

**David M. Potter** *Appellant*

v.

**New Brunswick Legal Aid Services Commission, a statutory body corporate pursuant to a special act of the Province of New Brunswick** *Respondent*

**INDEXED AS: POTTER v. NEW BRUNSWICK LEGAL AID SERVICES COMMISSION**

**2015 SCC 10**

File No.: 35422.

2014: May 12; 2015: March 6.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK**

*Employment law — Constructive dismissal — Administrative suspension — Commission suspending Executive Director indefinitely with pay — Commission alleging that suspension was authorized by express or implied term of contract — Whether administrative suspension constitutes unilateral act that amounts to breach of employment contract — If so, whether decision to suspend could reasonably be perceived as having substantially changed essential terms of contract.*

*Employment law — Wrongful dismissal — Damages — Employee drawing pension benefits upon dismissal — Whether pension benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal — If not, whether s. 16 of Public Service Superannuation Act displaces private insurance exception and precludes employee from collecting both pension benefits and equivalent of salary — Public Service Superannuation Act, R.S.N.B. 1973, c. P-26 [rep. 2013, c. 44, s. 2], s. 16.*

P was appointed as the Executive Director of the New Brunswick Legal Aid Services Commission (“Commission”) for a seven-year term. In the first half of that term, the relationship between the parties deteriorated

**David M. Potter** *Appellant*

c.

**Commission des services d’aide juridique du Nouveau-Brunswick, personne morale constituée en vertu d’une loi spéciale de la province du Nouveau-Brunswick** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : POTTER c. COMMISSION DES SERVICES D’AIDE JURIDIQUE DU NOUVEAU-BRUNSWICK**

**2015 CSC 10**

N° du greffe : 35422.

2014 : 12 mai; 2015 : 6 mars.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK**

*Droit de l’emploi — Congédiement déguisé — Suspension administrative — Suspension de son directeur général par la Commission pendant une période indéfinie, avec salaire — Allégation de la Commission selon laquelle le contrat autorisait expressément ou tacitement la suspension — La suspension administrative constitue-t-elle un acte unilatéral équivalant à une violation du contrat de travail? — Dans l’affirmative, la décision d’y recourir pouvait-elle raisonnablement être considérée comme une modification substantielle des conditions essentielles du contrat?*

*Droit de l’emploi — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Prestations de retraite touchées par le salarié au moment de son congédiement — Ces prestations doivent-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié? — Dans la négative, l’art. 16 de la Loi sur la pension de retraite dans les services publics écarte-t-il l’exception relative à l’assurance privée et empêche-t-il le salarié de toucher simultanément des prestations de retraite et l’équivalent de son salaire? — Loi sur la pension de retraite dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, c. P-26 [abr. 2013, c. 44, art. 2], art. 16.*

P a été nommé directeur général de la Commission des services d’aide juridique du Nouveau-Brunswick (la « Commission ») pour une durée de sept ans. Pendant la première moitié de son mandat, ses relations avec la

and they began negotiating a buyout of P's employment contract. P took sick leave before the matter was resolved. Just prior to his return, and unbeknownst to P, the Commission wrote a letter to the Minister of Justice recommending that P's employment be terminated for cause. The Commission's legal counsel wrote to P's lawyer on the same date, advising that P was not to return to work until further direction from the Commission. Before the conclusion of his sick leave, the Commission suspended P indefinitely with pay and delegated his powers and duties to another person. P claimed that he was constructively dismissed and commenced litigation. The Commission took the view that in doing this, P had voluntarily resigned. The trial judge found in favour of the Commission, as did the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: P was constructively dismissed. In light of the indefinite duration of his suspension, of the fact that the Commission failed to act in good faith insofar as it withheld reasons from him, and of the Commission's concealed intention to have him terminated, the suspension was not authorized by his employment contract. Nor did the Commission have the authority, whether express or implied, to suspend P indefinitely with pay and that suspension was a substantial change to the contract, which amounted to constructive dismissal.

The test for constructive dismissal has two branches. The court must first identify an express or implied contract term that has been breached and then determine whether that breach was sufficiently serious to constitute constructive dismissal. However, an employer's conduct will also constitute constructive dismissal if it more generally shows that the employer intended not to be bound by the contract. This approach is necessarily retrospective, as it requires consideration of the cumulative effect of past acts by the employer and the determination of whether those acts evinced an intention no longer to be bound by the contract. Given that employment contracts are dynamic in comparison with commercial contracts, courts have properly taken a flexible approach in determining whether the employer's conduct evinced an intention no longer to be bound by the contract.

The first branch of the test for constructive dismissal, the one that requires a review of specific terms of the contract, has two steps: first, the employer's unilateral change must be found to constitute a breach of the employment

Commission se sont détériorées, si bien que les parties ont entrepris de négocier le départ du salarié en contrepartie d'une indemnité. P a pris un congé de maladie avant que les négociations n'aboutissent. Juste avant le retour au travail de P et à son insu, la Commission a écrit au ministre de la Justice pour lui recommander le congédiement de P pour motif valable. Le même jour, son conseiller juridique a écrit au conseiller juridique de P pour lui signifier que son client ne devait pas rentrer au travail avant qu'il n'ait reçu de nouvelles directives de sa part. Avant la fin de son congé de maladie, P s'est vu suspendre indéfiniment avec salaire, et la Commission a délégué ses pouvoirs et ses fonctions à une autre personne. P a prétendu avoir été congédié de manière déguisée et a intenté une action. La Commission a considéré que, ce faisant, P avait démissionné de son gré. Le juge de première instance a tranché en faveur de la Commission, et la Cour d'appel a confirmé son jugement.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

*Les* juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : P a été congédié de manière déguisée. Étant donné la durée indéfinie de sa suspension, l'omission de la Commission d'agir de bonne foi en ne lui communiquant pas ses motifs et son intention dissimulée de le congédier, le contrat de travail n'autorisait pas la suspension. La Commission n'avait pas non plus le pouvoir, exprès ou tacite, de suspendre P indéfiniment avec salaire, de sorte qu'il y a eu modification substantielle du contrat de travail équivalant à un congédiement déguisé.

