put him in the position he would have been in had the contract been performed. However, analogizing Mr. Waterman’s pension to a savings account misconceives the nature of the defined benefit pension plan at issue in this case.

[127] Unlike a defined contribution plan, the defined benefit plan at issue in this case is fundamentally different from a savings account. The defined benefit plan did not provide Mr. Waterman with a finite lump sum that was partially depleted by the pension funds he received during his reasonable notice period. Rather, the plan guaranteed him fixed predetermined payments upon retirement for as long as he would live. For that reason, deducting Mr. Waterman’s pension benefits in this case does not have the effect of “taking away” benefits that he would have been entitled to had IBM not breached the contract. On the contrary, deducting provides him with exactly what he would have received had the employment contract been performed: an amount equal to his salary during the reasonable

(par. 4; voir aussi par. 85). Ils citent l’extrait suivant de l’article de J. M. Perillo, « The Collateral Source Rule in Contract Cases » (2009), 46 *San Diego L. Rev.* 705, p. 706, dont ils soulignent un passage :

[TRADUCTION] Supposons qu’un employeur congédie un employé sans justification, qu’il rompt le contrat d’emploi, et que l’employé utilise ses épargnes pour couvrir ses frais de subsistance. Personne n’irait prétendre que les montants retirés du compte d’épargne de l’employé devraient être déduits de la réparation payée à l’employé par l’employeur. Le compte d’épargne est une source parallèle. Dans la mesure où une autre source parallèle ressemble à un compte d’épargne, le demandeur devrait pouvoir recouvrer des dommages-intérêts sans que le montant provenant de la source parallèle ne soit déduit. [Souligné par le juge Cromwell; par. 85.]

Ces mentions peuvent laisser croire à tort que M. Waterman a touché des prestations de retraite à même un compte déterminé, et ce, à ses propres frais. Si M. Waterman avait dû puiser dans son propre compte d’épargne à la suite de son congédiement injustifié, la somme retirée aurait dû être incluse dans les dommages-intérêts accordés afin que celui-ci soit rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. Toutefois, cette analogie entre la pension de M. Waterman et un compte d’épargne néglige la nature du régime de retraite à prestations déterminées en cause dans la présente affaire.

[127] Contrairement à un régime de retraite à cotisations déterminées, le régime de retraite à prestations déterminées en cause diffère fondamentalement d’un compte d’épargne. Le régime de retraite à prestations déterminées n’assurait pas à M. Waterman un montant forfaitaire déterminé qui était partiellement entamé par les prestations de retraite qu’il a reçues au cours de la période de préavis raisonnable. Le régime de retraite lui garantissait plutôt des paiements prédéterminés fixes à compter de sa retraite, et ce, sa vie durant. Pour cette raison, le fait de déduire les prestations de retraite de M. Waterman dans le cas qui nous occupe n’a pas pour effet de le « priver » des prestations auxquelles il aurait eu droit si IBM n’avait pas violé le contrat. Au contraire, la déduction de ces sommes



notice period and thereafter defined benefits for the rest of his life.

[128] The different outcome in the cases of defined benefit and defined contribution plans turns on a straightforward application of the governing principle of contract damages — that the non-breaching party should be placed in the same position he would have been in had the contract been performed. It has nothing to do with the collateral benefit, compensating advantages or private insurance exception. As my colleague correctly observes, those exceptions are relevant only where the plaintiff experiences “excess recovery” (para. 23). However, as the analysis above demonstrates, there is no excess recovery when pension benefits received from a *defined contribution plan* are not deducted or where benefits received from a *defined benefit plan* are deducted. In each case, the result is to put the employee in the position he would have been in had the contract been performed.

[129] At the time Mr. Waterman was wrongfully dismissed, the amount of pension benefits he was to receive upon retirement had already been determined for some time and could not have gone up if he had continued to work for IBM. If Mr. Waterman’s pension benefits could have increased during the notice period, his wrongful dismissal damages would have compensated for this loss. However, in this case, Mr. Waterman’s wrongful dismissal had no impact on his pension entitlement and, as the parties agree, there is no need to make adjustments to his damage awards based on pension entitlements that would have accrued had he worked through the reasonable notice period.

[130] The majority states that the fact that Mr. Waterman’s pension comes from a defined

lui permet de recevoir exactement ce qu’il aurait reçu si le contrat de travail avait été respecté, soit un montant égal à son salaire au cours de la période de préavis raisonnable et, par la suite, des prestations déterminées sa vie durant.

[128] L’issue est différente selon que les affaires concernent un régime de retraite à prestations déterminées ou un régime de retraite à cotisations déterminées en raison de la simple application du principe qui régit les dommages-intérêts contractuels — la partie non fautive doit être rétablie dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le contrat avait été respecté. Cela n’a rien à voir avec la prestation parallèle, avec l’avantage compensatoire ni avec l’exception relative à l’assurance privée. Comme le souligne à juste titre mon collègue, ces exceptions ne sont pertinentes que dans le cas d’une « indemnisation excédentaire » (par. 23). Or, comme le montre l’analyse qui précède, la question d’une indemnisation excédentaire ne se pose pas *en l’absence* d’une déduction des prestations de retraite reçues d’un régime à cotisations déterminées ou *en présence* d’une déduction des prestations reçues d’un régime à prestations déterminées. Dans les deux cas, l’employé est rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté.

[129] Au moment du congédiement injustifié, le montant des prestations de retraite que M. Waterman devait toucher en prenant sa retraite était déjà calculé depuis un certain temps et n’aurait pas augmenté si celui-ci avait continué à travailler pour IBM. Si les prestations de retraite de M. Waterman avaient pu augmenter pendant la période de préavis, les dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié auraient indemnisé celui-ci de la perte subie. Or, en l’espèce, le congédiement injustifié de M. Waterman n’a eu aucune incidence sur son droit aux prestations de retraite. Comme les parties l’ont reconnu, il n’est pas nécessaire de rajuster le montant des dommages-intérêts accordés pour tenir compte d’une augmentation des prestations de retraite si M. Waterman avait travaillé pendant la période de préavis raisonnable.

[130] Les juges majoritaires affirment que le fait que les prestations de retraite de M. Waterman

benefit plan does not change its nature as a contributory, non-indemnity benefit (paras. 63 and 68). However, the nature of the benefit as non-indemnity or contributory does not answer the question of whether the plaintiff will be provided with the financial equivalence of performance or will receive excess recovery. With respect, the majority reasons conflate the analysis of contract damages for wrongful dismissal with what considerations should apply with respect to the private insurance exception to contract damages. Under the governing principle of contract damages, the fact that the pension plan at issue is a defined benefit plan leads to the conclusion that the benefits must be deducted from Mr. Waterman's wrongful dismissal damages.

[131] As an aside, not distinguishing between defined benefit and defined contribution plans may also be why the majority's policy concern about making pensionable employees cheaper to dismiss is incorrect. The majority suggests that deducting the benefits IBM paid to Mr. Waterman during the reasonable notice period would "provide an incentive for employers to dismiss pensionable employees rather than other employees because it will be cheaper to do so". The majority states that "[t]his is not an incentive the law should provide" (para. 93).

[132] This incentive argument is based on a false premise: that deducting pension benefits from reasonable notice damages would make it cheaper to dismiss a pensionable employee than a non-pensionable employee. That is not the case. The pension benefits that Mr. Waterman received during the notice period did not come out of thin air. With a defined benefit pension plan, the employer is solely responsible for providing the employee with the guaranteed defined benefits. In the event

proviennent d'un régime à prestations déterminées ne change rien à leur nature contributive et non indemnitaire (par. 63 et 68). La nature des prestations n'offre cependant pas de réponse à la question de savoir si le demandeur recevra l'équivalent matériel de la prestation qu'il aurait obtenue si le contrat avait été respecté ou s'il recevra une indemnisation excédentaire. Avec égards, les motifs de la majorité confondent l'analyse relative aux dommages-intérêts contractuels accordés pour congédiement injustifié et les considérations devant s'appliquer à l'égard de l'exception relative à l'assurance privée dans les cas de dommages-intérêts contractuels. Suivant le principe applicable en matière de dommages-intérêts contractuels, le fait que le régime de retraite en litige soit un régime à prestations déterminées permet de conclure que les prestations de retraite reçues doivent être déduites des dommages-intérêts accordés à M. Waterman pour congédiement injustifié.

[131] En passant, l'absence de distinction entre le régime à prestations déterminées et le régime à cotisations déterminées peut aussi expliquer le caractère erroné de la préoccupation de principe évoquée par les juges majoritaires au sujet des employeurs qui seraient incités à congédier, pour des raisons économiques, les employés admissibles à la pension. Selon les juges majoritaires, la déduction des prestations payées par IBM à M. Waterman au cours de la période de préavis raisonnable aurait pour effet « d'inciter les employeurs à congédier, pour des raisons économiques, les employés admissibles à la pension plutôt que les autres ». Les juges majoritaires affirment : « Il ne s'agit pas là d'un facteur d'incitation que la loi devrait favoriser » (par. 93).

[132] Cet argument relatif au facteur d'incitation repose sur une fausse prémisse, à savoir que la déduction des prestations de retraite des dommages-intérêts accordés relativement à la période de préavis raisonnable ferait en sorte qu'il serait moins onéreux, pour les employeurs, de congédier les employés admissibles à la pension plutôt que les autres. Tel n'est pas le cas. Les prestations de retraite que M. Waterman a touchées pendant la période de préavis ne sont pas

the payment of the defined benefits results in an actuarial deficit in the pension fund, the employer will be required to top up the fund to meet its statutory obligation to keep it fully funded. Alternatively, if the fund is operating at an actuarial surplus despite payment of the benefits, the contribution holiday that the employer may otherwise be able to take — i.e. the break from its regular contributions to the pension fund — would be reduced. In this way, withdrawal of the benefits from the pension fund, like any other payment, affects the employer's bottom line.

[133] The majority alleges that this analysis is an oversimplification and is inaccurate (para. 94). This assertion seems to misunderstand the impact of IBM having paid pension benefits to Mr. Waterman. The analysis has nothing to do with funding the benefits over time. Rather, the analysis is simply how the pension benefits paid by IBM impacted IBM's obligation to ensure the actuarial solvency of the pension fund, such that it would be necessary to either top up the pension fund or to refrain from taking a contribution holiday to the extent of those pension benefit payments.