Le critère applicable au congédiement déguisé comporte deux volets. Le tribunal doit d'abord établir la violation d'une condition expresse ou tacite du contrat, puis décider si elle est suffisamment grave pour constituer un congédiement déguisé. Cependant, la conduite de l'employeur constitue également un congédiement déguisé lorsqu'elle traduit généralement son intention de ne plus être lié par le contrat. La démarche est nécessairement rétrospective dans la mesure où il faut tenir compte de l'effet cumulatif des actes antérieurs de l'employeur et déterminer s'ils traduisaient ou non l'intention de ne plus être lié par le contrat. Puisque, contrairement au contrat commercial, le contrat de travail revêt un caractère dynamique, les tribunaux ont à juste titre adopté une approche souple pour décider si, par sa conduite, l'employeur avait manifesté ou non l'intention de ne plus être lié par le contrat.

Selon le premier volet du critère applicable au congédiement déguisé — celui qui s'attache aux clauses précises du contrat —, deux conditions doivent être satisfaites. Premièrement, la modification unilatérale apportée par

contract and, second, if it does constitute such a breach, it must be found to substantially alter an essential term of the contract. For that second step of the analysis, the court must ask whether, at the time that the breach occurred, a reasonable person in the same situation as the employee would have felt that the essential terms of the employment contract were being substantially changed. In determining this, a court must not consider evidence consisting of information that was neither known to the employee nor reasonably foreseeable.

Constructive dismissal can take two forms: that of a single unilateral act that breaches an essential term of the contract, or that of a series of acts that, taken together, show that the employer intended to no longer be bound by the contract. In all cases, the primary burden will be on the employee to establish constructive dismissal, but where an administrative suspension is at issue, the burden will necessarily shift to the employer, which must then show that the suspension is reasonable or justified. If the employer cannot do so, a breach will have been established, and the burden will shift back to the employee at the second step of the analysis.

A finding of constructive dismissal does not require a formal termination, but a unilateral act by the employer to substantially change the contract of employment. In this case, the Commission was P's employer for most purposes, although the Crown was his employer for the purposes of appointment, reappointment and termination. In other words, the Commission had the power to substantially change P's contract, and thus to constructively dismiss him.

The express terms of P's employment contract are found in the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, and in the terms and conditions of employment established by the Commission pursuant to s. 39(2) of that Act. However, none of those terms nor conditions, or even the Act itself, refer to suspension for administrative reasons. There is simply no express grant of power to suspend.

There is also no implied grant of power to suspend. Given the nature of the Executive Director's position and the detail in which his statutory obligations were defined in the contract, the Commission had an obligation to provide P with work. Even if the Commission had an implied authority to relieve P of some or all of his statutory duties, such an authority is not unfettered, but is subject to a basic requirement of business justification. Because the Commission has failed to establish that the suspension was reasonable or justified, it cannot argue

l'employeur doit constituer une violation du contrat de travail et, deuxièmement, s'il y a bel et bien violation, elle doit modifier substantiellement une condition essentielle du contrat. Pour les besoins de cette seconde étape de l'analyse, le tribunal doit se demander si, au moment de la violation, une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que le salarié aurait considéré qu'il s'agissait d'une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail. Une preuve constituée de données ni connues ni raisonnablement susceptibles de l'être par le salarié ne saurait alors être prise en compte.

Un congédiement déguisé peut revêtir deux formes : celle d'un seul acte unilatéral qui emporte la violation d'une condition essentielle ou celle d'une série d'actes qui, considérés ensemble, montrent l'intention de l'employeur de ne plus être lié par le contrat. Dans tous les cas, le salarié a l'obligation première de prouver le congédiement déguisé, mais lorsqu'il y a suspension administrative, il appartient nécessairement à l'employeur de démontrer à son tour que la mesure est raisonnable ou justifiée. Si ce dernier ne peut le faire, la violation est établie et le salarié a de nouveau le fardeau de la preuve à la seconde étape de l'analyse.

Pour conclure au congédiement déguisé, il doit y avoir non pas un congédiement formel, mais un acte unilatéral de l'employeur qui modifie substantiellement le contrat de travail. En l'occurrence, la Commission était presque à tous égards l'employeur de P même si la Couronne était son employeur pour ce qui concerne sa nomination, la reconduction de son mandat et la révocation de celui-ci. En d'autres termes, la Commission avait le pouvoir de modifier substantiellement le contrat de travail de P, si bien qu'elle pouvait le congédier de manière déguisée.

Les conditions expresses du contrat de travail de P sont prévues par la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, c. L-2, et la Commission établit les modalités et les conditions d'emploi suivant le par. 39(2) de cette loi. Toutefois, ces modalités et ces conditions ne font pas mention — ni même la Loi — d'une suspension administrative. Il n'existe simplement pas de pouvoir exprès de suspension.

Il n'y a pas non plus de pouvoir tacite de suspension. Étant donné la nature du poste de directeur général et le détail avec lequel les obligations légales de P figuraient au contrat, la Commission avait l'obligation de lui fournir du travail. Même si la Commission avait le pouvoir tacite de dépouiller P de la totalité de ses fonctions légales ou de certaines d'entre elles, ce pouvoir n'était pas absolu et son exercice était assujéti au respect de l'exigence fondamentale d'une justification organisationnelle. La Commission ayant omis de démontrer que la suspension était

that it was acting pursuant to an implied term of the contract, which means that the suspension constituted a unilateral act. To begin with, P was given no reasons for the suspension. In most circumstances, an administrative suspension cannot be found to be justified in the absence of a basic level of communication with the employee. At a minimum, acting in good faith in relation to contractual dealings means being honest, reasonable, candid and forthright. Failing to give an employee any reason whatsoever for his suspension is not being forthright. Moreover, the limited evidence presented in support of the Commission's ostensible purpose of facilitating a buyout is undercut by the actions that the Commission took to have P terminated. The Commission's letter to the Minister in which it recommended that P be terminated ought to be admitted at this stage of the analysis. Add to this the facts that P was replaced during the suspension period and that the period was indefinite, and there remains no doubt that the suspension was unauthorized.

Furthermore, on the evidence, it cannot be said that P acquiesced in the change. Even if P was interested in a buyout, that interest can in no way be taken as consent to his suspension, nor can it be prejudicial to his position in his action. P simply did what most employees would do if their employer raises the possibility of a buyout: listen to the offer and, depending on its terms, consider accepting it.

With respect to the second step of the first branch of the test for constructive dismissal, it was reasonable for P to perceive the unauthorized unilateral suspension as a substantial change to the contract. As far as he knew, he was being indefinitely suspended and had been given no reason for the suspension. The letter to P stated that the suspension was to continue until further direction from the Commission. When P had his lawyer write to request clarification of the Commission's instructions, the Commission persisted in its silence regarding the reason. That is sufficient to discharge P's burden here. Knowledge of the reasons given by the Commission at trial should not be imputed to P as of the time of the suspension.