[134] It follows that, with respect to the cost of dismissing pensionable and non-pensionable employees, there is a difference only in form, not substance. That is to say, in the case of an employee who is not eligible to receive his defined pension benefits, the employer compensates a dismissed employee by paying him damages equal to the salary he would have earned during the reasonable notice period. In the case of an employee who is eligible to receive his defined pension benefits, the employer pays: (1) pension benefits from the employer's pension fund, which it is responsible for maintaining, and (2) damages equal to the salary the employee would have earned during the notice period less what it has already paid from the pension

sorties de nulle part. Dans le cadre d'un régime de retraite à prestations déterminées, l'employeur a l'entière responsabilité de verser aux employés les prestations déterminées garanties. Advenant que le versement des prestations déterminées donne lieu à un déficit actuariel de la caisse de retraite, l'employeur sera tenu de renflouer la caisse afin de remplir son obligation légale de la maintenir intégralement capitalisée. Par contre, si la caisse de retraite présente un excédent actuariel malgré le versement des prestations, la période d'exonération de cotisations dont l'employeur peut par ailleurs bénéficier — c.-à-d. la période durant laquelle il n'a pas à verser régulièrement des cotisations à la caisse de retraite — sera réduite. Ainsi, le retrait des prestations de la caisse de retraite, comme tout autre paiement, a une incidence sur le résultat net de l'employeur.

[133] Selon les juges majoritaires, cette analyse repose sur une simplification fort excessive et inexacte (par. 94). Ils semblent avoir mal compris l'incidence du versement, par IBM, des prestations de retraite à M. Waterman. L'analyse n'a rien à voir avec le financement des prestations au fil du temps. Elle porte plutôt simplement sur l'incidence du versement des prestations de retraite sur l'obligation d'IBM de garantir la solvabilité actuarielle de la caisse de retraite, de sorte qu'il serait nécessaire de renflouer la caisse de retraite ou de renoncer à bénéficier d'une exonération de contributions correspondant aux prestations de retraite versées.

[134] Il s'ensuit que la différence entre le coût lié au congédiement des employés admissibles à la pension et le coût lié au congédiement des employés non admissibles est une question de forme seulement et non de fond. Autrement dit, dans le cas de l'employé qui n'est pas admissible aux prestations de retraite déterminées, l'employeur indemnise l'employé congédié en lui versant des dommages-intérêts équivalents au salaire qu'il aurait gagné au cours de la période de préavis raisonnable. Dans le cas de l'employé admissible à toucher ses prestations de retraite déterminées, l'employeur paie à la fois : (1) les prestations de retraite provenant de la caisse de retraite de l'employeur, une caisse qu'il a l'obligation de

fund. In both cases, the cost to the employer is the same: an amount equal to the salary the employee would have earned had he worked through the reasonable notice period. There is thus no incentive to terminate pensionable employees.

[135] The majority emphasizes Mr. Waterman’s “specific and enforceable rights” in relation to his pension (para. 85). It is not disputed that Mr. Waterman’s pension benefits are vested and that this gives him specific and enforceable rights. However, his specific and enforceable rights remain subject to the provisions of the plan text which govern the conditions under which benefits will be paid. As a result, even though Mr. Waterman’s pension plan had vested, he could not have demanded to receive both his salary and his pension benefits had he continued to work for IBM through the reasonable notice period.

#### *B. Applicability of the Private Insurance Exception*

[136] The majority agrees that putting Mr. Waterman in the position he would have been in had the contract been performed would lead to the conclusion that the pension benefits must be deducted (para. 2). According to the majority, however, the pension benefits that IBM paid to Mr. Waterman under his employment contract on the assumption that he was retired may be treated as a “private insurance” and, thus, need not be deducted under the private insurance exception. I disagree with that conclusion. In my view, the private insurance exception has no applicability to this case.

[137] This case involves the interpretation of a single employment contract that gives rise to

maintenir, et (2) les dommages-intérêts équivalents au salaire que l’employé aurait gagné au cours de la période de préavis, déduction faite de ce qu’il a déjà payé à même la caisse de retraite. Dans les deux cas, le coût supporté par l’employeur est le même : le montant équivaut au salaire que l’employé aurait gagné s’il avait travaillé pendant toute la période de préavis raisonnable. Il n’y a ainsi rien qui incite l’employeur à congédier les employés admissibles à la pension.

[135] Les juges majoritaires mettent l’accent sur l’existence des « droits spécifiques et exécutoires » de M. Waterman relativement à sa pension (par. 85). Il n’est pas contesté que M. Waterman a acquis le droit aux prestations de retraite, ce qui lui confère des droits spécifiques et exécutoires. Toutefois, ses droits spécifiques et exécutoires demeurent assujettis aux dispositions du régime qui régissent les conditions auxquelles les prestations sont versées. Par conséquent, même s’il avait acquis des droits à son régime de retraite, M. Waterman n’aurait pas pu demander de toucher à la fois son salaire et ses prestations de retraite s’il avait continué à travailler pour IBM au cours de la période de préavis raisonnable.

#### *B. Applicabilité de l’exception relative à l’assurance privée*

[136] Les juges majoritaires acceptent que le fait de remettre M. Waterman dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté permettrait de conclure que les prestations de retraite doivent être déduites (par. 2). Toutefois, ils affirment que les prestations de retraite qu’IBM a versées à M. Waterman aux termes de son contrat de travail, en tenant pour acquis que celui-ci avait pris sa retraite, peuvent être considérées comme des prestations d’« assurance privée » et qu’il n’est donc pas nécessaire de déduire ces prestations en vertu de l’exception relative à l’assurance privée. Je ne suis pas d’accord avec cette conclusion. J’estime que l’exception relative à l’assurance privée ne s’applique pas en l’espèce.

[137] La présente affaire porte sur l’interprétation d’un seul contrat de travail qui donne lieu au

Mr. Waterman’s right to wrongful dismissal damages and his right to pension benefits. This Court has determined that employer-provided benefits “should not be considered contracts which are distinct from the employment contract, but rather as integral components of it” (*Sylvester*, at para. 13). The majority is correct that the words “‘single contract’ rule” do not literally appear in *Sylvester*, but the reasoning in *Sylvester* can lead to no other conclusion (para. 52).

[138] As I will explain, in the context of a single contract, the collateral benefit or private insurance exception has no application. The reason is straightforward: where the plaintiff’s cause of action and his right to a particular benefit arise from the same contract and the plaintiff is indeed entitled to the benefits — i.e. he has “insured” himself in a manner that requires the defendant to pay the benefits — then the plaintiff will receive the benefits based on the ordinary governing principle that he should be placed in the position he would have been in had the contract been performed. There will be no need to reach the collateral benefit exception.

[139] Said another way, given that Mr. Waterman’s pension flows from the same contract under which the court must assess his loss, the need to reach the private insurance exception is itself a concession that Mr. Waterman’s pension was not “private insurance” that covered the breach in the first place. If he had “insured” the breach, he would get the benefits under the governing principle that he should be provided with what he would have expected to receive under the terms of the contract.

[140] For this reason, the majority’s approach to this case contains an inherent inconsistency: the majority concludes that Mr. Waterman had “private insurance” that allows him to keep his pension benefits in addition to his salary. To the extent Mr. Waterman had such “private insurance”, it must

droit de M. Waterman à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié et à son droit à des prestations de retraite. Notre Cour a statué que les prestations versées par l’employeur « ne devraient pas être considéré[e]s comme des contrats distincts du contrat de travail, mais plutôt comme des éléments faisant partie intégrante de celui-ci » (*Sylvester*, par. 13). Les juges majoritaires affirment avec justesse que l’expression « règle [. . .] du “contrat unique” » ne figure pas littéralement dans *Sylvester*, mais le raisonnement formulé dans cet arrêt ne peut mener qu’à cette conclusion (par. 52).

[138] Comme je l’expliquerai plus loin, dans le contexte d’un contrat unique, la prestation parallèle ou l’exception relative à l’assurance privée ne s’applique pas. La raison est simple : si la cause d’action du demandeur et son droit à des prestations particulières découlent du même contrat et que le demandeur a effectivement droit à ces prestations — c.-à-d. il avait « souscrit une assurance » de sorte que le défendeur est tenu de verser les prestations — le demandeur touchera alors ces prestations en raison du principe ordinaire applicable suivant lequel il devrait être rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté. Il ne sera pas nécessaire d’invoquer l’exception relative à la prestation parallèle.

[139] En d’autres mots, vu que la pension de M. Waterman découle du même contrat aux termes duquel la cour doit évaluer la perte que celui-ci a subie, la nécessité d’invoquer l’exception relative à l’assurance privée revient à admettre que la pension de M. Waterman ne constituait pas une « assurance privée » qui couvrait au départ la violation de contrat. S’il avait « souscrit une assurance » couvrant la violation, M. Waterman obtiendrait les prestations afférentes suivant le principe général applicable voulant qu’il obtienne ce à quoi il se serait attendu à recevoir aux termes du contrat.

[140] C’est pourquoi l’approche adoptée par les juges majoritaires en l’espèce comporte une contradiction inhérente : ils concluent que M. Waterman bénéficiait d’une « assurance privée » qui lui permet de garder les prestations de retraite en plus de son salaire. Si M. Waterman

have come from his employment contract. However, if Mr. Waterman's employment contract indeed allowed him to have pension benefits in addition to his salary, there would be no need to reach any exception: he would get the benefits based on what he would have expected under the terms of the contract.

[141] In addition to this troubling inconsistency, applying the private insurance exception to this case would not be consistent with the justification for the exception. The rationale for the private insurance exception is that it would be "unjust and unreasonable to hold that the money which he prudently spent on premiums and the benefit from it should enure to the benefit of the tortfeasor" (*Parry v. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.), *per* Lord Reid, at p. 14). Accepting the assumption that Mr. Waterman's work for IBM over the years is analogous to paying premiums to obtain his pension plan, it remains that the contractual terms of the pension or "insurance" he paid for allowed him to receive salary or pension benefits, but not both at the same time. In other words, this is not a case where deduction would lead to some benefit that the plaintiff paid for enuring to the benefit of the defendant. Quite to the contrary, as explained above, deducting is necessary to provide the plaintiff with the pension or "insurance" he paid for. Not deducting has the effect of the plaintiff receiving more than he expected to receive under the terms of his contract and requiring the defendant to pay more than it agreed to pay.