In short, P has proven that the Commission's unilateral act breached his employment contract and that the breach substantially changed the essential terms of the contract. P was constructively dismissed and therefore entitled to damages for wrongful dismissal. The trial judge's provisional assessment of those damages should be adopted, with the exception that on the basis of the private insurance exception from *IBM Canada Limited v.*

raisonnable ou justifiée, elle ne pouvait prétendre agir sur la base d'une condition tacite du contrat, de sorte que la suspension constitue un acte unilatéral. D'abord, aucune raison n'a été donnée à P pour justifier sa suspension. La plupart du temps, on ne peut conclure qu'une suspension administrative est justifiée que s'il y a eu un minimum de communication avec le salarié. Dans le cadre contractuel, agir de bonne foi exige à tout le moins des parties qu'elles se montrent honnêtes, franches et raisonnables. Ne pas informer le salarié de ce qui motive sa suspension n'est pas franc. De plus, la preuve restreinte offerte pour étayer l'objectif déclaré de la Commission — favoriser la conclusion d'un accord sur une indemnité de départ — est battue en brèche par les démarches qu'elle a entreprises pour que P soit congédié. La lettre de la Commission recommandant au ministre le congédiement de P aurait dû être admise en preuve à cette étape de l'analyse. De plus, P a été remplacé et la durée de sa suspension était indéfinie, d'où la certitude que la suspension n'était pas autorisée.

Qui plus est, selon la preuve, on ne peut affirmer que P a acquiescé à la modification. Même s'il désirait mettre fin à son contrat moyennant une indemnité, on ne peut voir dans cet intérêt ni le consentement à la suspension, ni un élément préjudiciable à sa thèse. P a simplement fait ce que font la plupart des salariés lorsque l'employeur évoque la possibilité d'une indemnité de départ, soit écouter l'offre et, selon sa teneur, envisager de l'accepter.

En ce qui concerne la seconde étape du premier volet du critère applicable au congédiement déguisé, il était raisonnable que P voie dans sa suspension unilatérale non autorisée une modification substantielle du contrat. Pour autant qu'il savait, il était suspendu indéfiniment et aucune raison n'était invoquée. Selon la lettre qui lui était adressée, la suspension s'appliquait jusqu'à ce que la Commission lui donne de nouvelles directives. Lorsque son conseiller juridique a demandé des éclaircissements sur les directives de la Commission, cette dernière a persisté dans son refus de justifier la mesure. Cela suffit pour que P s'acquitte de son fardeau de preuve à cette étape. On ne doit pas considérer que, au moment de la suspension, il connaissait les motifs révélés au procès par la Commission.

En bref, P a établi que la mesure unilatérale de la Commission violait son contrat de travail et qu'il en résultait une modification substantielle des conditions essentielles du contrat. Il a fait l'objet d'un congédiement déguisé et a donc droit à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Il convient de confirmer l'évaluation en première instance du montant des dommages-intérêts éventuels, si ce n'est que, eu égard à l'exception relative

*Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985, P's pension benefits should not be deducted from the damages awarded to him. Those benefits were not intended to compensate P in the event of his being wrongfully dismissed. Section 16 of the *Public Service Superannuation Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-26, does not displace the private insurance exception. Neither the ordinary meaning of the words of s. 16 nor its context support the position that the provincial legislature intended to preclude the common law rule in *Waterman*. Rather, they support the position that s. 16 is intended for situations in which a former employee who is receiving pension benefits returns to employment in the public service. It therefore neither applies to wrongful dismissal cases nor precludes P from collecting both the full damages amount and his pension benefits.

*Per* McLachlin C.J. and Cromwell J.: The trial judge made two related errors of law in his analysis of whether the Commission had repudiated P's employment contract and thereby constructively dismissed him. First, the trial judge failed to recognize that constructive dismissal may be established not only on the basis of a sufficiently serious breach, but also by conduct which, in light of all of the surrounding circumstances and viewed objectively by a reasonable person in the position of the employee, shows that the employer does not intend to be bound in the future by important terms of the contract of employment.

In this case, the surrounding circumstances reveal the following: (i) the Commission wanted to bring P's employment to an end before the expiry of the term of his contract; (ii) the Commission wanted him to stay out of the workplace indefinitely; and (iii) the Commission provided no assurances that it would continue to honour the remuneration terms of his contract in the future. Had the trial judge taken these surrounding circumstances into account, as the relevant legal principles require, rather than focusing simply on how serious a breach of contract the suspension was, he would inevitably have concluded that the Commission had evinced a clear intention not to be bound in the future by important provisions of P's employment contract.

The trial judge's second error was to exclude from consideration the fact that on the same day the Commission's counsel instructed P to stay out of the workplace indefinitely, the Commission sent a letter to the Minister of Justice seeking to have P's appointment revoked for

à l'assurance privée reconnue dans l'arrêt *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985, les prestations de retraite de P ne doivent pas être déduites de ce montant. Ces prestations ne visaient pas à indemniser P en cas de congédiement injustifié. L'article 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, c. P-26, n'écarte pas l'exception relative à l'assurance privée. Ni le sens ordinaire des termes employés à l'art. 16, ni le contexte de la disposition n'appuient la prétention selon laquelle le législateur provincial a voulu faire obstacle à l'application de la règle de common law issue de l'arrêt *Waterman*. Ils indiquent plutôt que l'art. 16 vise la situation de l'ancien salarié qui touche des prestations de retraite et qui reprend le travail dans les services publics. La disposition ne s'applique donc pas au congédiement injustifié, ni n'empêche P de toucher la totalité des dommages-intérêts auxquels il a droit en plus de ses prestations de retraite.

*La* juge en chef McLachlin et le juge Cromwell : Deux erreurs connexes entachent l'analyse du juge de première instance quant à savoir si la Commission a répudié le contrat de travail et de ce fait congédié P de manière déguisée. Premièrement, le juge omet de reconnaître que le congédiement déguisé peut découler non seulement d'une violation suffisamment grave, mais aussi d'actes qui, compte tenu de l'ensemble des circonstances et du point de vue objectif d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du salarié, montrent l'intention de l'employeur de ne plus être lié par des clauses importantes du contrat de travail.