[142] This distinguishes the case before the court from all other cases in which the private insurance exception has been applied. Each of *Guy v. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 756, *Canadian Pacific Ltd. v. Gill*, [1973] S.C.R. 654, and *Cunningham* involved a plaintiff who was personally injured by the defendant and, upon being sued, the defendant sought to pay *less* than what it owed under ordinary principles of compensatory damages based on a distinct contractual or statutory benefit that the plaintiff received from a third party.

bénéficiait d'une telle « assurance privée », celle-ci devait découler de son contrat de travail. Toutefois, si le contrat de travail de M. Waterman lui permettait effectivement de toucher à la fois des prestations de retraite et son salaire, il ne serait pas nécessaire d'invoquer une exception. M. Waterman toucherait les prestations visées simplement en obtenant ce à quoi il se serait attendu aux termes du contrat.

[141] Outre cette contradiction troublante, l'application de l'exception relative à l'assurance privée en l'espèce serait contraire à sa raison d'être, à savoir qu'il serait [TRADUCTION] « injuste et abusif de statuer que les sommes qu'il a prudemment consacrées au paiement des primes et des avantages qui en découlent profitent à l'auteur du délit » (*Parry c. Cleaver*, [1970] A.C. 1 (H.L.), lord Reid, p. 14). Si l'on accepte l'hypothèse qu'en travaillant pour IBM au fil des ans, M. Waterman a payé des primes pour obtenir son régime de retraite, il n'en demeure pas moins que les termes du contrat relatif à la pension ou à l'« assurance » qu'il a payée lui a permis de toucher un salaire ou des prestations de retraite, mais pas les deux à la fois. En d'autres mots, il ne s'agit pas d'un cas où la déduction donne lieu à un certain avantage pour lequel le demandeur a payé et qui profite au défendeur. Bien au contraire, comme je l'ai déjà expliqué, la déduction est nécessaire afin que le demandeur bénéficie de la pension ou de l'« assurance » pour laquelle il a payé. La non-déduction fait en sorte que le demandeur obtient plus que ce qu'il s'attendait à recevoir aux termes de son contrat et que le défendeur paye plus que ce qu'il avait accepté de payer.

[142] C'est ce qui distingue l'affaire qui nous occupe de toutes les autres affaires dans lesquelles l'exception relative à l'assurance privée a été appliquée. Dans les affaires *Guy c. Trizec Equities Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 756, *Canadien Pacifique Ltée c. Gill*, [1973] R.C.S. 654, et *Cunningham*, les défendeurs qui avaient causé un préjudice aux demandeurs et qui étaient poursuivis cherchaient à payer *moins* que ce qu'ils devaient suivant les principes ordinaires en matière de dommages-intérêts compensatoires, parce que les demandeurs avaient reçu de tiers des prestations distinctes aux termes d'un contrat ou de la loi.

[143] Similarly, *Jack Cewe Ltd. v. Jorgenson*, [1980] 1 S.C.R. 812, involved a wrongful dismissal suit, in which the employer sought to have its damages reduced based on the employee's distinct statutory entitlement to unemployment benefits. Contrary to the majority's assertion that the benefits were derived from the employment contract, the source of the benefits was a *third party* — the government. As with *Guy, Gill*, and *Cunningham*, *Jack Cewe* was not a case in which the plaintiff's cause of action and the benefit he received came from a single contract whose terms did not allow the plaintiff to receive both salary and benefits at the same time.

[144] Considered in terms of the justification for the private insurance exception, in each of *Guy, Gill, Cunningham* and *Jack Cewe*, the Court was faced with two choices: (1) not deduct the benefits and thus require the defendant to pay the amount equal to the plaintiff's loss determined by ordinary principles of tort or (in the case of *Jack Cewe*) contract damages, even though the plaintiff would receive more than his actual loss as a result of the benefits he received; or (2) allow the defendant to pay nothing or some amount less than the plaintiff's loss, such that the plaintiff does not get the benefit resulting from the premiums he paid to the third party. The Court decided, consistent with the rationale for the private insurance exception, that the plaintiff — not the defendant — should receive the benefits associated with the premiums he paid.

[145] The choice in this case is very different. The options are to (1) not deduct, requiring the defendant to pay more than it agreed to pay the plaintiff under the terms of the employment contract and awarding the plaintiff more than he bargained for; or (2) deduct, requiring the defendant to pay an amount equal to the plaintiff's loss (i.e. the

[143] De même, l'arrêt *Jack Cewe Ltd. c. Jorgenson*, [1980] 1 R.C.S. 812, portait sur une poursuite pour congédiement injustifié dans laquelle l'employeur tentait de faire réduire les dommages-intérêts parce que, aux termes de la loi, l'employé était admissible à des prestations d'assurance-chômage. Contrairement à l'affirmation des juges majoritaires selon laquelle les prestations découlaient du contrat de travail, la source des prestations dans cette affaire était un *tiers*, en l'occurrence le gouvernement. Comme dans les affaires *Guy, Gill* et *Cunningham*, il ne s'agissait pas dans l'affaire *Jack Cewe* d'un cas où la cause d'action du demandeur et les prestations qu'il avait reçues découlaient d'un seul contrat dont les modalités ne permettaient pas à celui-ci de toucher à la fois un salaire et des prestations.

[144] Eu égard à la raison d'être de l'exception relative à l'assurance privée, dans chacune des affaires *Guy, Gill, Cunningham* et *Jack Cewe*, la Cour devait choisir entre deux solutions : (1) ne pas déduire les prestations et obliger ainsi le défendeur à payer au demandeur la somme correspondant à la perte subie, suivant les principes ordinaires en matière de responsabilité délictuelle ou (comme dans l'affaire *Jack Cewe*) en matière de dommages-intérêts contractuels, même si le demandeur toucherait davantage que l'équivalent matériel de la perte subie en raison des prestations reçues; ou (2) permettre au défendeur de ne verser aucune indemnité ou de verser une somme moindre que l'équivalent matériel de la perte subie par le demandeur, de sorte que celui-ci ne bénéficie pas des prestations découlant des primes versées à un tiers. La Cour a décidé, conformément à la raison d'être de l'exception relative à l'assurance privée, que le demandeur — et non le défendeur — devrait toucher les prestations découlant des primes qu'il avait payées.

[145] En l'espèce, le choix est tout à fait différent. Les solutions offertes sont (1) ne pas déduire, obligeant ainsi le défendeur à verser une somme plus élevée que celle qu'il avait convenu de verser au demandeur aux termes du contrat de travail, et accordant à ce dernier davantage que ce qu'il a négocié; ou (2) déduire, obligeant ainsi le défendeur

amount required to put the plaintiff in the position he would have been in had the contract been performed) and awarding the plaintiff an amount equal to his loss. In neither case do benefits that the plaintiff actually paid for enure to the defendant. The issue is whether the defendant should be required to pay twice, such that the plaintiff receives more than he bargained for under his contract, or pay once, such that the plaintiff receives exactly what he bargained for under his contract. In my view, the latter is appropriate.

[146] The fact that this case involves a single contract also distinguishes the cases the majority cites, such as *United States v. Price*, 288 F.2d 448 (4th Cir. 1961), and *Phillips v. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (5th Cir. 1992), in which employees sued their employers in tort for personal injuries caused by the employer. In each of those cases, the employer sought to pay less than the plaintiff's loss from the injury, according to ordinary tort principles, based on benefits that flowed to the plaintiff from his employment contract. In neither case did the facts before the court establish that it would be inconsistent with the terms of the employment contract for the plaintiff to receive both tort damages and his employment benefits. That is in contrast to this case, where, as described above, Mr. Waterman's contract provided that he could receive salary or pension benefits, but not both.

[147] Further, the choice before the courts in *Price* and *Phillips* was whether to (1) require the defendant to honour both of its legal duties (the legal duty to take reasonable care under tort and the legal duty to pay the plaintiff the amount promised under his employment contract) such that

à verser une somme correspondant à la perte subie par le demandeur (c.-à-d. le montant nécessaire pour que le demandeur soit rétabli dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été respecté), et accordant au demandeur une somme équivalente à la perte subie. Dans les deux cas, les prestations pour lesquelles le demandeur a effectivement payé ne profitent pas au défendeur. Il s'agit de déterminer si le défendeur doit être tenu de payer deux fois, de sorte que le demandeur obtienne davantage que ce qu'il a négocié aux termes de son contrat, ou de payer une seule fois, de sorte que le demandeur obtienne exactement ce qu'il a négocié aux termes de son contrat. J'estime que cette dernière solution est la bonne.

[146] L'existence d'un seul contrat en l'espèce permet également d'établir une distinction entre la présente affaire et les décisions citées par les juges majoritaires, notamment, *United States c. Price*, 288 F.2d 448 (4th Cir. 1961), et *Phillips c. Western Company of North America*, 953 F.2d 923 (5th Cir. 1992). Dans ces affaires, des employés victimes de blessures causées par les employeurs ont poursuivi ces derniers en responsabilité délictuelle. Dans chacun de ces cas, l'employeur cherchait à payer moins que la valeur de la perte que la blessure avait causée au demandeur, suivant les principes ordinaires en matière de responsabilité délictuelle, du fait des prestations que ce dernier avait reçues aux termes de son contrat de travail. Dans les deux cas, les faits présentés à la cour n'établissaient pas qu'il serait contraire aux termes du contrat de travail que le demandeur obtienne à la fois des dommages-intérêts en matière de responsabilité délictuelle et ses prestations d'emploi. D'où la distinction d'avec la présente affaire où, comme il est indiqué ci-dessus, le contrat de M. Waterman prévoyait qu'il pouvait toucher son salaire ou des prestations de retraite, mais pas les deux.

[147] En outre, le choix qui s'offrait aux tribunaux saisis des affaires *Price* et *Phillips* consistait (1) soit à exiger du défendeur qu'il respecte ses deux obligations légales (l'obligation d'agir avec diligence raisonnable en matière de responsabilité délictuelle et l'obligation de verser au demandeur



the plaintiff would receive compensation for his loss and the benefits he was entitled to under his employment contract; or (2) allow the defendant to offset the damages for breaching its duty of care using the benefits that it had separately promised the plaintiff in his employment contract, such that those benefits would enure to the defendant. Again, there is no parallel here. This case involves a single legal duty to honour the terms of an employment contract. The terms of that contract provided that Mr. Waterman would receive only his salary during his reasonable notice period.

[148] In sum, I would reject the idea that the private insurance exception is applicable to cases that involve a single contract that is the source of both the plaintiff's cause of action and other benefits. In such circumstances, there is no justification for resorting to the private insurance exception because the plaintiff's entitlement to the benefits is established based on the terms of his contract.