En l'espèce, les circonstances sont les suivantes : (i) la Commission entendait mettre fin à l'emploi de P avant l'expiration de son contrat, (ii) elle lui a enjoint de ne pas rentrer au travail jusqu'à nouvel ordre et (iii) elle ne lui a pas donné l'assurance qu'elle continuerait de respecter les clauses du contrat relatives à la rémunération. Si, comme l'exigeaient les principes juridiques applicables, le juge de première instance avait tenu compte de ces circonstances et non seulement de la gravité de la violation du contrat que constituait la suspension, il aurait nécessairement conclu que la Commission avait clairement manifesté l'intention de ne plus être liée par d'importantes clauses du contrat de travail.

La seconde erreur du juge de première instance a été d'écartier le fait que le jour même où le conseiller juridique de la Commission a enjoint à P de ne pas rentrer au travail jusqu'à nouvel ordre, la Commission a écrit au ministre de la Justice en vue d'obtenir la révocation pour



cause. The trial judge decided that he could only consider what P knew at the time he claimed to have been constructively dismissed.

While the law on this point is not as clear or as settled as one would wish, a non-breaching party claiming repudiation is entitled to rely on grounds actually in existence at the time of the alleged repudiation but which were unknown to him at the time. In other words, P is entitled to rely on the Commission's conduct up to the time he accepted the repudiation and sued for constructive dismissal, even if he was unaware of it at that time. This is important for the purposes of this case: the trial judge excluded from consideration the fact, unknown to P at the time, that the Commission on the very day that it suspended him, sent a letter seeking to have his appointment revoked for cause. The trial judge therefore erred in failing to take this into consideration in deciding whether P had been constructively dismissed. Contrary to the opinion of the Court of Appeal, the judge's error was not harmless. The letter, understood in the context in which it was written, made it clear that the Commission did not intend to be bound in the future by important provisions of his contract of employment. This was one of the surrounding circumstances that the judge was obliged to consider in deciding whether the suspension, viewed in light of all of the circumstances, evinced the Commission's intention not to be bound by the contract.

According to this Court's decision in *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985, the pension benefits that P received should not be deducted from his damage award for wrongful dismissal.

### Cases Cited

By Wagner J.

**Applied:** *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846; *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985; **adopted:** *Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co.*, 2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195; *Devlin v. NEMI Northern Energy & Mining Inc.*, 2010 BCSC 1822, 86 C.C.E.L. (3d) 268; *Reininger v. Unique Personnel Canada Inc.* (2002), 21 C.C.E.L. (3d) 278; **discussed:** *Park v. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107; **referred to:** *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315; *Shah v. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44; *Whiting v. Winnipeg River Brokenhead Community Futures Development Corp.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 18; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *General Billposting Co. v.*

motif valable de la nomination de P. Le juge a décidé de ne tenir compte que de ce que P savait au moment où il a allégué le congédiement déguisé.

Bien que, sur ce point, le droit ne soit ni aussi clair ni aussi bien établi qu'on pourrait le souhaiter, la partie non fautive qui allègue la répudiation peut invoquer des éléments qui existaient bel et bien au moment de la répudiation alléguée, mais qui lui étaient alors inconnus. Autrement dit, P peut se fonder sur le comportement qu'a eu la Commission jusqu'à ce qu'il accepte la répudiation et intente l'action pour congédiement déguisé, même si ce comportement lui était alors inconnu. Cela importe en l'espèce, car le juge de première instance n'a pas pris en considération le fait, alors inconnu de P, que le jour où elle l'avait suspendu la Commission avait demandé par lettre la révocation de sa nomination pour motif valable. Le juge a donc eu tort de ne pas en tenir compte pour décider si P avait fait l'objet ou non d'un congédiement déguisé. Contrairement à ce que conclut la Cour d'appel, l'erreur du juge n'a pas été sans conséquence. Considérée dans le contexte de sa rédaction, la lettre fait ressortir on ne peut plus clairement que la Commission n'entendait plus être liée par d'importantes clauses du contrat de travail. C'est l'un des éléments dont le juge devait tenir compte pour décider si, au vu de toutes les circonstances, la suspension traduisait l'intention de la Commission de ne plus être liée par le contrat.

Suivant l'arrêt *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985, les prestations de retraite touchées par P ne doivent pas être déduites de ses dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

### Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

**Arrêts appliqués :** *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846; *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985; **arrêts adoptés :** *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, 2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195; *Devlin c. NEMI Northern Energy & Mining Inc.*, 2010 BCSC 1822, 86 C.C.E.L. (3d) 268; *Reininger c. Unique Personnel Canada Inc.* (2002), 21 C.C.E.L. (3d) 278; **arrêt analysé :** *Park c. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107; **arrêts mentionnés :** *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315; *Shah c. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44; *Whiting c. Winnipeg River Brokenhead Community Futures Development Corp.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 18; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69;

*Atkinson*, [1909] A.C. 118; *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208; *Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713; *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161; *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70; *Carscallen v. FRI Corp.* (2005), 42 C.C.E.L. (3d) 196, aff'd (2006), 52 C.C.E.L. (3d) 161; *Labarre v. Spiro Méga inc.*, 2001 CarswellQue 1753; *Belton v. Liberty Insurance Co. of Canada* (2004), 72 O.R. (3d) 81; *McKinley v. BC Tel*, 2001 SCC 38, [2001] 2 S.C.R. 161; *Haldane v. Shelbar Enterprises Ltd.* (1999), 46 O.R. (3d) 206; *Turner v. Sawdon & Co.*, [1901] 2 K.B. 653; *Suleman v. B.C. Research Council* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 138; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec*, [1991] T.A. 666; *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal*, [1984] T.A. 668; *Re Ontario Jockey Club and Mutuel Employees' Association, Service Employees' International Union, Local 528* (1977), 17 L.A.C. (2d) 176; *Pierce v. Canada Trust Realtor* (1986), 11 C.C.E.L. 64; *MacKay v. Avco Financial Services Canada Ltd.* (1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 353; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157.

By Cromwell J.

**Applied:** *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315; *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846; *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985; **approved:** *Stolze v. Addario* (1997), 36 O.R. (3d) 323; *Shah v. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44; **referred to:** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *General Billposting Co. v. Atkinson*, [1909] A.C. 118; *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208; *Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713; *Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction UK Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571; *Federal Commerce & Navigation Co. v. Molena Alpha Inc.*, [1979] A.C. 757; *Eminence Property Developments Ltd. v. Heaney*, [2010] EWCA Civ 1168, [2011] 2 All E.R. (Comm.) 223; *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70; *British and Beningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co.*, [1923] A.C. 48; *Glencore Grain Rotterdam BV v. Lebanese Organisation for International Commerce*, [1997] 4 All E.R. 514; *Taylor v.*

*General Billposting Co. v. Atkinson*, [1909] A.C. 118; *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208; *Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713; *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161; *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70; *Carscallen v. FRI Corp.* (2005), 42 C.C.E.L. (3d) 196, conf. par (2006), 52 C.C.E.L. (3d) 161; *Labarre v. Spiro Méga inc.*, 2001 CarswellQue 1753; *Belton v. Liberty Insurance Co. of Canada* (2004), 72 O.R. (3d) 81; *McKinley v. BC Tel*, 2001 CSC 38, [2001] 2 R.C.S. 161; *Haldane v. Shelbar Enterprises Ltd.* (1999), 46 O.R. (3d) 206; *Turner v. Sawdon & Co.*, [1901] 2 K.B. 653; *Suleman v. B.C. Research Council* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 138; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec*, [1991] T.A. 666; *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal*, [1984] T.A. 668; *Re Ontario Jockey Club and Mutuel Employees' Association, Service Employees' International Union, Local 528* (1977), 17 L.A.C. (2d) 176; *Pierce v. Canada Trust Realtor* (1986), 11 C.C.E.L. 64; *MacKay v. Avco Financial Services Canada Ltd.* (1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 353; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661; *Parry Sound (district), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157.

Citée par le juge Cromwell

**Arrêts appliqués :** *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315; *Farber v. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846; *IBM Canada Limitée v. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985; **arrêts approuvés :** *Stolze v. Addario* (1997), 36 O.R. (3d) 323; *Shah v. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44; **arrêts mentionnés :** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Tercon Contractors Ltd. v. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *General Billposting Co. v. Atkinson*, [1909] A.C. 118; *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208; *Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713; *Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction UK Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571; *Federal Commerce & Navigation Co. v. Molena Alpha Inc.*, [1979] A.C. 757; *Eminence Property Developments Ltd. v. Heaney*, [2010] EWCA Civ 1168, [2011] 2 All E.R. (Comm.) 223; *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70; *British and Beningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co.*, [1923] A.C. 48; *Glencore Grain Rotterdam BV v. Lebanese Organisation for International Commerce*,

*Oakes, Roncoroni, and Co.* (1922), 127 L.T. 267; *Scandinavian Trading Co. A/B v. Zodiac Petroleum S.A.*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 81; *Lake Ontario Portland Cement Co. v. Groner*, [1961] S.C.R. 553.

### Statutes and Regulations Cited

*Act Respecting Pensions under the Public Service Superannuation Act*, S.N.B. 2013, c. 44, s. 2.  
*Civil Code of Québec*.  
*Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, ss. 1(1)(a), 21(1).  
*Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2 [am. 2005, c. 8], ss. 2, 39, 40(1), 41(1), 42, 50(2), 51(1), 52(8), 53(2), (3).  
*Public Service Superannuation Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-26 [rep. 2013, c. 44, s. 2], s. 16.  
*Public Service Superannuation Act (1966)*, S.N.B. 1966, c. 23, s. 16.

### Authors Cited

Barnacle, Peter. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated June 2014, release 51).  
*Barron's Canadian Law Dictionary*, 6th ed. by John A. Yogis and Catherine Cotter. Hauppauge, N.Y.: Barron's Educational Series, 2009, "constructive".  
*Black's Law Dictionary*, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "constructive".  
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.  
*Concise Oxford English Dictionary*, 12th ed. by Angus Stevenson and Maurice Waite, eds. Oxford: Oxford University Press, 2011, "appoint", "appointment".  
Doorey, David J. "Employer 'Bullying': Implied Duties of Fair Dealing in Canadian Employment Contracts" (2005), 30 *Queen's L.J.* 500.  
Echlin, Randall Scott, and Jennifer M. Fantini. *Quitting for Good Reason: The Law of Constructive Dismissal in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001.  
England, Geoffrey. *Individual Employment Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.  
McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.  
New Brunswick. Legislative Assembly. *Synoptic Report: Legislative Assembly of the Province of New Brunswick*, June 16, 1966, pp. 1235-54.

[1997] 4 All E.R. 514; *Taylor c. Oakes, Roncoroni, and Co.* (1922), 127 L.T. 267; *Scandinavian Trading Co. A/B c. Zodiac Petroleum S.A.*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 81; *Lake Ontario Portland Cement Co. c. Groner*, [1961] R.C.S. 553.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*.  
*Loi concernant la pension de retraite au titre de la Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.N.-B. 2013, c. 44, art. 2.  
*Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, c. I-13, art. 1(1)a), 21(1).  
*Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, c. L-2 [mod. 2005, c. 8], art. 2, 39, 40(1), 41(1), 42, 50(2), 51(1), 52(8), 53(2), (3).  
*Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, c. P-26 [abr. 2013, c. 44, art. 2], art. 16.  
*Public Service Superannuation Act (1966)*, S.N.B. 1966, c. 23, art. 16.

### Doctrine et autres documents cités

Barnacle, Peter. *Employment Law in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated June 2014, release 51).  
*Barron's Canadian Law Dictionary*, 6th ed. by John A. Yogis and Catherine Cotter, Hauppauge (N.Y.), Barron's Educational Series, 2009, « *constructive* ».  
*Black's Law Dictionary*, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « *constructive* ».  
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 2nd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1984.  
*Concise Oxford English Dictionary*, 12th ed. by Angus Stevenson and Maurice Waite, eds., Oxford, Oxford University Press, 2011, « *appoint* », « *appointment* ».  
Doorey, David J. « Employer "Bullying" : Implied Duties of Fair Dealing in Canadian Employment Contracts » (2005), 30 *Queen's L.J.* 500.  
Echlin, Randall Scott, and Jennifer M. Fantini. *Quitting for Good Reason : The Law of Constructive Dismissal in Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2001.  
England, Geoffrey. *Individual Employment Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.  
McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.  
Nouveau-Brunswick. Assemblée législative. *Synoptic Report : Legislative Assembly of the Province of New Brunswick*, June 16, 1966, pp. 1235-54.



*Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd. Paris: Le Robert, 2012, “*nomination*”.