### C. *The Majority's Treatment of Sylvester*

[149] The majority has devoted an extensive portion of its reasons in attempting to distinguish this case from *Sylvester* and at the same time attempting to rely on *Sylvester* (paras. 80-98). As I read the majority's reasons with respect to *Sylvester*, they say that, under the ordinary principles of contract damages, *Sylvester* would support the proposition that Mr. Waterman is entitled to both his salary and his pension benefits at the same time (paras. 88-91). Indeed, if *Sylvester* was authority for such a result, it is difficult to understand the majority's resort to the private insurance exception. With respect, the majority's analysis of *Sylvester* is strained. In my respectful opinion, a straightforward reading of *Sylvester* demonstrates that it is a fully applicable authority supporting the proposition that under a single contract of employment, barring contract terminology to the contrary, an individual cannot

le montant promis dans le cadre de son contrat de travail) de sorte que le demandeur obtienne une indemnisation pour la perte subie ainsi que les prestations auxquelles il avait droit aux termes de son contrat de travail; (2) soit à permettre au défendeur de compenser les dommages-intérêts pour manquement à son obligation de diligence à même les prestations qu'il avait promises au demandeur dans le cadre de son contrat de travail, de sorte que ces prestations profitent au défendeur. Là encore, la situation est différente de celle en l'espèce. L'affaire qui nous occupe porte sur la seule obligation juridique de respecter un contrat de travail aux termes duquel M. Waterman ne toucherait que son salaire au cours de la période de préavis raisonnable.

[148] En somme, je rejetterais la thèse selon laquelle l'exception relative à l'assurance privée s'applique aux affaires portant sur un contrat unique à l'origine de la cause d'action du demandeur et d'autres prestations. Dans ces circonstances, rien ne justifie le recours à l'exception relative à l'assurance privée parce que le droit du demandeur aux prestations est établi aux termes de son contrat.

### C. *L'interprétation de l'arrêt Sylvester donnée par les juges majoritaires*

[149] Dans une grande partie de leurs motifs, les juges majoritaires ont tenté d'établir une distinction entre l'affaire qui nous occupe et l'arrêt *Sylvester* tout en cherchant à s'appuyer sur cet arrêt (par. 80-98). D'après ce que je comprends de leurs motifs à ce sujet, ils affirment que, selon les principes ordinaires en matière de dommages-intérêts contractuels, l'arrêt *Sylvester* confirmerait la thèse voulant que M. Waterman ait droit à la fois à son salaire et à ses prestations de retraite (par. 88-91). Si l'arrêt *Sylvester* appuie effectivement cette thèse, il est difficile de comprendre pourquoi les juges majoritaires ont recours à l'exception relative à l'assurance privée. En toute déférence, l'analyse que font les juges majoritaires de l'arrêt *Sylvester* est forcée. À mon avis, une interprétation simple de *Sylvester* montre que cet arrêt est tout à fait favorable à la thèse voulant qu'aux termes

receive salary as if he is working and pension benefits as if he is retired. These are opposite, incompatible assumptions. Thus, salary and pension income are not payable at the same time.

#### D. *Efficient Breach*

[150] My colleague appropriately cautions against speculation about “policy” and the future impact of deduction rules. I would not resolve this case based on policy or speculation. In my view, the case should be resolved based on the terms of the parties’ contract.

[151] Only in response to the majority’s concerns about policy, I point out that while the majority’s conclusion would operate to Mr. Waterman’s benefit in this case, it would do so at the cost of other employees in the future. It is often advantageous for both employers *and* employees to agree to an amount for reasonable notice, rather than having the employee work through the notice period. For instance, in the case of an employer who must terminate an employee, it may be advantageous for the employer to offer the employee at least the amount he would have earned throughout the notice period in order to end the employment relationship immediately. In those circumstances, it will generally also be economically favourable for the employee to accept the offer because he will receive the full salary he would have earned if he worked through the notice period without having to work through the period. He would then be free to earn additional income from alternate employment.

[152] In fact, the record reveals that this was precisely the case here: IBM offered Mr. Waterman a separation agreement that would have provided

d’un contrat de travail unique, sous réserve de dispositions contraires du contrat, une personne ne peut toucher un salaire comme si elle travaillait ainsi que des prestations de retraite comme si elle avait pris sa retraite. Il s’agit là d’hypothèses opposées et incompatibles. Ainsi, le salaire et le revenu de pension ne sont pas payables en même temps.

#### D. *Inexécution rentable*

[150] Mon collègue fait à juste titre une mise en garde à propos des conjectures relatives aux considérations de « principe » et aux répercussions futures des règles en matière de déduction. Je ne trancherais pas la présente affaire en fonction de considérations de principe ou de conjectures. J’estime qu’il convient de trancher la présente affaire en fonction des modalités du contrat conclu entre les parties.