Sproat, John R. *Wrongful Dismissal Handbook*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2012.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Swan, Angela, with the assistance of Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2010.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Drapeau C.J.N.B. and Richard and Bell JJ.A.), 2013 NBCA 27, 402 N.B.R. (2d) 41, 1044 A.P.R. 41, 6 C.C.E.L. (4th) 1, 2013 CLLC ¶201-032, [2013] N.B.J. No. 122 (QL), 2013 CarswellNB 196 (WL Can.), affirming a decision of Grant J., 2011 NBQB 296, 384 N.B.R. (2d) 14, 995 A.P.R. 14, 94 C.C.E.L. (3d) 302, [2011] N.B.J. No. 361 (QL), 2011 CarswellNB 579 (WL Can.). Appeal allowed.

*Eugene J. Mockler and Perri Ravon*, for the appellant.

*Clarence L. Bennett and Josie H. Marks*, for the respondent.

The judgment of Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

WAGNER J. —

## I. Introduction

[1] The issue in this appeal is whether and in what circumstances a non-unionized employee who is suspended with pay may claim to have been constructively dismissed. The case involves the indefinite suspension of an employee with pay in the context of negotiations for a buyout of his contract of employment. The courts below found that the suspension did not amount to constructive dismissal and that the employee, Mr. Potter, had therefore repudiated the contract when he brought an action for constructive dismissal. For the reasons that follow, I respectfully disagree. Mr. Potter’s

*Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2012, « *nomination* ».

Sproat, John R. *Wrongful Dismissal Handbook*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2012.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2008.

Swan, Angela, with the assistance of Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2009.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (le juge en chef Drapeau et les juges Richard et Bell), 2013 NBCA 27, 402 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 41, 1044 A.P.R. 41, 6 C.C.E.L. (4th) 1, 2013 CLLC ¶201-032, [2013] A.N.-B. n° 122 (QL), 2013 CarswellNB 197 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Grant, 2011 NBBR 296, 384 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 14, 995 A.P.R. 14, 94 C.C.E.L. (3d) 302, [2011] A.N.-B. n° 361 (QL), 2011 CarswellNB 579 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Eugene J. Mockler et Perri Ravon*, pour l’appellant.

*Clarence L. Bennett et Josie H. Marks*, pour l’intimée.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE WAGNER —

## I. Introduction

[1] Le pourvoi soulève la question de savoir si le salarié non syndiqué qui est suspendu avec salaire peut prétendre avoir fait l’objet d’un congédiement déguisé et, dans l’affirmative, à quelles conditions il peut le faire. Le dossier porte sur la suspension indéfinie avec salaire d’un salarié dans le contexte de la négociation d’une indemnité de départ. Les tribunaux inférieurs concluent que la suspension n’équivaut pas à un congédiement déguisé et que le salarié, M. Potter, a donc répudié son contrat de travail lorsqu’il a entrepris son recours pour congédiement déguisé. Pour les motifs qui suivent, je ne suis

employer, the New Brunswick Legal Aid Services Commission (“Commission”), lacked the authority, whether express or implied, to suspend him indefinitely with pay for the reasons it gave. I find that Mr. Potter was constructively dismissed and that he is accordingly entitled to damages for wrongful dismissal. I would adopt the trial judge’s provisional assessment of those damages, with the exception that the pension benefits Mr. Potter received should not be deducted from them.

## II. Background and Judicial History

### A. *Background*

[2] Mr. Potter is a lawyer who was admitted to the Law Society of New Brunswick in 1977. After serving in various positions primarily with the Province of New Brunswick, Mr. Potter became the Province’s interim Director of Legal Aid in 1993. He remained in that position until 2005, when the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, was amended to create a new scheme under which staff lawyers would represent litigants (S.N.B. 2005, c. 8). Under the former system, lawyers in private practice had been paid for performing legal aid work. The amendments also created the position of Executive Director of Legal Aid (“Executive Director”).

[3] On December 12, 2005, the day the amendments were proclaimed, the Board of Directors (“Board”) of the newly created Commission nominated Mr. Potter for appointment as the Executive Director. The Lieutenant-Governor in Council formally appointed him to that office on March 16, 2006, by means of Order-in-Council 2006-85. The appointment was for a seven-year term that was to expire on December 12, 2012.

[4] Mr. Potter’s appointment as the Executive Director was governed by s. 39 of the *Legal Aid Act*, which reads as follows:

pas de cet avis. L’employeur, la Commission des services d’aide juridique du Nouveau-Brunswick (la « Commission »), n’avait pas le pouvoir exprès ou tacite de suspendre M. Potter pour une durée indéfinie avec salaire pour les raisons qu’elle a invoquées. J’estime que M. Potter a fait l’objet d’un congédiement déguisé et qu’il a donc droit à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Je fais mienne l’évaluation de leur montant que fait le juge de première instance, mais j’estime que les prestations de retraite qui ont été versées à M. Potter ne devraient pas être déduites de ce montant.

## II. Contexte et historique judiciaire

### A. *Contexte*

[2] M. Potter a été admis au Barreau du Nouveau-Brunswick en 1977. En 1993, après avoir exercé diverses fonctions, principalement pour la province du Nouveau-Brunswick, il est devenu directeur intérimaire de l’Aide juridique du Nouveau-Brunswick. Il a occupé ce poste jusqu’à la modification, en 2005, de la *Loi sur l’aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, c. L-2, en vue de la création d’un nouveau régime faisant appel à des avocats salariés pour représenter les justiciables (L.N.-B. 2005, c. 8). Dans le cadre de l’ancien système, des avocats de pratique privée étaient rémunérés pour la prestation de services d’aide juridique. La modification a également entraîné la création du poste de directeur général de l’aide juridique (le « directeur général »).

[3] Le 12 décembre 2005, soit le jour de la promulgation de la loi modificatrice, le conseil d’administration (le « conseil ») de la Commission nouvellement créée a proposé la nomination de M. Potter au poste de directeur général. Le 16 mars 2006, par le décret 2006-85, le lieutenant-gouverneur en conseil a officiellement nommé M. Potter directeur général. Le mandat avait une durée de sept ans et devait expirer le 12 décembre 2012.

[4] La nomination de M. Potter au poste de directeur général était régie par l’art. 39 de la *Loi sur l’aide juridique*, dont le libellé est le suivant :

**Executive Director**

**39(1)** The Lieutenant-Governor in Council shall appoint as the Executive Director of Legal Aid the person nominated by the Board.

**39(2)** The Board shall establish the terms and conditions of the Executive Director's appointment.

**39(3)** An Executive Director shall hold office for a term of 7 years from the date of his or her appointment.

**39(4)** The appointment of an Executive Director may be revoked for cause by the Lieutenant-Governor in Council.

**39(5)** An Executive Director is eligible for reappointment and subsections (1) to (4) apply with the necessary modifications in respect of a reappointment.

**39(6)** The Executive Director shall perform the duties and may exercise the powers imposed on the Executive Director by this Part, the regulations or the Board.

[5] The Board had also established the terms and conditions of Mr. Potter's appointment, as required by s. 39(2), in a resolution dated December 12, 2005 that included provisions on remuneration, insurance benefits, pension benefits, vacation and sick leave, and a vehicle allowance. Section 39(6) provides that certain powers and duties are attributed to the Executive Director by the *Legal Aid Act* itself, by the regulations or by the Board. The powers and duties attributed by the Act include the following (Court of Appeal reasons, at para. 15):

- “the hiring of employees (s. 40(1))”;
- “contracting with lawyers not employed by the Commission (s. 41(1))”;
- “directing employees and contractors (s. 42(1), (2))”;
- “assisting the Legal Aid Committee with investigations (s. 50(2))”;
- “appointing area legal aid committees (s. 51(1))”;

**Directeur général**

**39(1)** Le lieutenant-gouverneur en conseil nomme comme directeur général de l'aide juridique la personne proposée par le conseil.

**39(2)** Le conseil établit les modalités et conditions de la nomination du directeur général.

**39(3)** Le directeur général occupe son poste pour un mandat de sept ans à compter de la date de sa nomination.

**39(4)** Le lieutenant-gouverneur en conseil peut révoquer pour motif valable la nomination du directeur général.

**39(5)** Le mandat d'un directeur général peut être renouvelé et les paragraphes (1) à (4) s'appliquent avec les adaptations nécessaires au renouvellement de mandat.

**39(6)** Le directeur général exerce les fonctions et peut exercer les pouvoirs qui lui sont [attribués] par la présente partie, les règlements ou le conseil.

[5] Conformément au par. 39(2), le conseil a également établi les modalités et les conditions de la nomination de M. Potter au moyen d'une résolution datée du 12 décembre 2005, notamment en ce qui concerne la rémunération, les assurances, les prestations de retraite, les congés annuels et de maladie, ainsi que les indemnités liées à l'usage d'un véhicule. Le paragraphe 39(6) dispose que certains pouvoirs et certaines fonctions sont attribués au directeur général par la *Loi sur l'aide juridique* elle-même, les règlements ou le conseil. Ces pouvoirs et ces fonctions d'origine législative comprennent les suivants (motifs de la Cour d'appel, par. 15) :

- « engager des employés (par. 40(1)) »;
- « conclure des contrats avec des avocats qui ne sont pas au service de la Commission (par. 41(1)) »;
- « donner des directives aux employés et aux personnes avec lesquelles un contrat a été conclu (par. 42(1), (2)) »;
- « aider le Comité d'aide juridique à mener des enquêtes (par. 50(2)) »;
- « nommer des comités régionaux de l'aide juridique (par. 51(1)) »;

- “acting as one of the signing officers of the Legal Aid Fund (s. 52(8))”;
  - “administering Legal Aid New Brunswick (‘the plan’) in accordance with Part III, the regulations and any policies established under Part III and the regulations (s. 53(2))”; and
  - “subject to Board approval, establishing policies to govern the administration of the plan (s. 53(3))”.
- « être l’un des fondés de signature pour le Fonds d’aide juridique (par. 52(8)) »;
  - « administrer Aide juridique Nouveau-Brunswick (“le programme”) conformément à la Partie III, aux règlements et aux lignes de conduite établies en vertu de la Partie III et des règlements (par. 53(2)) »;
  - « sous réserve de l’approbation du conseil, établir des lignes de conduite régissant l’administration du programme (par. 53(3)) ».

[6] In October 2009, after Mr. Potter had completed nearly four years of his seven-year contract, his physician advised him to take time off for medical reasons. Although initially one month, the period of his medical leave was subsequently extended, first to January 4, 2010, and then to January 18, 2010. The second extension was accompanied by a note in which Mr. Potter’s physician observed that he “needs to be reassessed before [going] back” (Court of Appeal reasons, at para. 31). In his absence, Mr. Potter delegated his powers and duties to Peter Corey, the Commission’s Director of Criminal Operations.

[6] En octobre 2009, soit près de quatre ans après le début du mandat de sept ans de M. Potter, son médecin lui a conseillé de prendre congé pour des raisons de santé. Le congé accordé initialement était d’un mois, mais il a été prolongé, une première fois jusqu’au 4 janvier 2010, puis une deuxième fois jusqu’au 18 janvier 2010. La seconde fois, le médecin indiquait dans son billet que M. Potter [TRADUCTION] « dev[ait] être réévalué avant son retour au travail » (motifs de la Cour d’appel, par. 31). M. Potter a délégué l’exercice de ses pouvoirs et de ses fonctions en son absence à Peter Corey, alors directeur des opérations en matière pénale de la Commission.

[7] Before then, in the spring of 2009, Mr. Potter and the Board had begun to negotiate a buyout of his contract. If successful, that process would have culminated in Mr. Potter’s resignation in exchange for an agreed-upon compensation package.

[7] Auparavant, au printemps de 2009, M. Potter et le conseil avaient entrepris la négociation d’une indemnité de départ. Si la négociation aboutissait, M. Potter démissionnait et touchait en contrepartie l’indemnité globale convenue.

[8] On January 5, 2010, the Board decided — without alerting Mr. Potter — that if the buyout negotiations were not resolved before January 11, it would request that the Lieutenant-Governor in Council revoke Mr. Potter’s appointment for cause pursuant to s. 39(4) of the *Legal Aid Act*. Its decision was reflected in the following resolution:

[8] Le 5 janvier 2010, le conseil a décidé — sans en informer M. Potter — que si la négociation de l’indemnité de départ n’aboutissait pas avant le 11 janvier 2010, il demanderait au lieutenant-gouverneur en conseil de révoquer la nomination de M. Potter pour motif valable suivant le par. 39(4) de la *Loi sur l’aide juridique*, d’où l’adoption de la résolution suivante :

The Chair shall send correspondence to the Minister of Justice (with a cc to the Deputy Minister) requesting that David Potter’s appointment as Executive Director of the Legal Aid Services Commission be revoked for cause, such letter to be sent only if Gordon Petrie, Q.C.