[151] En réponse seulement aux préoccupations des juges majoritaires relatives aux considérations de principe, je signale que si leur conclusion favorisait M. Waterman en l’espèce, ce serait au détriment d’autres employés à l’avenir. Il est souvent avantageux *autant* pour l’employeur *que* pour l’employé, de s’entendre sur une somme correspondant à la période de préavis raisonnable au lieu de maintenir ce dernier en fonctions pendant cette même période. Par exemple, dans le cas de l’employeur qui doit congédier un employé, il peut être avantageux pour cet employeur d’offrir à l’employé à tout le moins la somme qu’il aurait gagnée pendant toute la période du préavis pour mettre fin à la relation d’emploi immédiatement. Dans ces circonstances, il sera en règle générale également avantageux sur le plan économique pour l’employé d’accepter l’offre de l’employeur, parce qu’il touchera alors le plein salaire qu’il aurait gagné s’il avait travaillé pendant toute la période du préavis, sans avoir pour autant à travailler. L’employé sera alors libre de tirer un revenu supplémentaire d’un autre emploi.

[152] En fait, il ressort du dossier que c’est précisément ce qui s’est produit en l’espèce : IBM a offert à M. Waterman une entente de cessation

him with even more than he would have earned if he had worked through the reasonable notice period. If IBM had provided Mr. Waterman with the additional 18 months of notice to which he was entitled and Mr. Waterman had worked through the entire notice period, he would have earned approximately \$112,000 in salary and accrued benefits. Under the separation offer Mr. Waterman turned down, he would have received an \$80,000 separation payment, plus an additional \$38,000 in pension payments during the 18-month period. He thus would have received approximately \$118,000. In addition, he would have been free to obtain income from alternative employment.

[153] This is an example of efficient breach. This Court has previously described efficient breach and cautioned courts from discouraging such a breach:

Efficient breach is what economists describe as a Pareto optimal outcome where one party may be better off but no one is worse off, or expressed differently, nobody loses. Efficient breach should not be discouraged by the courts. This lack of disapproval emphasizes that a court will usually award money damages for breach of contract equal to the value of the bargain to the plaintiff.

*(Bank of America Canada v. Mutual Trust Co., 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601, at para. 31)*

[154] The majority's approach discourages efficient breach in the context of an employer with a defined benefit pension plan who wishes to terminate an employee. This is because, all things equal, the majority approach incentivizes the employer to require the employee to work through the notice period (and avoid paying out the pension benefits) instead of offering the employee a separation package that would be economically superior for the employee. While there are always a number of competing factors that govern whether an employer makes a separation offer and what that offer contains, the majority's approach encourages,

d'emploi qui lui aurait permis d'obtenir davantage que ce qu'il aurait gagné s'il avait travaillé pendant toute la période visée par le préavis raisonnable. Si IBM avait accordé à M. Waterman le préavis supplémentaire de 18 mois auquel ce dernier avait droit, et si M. Waterman avait travaillé pendant tout ce temps, il aurait gagné environ 112 000 \$ en salaire et en prestations accumulées. Aux termes de l'offre de cessation d'emploi qu'il a refusée, M. Waterman aurait reçu une indemnité de cessation d'emploi de 80 000 \$, ainsi que 38 000 \$ en prestations de retraite pour la période de préavis de 18 mois. Il aurait donc reçu environ 118 000 \$. De plus, il lui aurait été loisible d'obtenir un revenu d'un autre emploi.

[153] Il s'agit là d'un exemple d'inexécution rentable. Notre Cour a déjà décrit l'inexécution rentable et mis en garde les tribunaux de ne pas décourager une telle inexécution :

L'inexécution rentable correspond à ce que les économistes décrivent comme l'optimum de Pareto : une partie peut être avantagée sans qu'aucune autre ne soit désavantagée; en d'autres termes, personne n'y perd. Les tribunaux ne devraient pas décourager l'inexécution rentable. Cette absence de désapprobation rappelle que les dommages-intérêts pour inexécution contractuelle accordés par les tribunaux équivalent habituellement à la valeur du marché pour le demandeur.

*(Banque d'Amérique du Canada c. Société de Fiducie Mutuelle, 2002 CSC 43, [2002] 2 R.C.S. 601, par. 31)*

[154] L'approche retenue par les juges majoritaires décourage l'inexécution rentable dans le contexte d'un employeur qui offre un régime de retraite à prestations déterminées et qui souhaite congédier un employé. En effet, toutes proportions gardées, cette approche incite l'employeur à obliger l'employé à travailler jusqu'à la fin de la période de préavis raisonnable (et lui évite ainsi de verser à l'employé des prestations de retraite) au lieu de présenter une offre de cessation d'emploi financièrement plus avantageuse pour l'employé. Bien que de multiples facteurs opposés régissent souvent la décision de l'employeur de faire une offre

at least to some extent, giving working notice rather than severance.

#### VI. Conclusion

[155] The pension benefits IBM paid to Mr. Waterman during the reasonable notice period should be deducted in assessing Mr. Waterman's damages for wrongful dismissal. I would allow the appeal with costs throughout.

*Appeal dismissed with costs throughout, McLACHLIN C.J. and ROTHSTEIN J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent: MacKenzie Fujisawa, Vancouver.*

de cessation d'emploi ainsi que le contenu de cette offre, l'approche des juges majoritaires encourage l'employeur, du moins dans une certaine mesure, à donner un préavis plutôt qu'une indemnité de cessation d'emploi.

#### VI. Conclusion

[155] Les prestations de retraite qu'IBM a versées à M. Waterman au cours de la période de préavis raisonnable devraient être déduites lors du calcul des dommages-intérêts pour congédiement injustifié de M. Waterman. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours, la juge en chef McLACHLIN et le juge ROTHSTEIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé : MacKenzie Fujisawa, Vancouver.*