[TRADUCTION] La présidente enverra au ministre de la Justice (avec copie conforme au sous-ministre) une lettre demandant que la nomination de David Potter comme directeur général de la Commission des services d’aide juridique soit révoquée pour motif valable, cette lettre

is unable to negotiate a resolution with Mr. Potter before Monday, January 11, 2010 (on the basis that Mr. Potter receive no more than 18 months' salary including his retirement allowance). [Emphasis deleted.]

(Court of Appeal reasons, at para. 32)

[9] On January 11, unbeknownst to Mr. Potter, the Chairperson of the Board sent a letter to the Minister of Justice recommending that Mr. Potter be dismissed for cause and outlining in general terms the grounds for dismissal.

[10] Also on January 11, counsel for the Commission sent a letter to counsel for Mr. Potter advising him that Mr. Potter was not to return to work "until further direction":

Our client, the Legal Aid Services Commission, has instructed us to advise you that David Potter ought not to return to the work place until further direction from the Commission. He will continue to be paid until instructed otherwise.

[11] On January 12, counsel for Mr. Potter replied, acknowledging receipt of that letter and requesting clarification of the Commission's instructions:

I have received your letter dated January 11, 2010. I note the use of the phrase that "Mr. Potter *ought not to return* to the work place. . .". The phrasing could be interpreted as advisory as opposed to directive.

Given that Mr. Potter occupies a position which sets out a statutory obligation to perform the duties of his position, can you confirm whether the Board has suspended Mr. Potter[?] [Emphasis in original.]

[12] On January 13, counsel for the Commission confirmed that the statement was directive: "I am surprised that you and your client are confused. He is not to return to work until further notice."

[13] Mr. Potter was not aware of the Board's letter recommending that he be dismissed for cause, and

ne devant être envoyée que si Gordon Petrie, c.r., est incapable de négocier un règlement avec M. Potter avant le lundi 11 janvier 2010 (règlement aux termes duquel M. Potter ne recevra pas plus de 18 mois de salaire, allocation de retraite comprise). [Soulignement omis.]

(Motifs de la Cour d'appel, par. 32)

[9] Le 11 janvier, la présidente du conseil a transmis au ministre de la Justice, à l'insu de M. Potter, une lettre recommandant son congédiement pour motif valable et indiquant de manière générale quels étaient ces motifs.

[10] Le même jour, le conseiller juridique de la Commission a transmis à celui de M. Potter une lettre l'informant que ce dernier ne devait pas rentrer au travail [TRADUCTION] « avant [. . .] de nouvelles directives » :

[TRADUCTION] Notre cliente, la Commission des services d'aide juridique, nous a donné instruction de vous informer que David Potter ne devrait pas rentrer au travail avant qu'elle n'ait donné de nouvelles directives. M. Potter continuera de toucher son salaire jusqu'à nouvel ordre.

[11] Le lendemain, le conseiller juridique de M. Potter a accusé réception de la lettre et demandé la clarification des directives de la Commission :

[TRADUCTION] J'ai reçu votre lettre du 11 janvier 2010 dans laquelle vous indiquez que « M. Potter *ne devrait pas rentrer* au travail. . . ». Cette formulation pourrait être interprétée comme une recommandation plutôt qu'une directive.

Étant donné que M. Potter occupe un poste qui comporte l'obligation légale d'exercer ses fonctions, pouvez-vous confirmer que le conseil a suspendu M. Potter[?] [En italique dans l'original.]

[12] Le 13 janvier, le conseiller juridique de la Commission a confirmé qu'il s'agissait d'une directive : [TRADUCTION] « Je m'étonne qu'un doute subsiste dans votre esprit et celui de votre client. Ce dernier ne doit pas rentrer au travail jusqu'à nouvel ordre. »

[13] M. Potter ignorait l'existence de la lettre du conseil recommandant son congédiement pour



there is no evidence that the Lieutenant-Governor in Council took any steps towards acting on the recommendation. Mr. Potter's sick leave was due to expire on January 18, 2010, but having received the instruction of January 11, as clarified in the letter of January 13, he did not return to work. The Board delegated the powers and duties of the Executive Director to Mr. Corey, to whom Mr. Potter had previously delegated them.

[14] On March 9, 2010 — eight weeks after the Board's instruction to stay away from the workplace, and seven weeks after Mr. Potter had been scheduled to return from sick leave — Mr. Potter commenced an action for constructive dismissal. He claimed the following relief: damages with respect to salary and benefits through December 12, 2012 (the end of his term), general damages, damages arising from the manner of dismissal like those defined in *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, a declaration that the Board had no authority to suspend Mr. Potter, a declaration that the Board had unlawfully obstructed Mr. Potter from exercising his statutory powers, declarations that the Board had unlawfully usurped the functions of both the Executive Director and the Lieutenant-Governor in Council by delegating those statutory powers to someone who had not been duly appointed, and post-judgment interest.

[15] In response, the Board stopped Mr. Potter's salary and benefits. Counsel for the Commission advised his counsel of this in a letter of March 15, 2010:

Based upon your clients' legal action claiming constructive dismissal, our client takes the position that he has effectively resigned his position.

Therefore, salary and benefits were stopped on March 9, 2010.

Furthermore, he is directed to return to the Commission the following items:

- a) Blackberry;

motif valable, et rien ne prouve que le lieutenant-gouverneur en conseil a pris quelque mesure pour donner suite à la recommandation. Le congé de maladie de M. Potter devait prendre fin le 18 janvier 2010, mais après avoir reçu la directive du 11 janvier, puis la clarification du 13 janvier, M. Potter n'a pas repris le travail. Le conseil a délégué les pouvoirs et les fonctions du directeur général à M. Corey, à qui M. Potter les avait déjà confiés.

[14] Le 9 mars 2010, soit huit semaines après avoir reçu la directive de ne pas rentrer au bureau et sept semaines après la date prévue de son retour au travail, M. Potter a intenté une action pour congédiement déguisé. Il demandait les réparations suivantes : des dommages-intérêts pour salaire et avantages jusqu'au 12 décembre 2012 (la date d'expiration de son mandat), des dommages-intérêts généraux, des dommages-intérêts de la nature de ceux accordés dans l'arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, pour la manière dont il avait été congédié, un jugement déclaratoire portant que le conseil n'avait pas le pouvoir de le suspendre, un jugement déclaratoire portant que le conseil l'avait illégalement empêché d'exercer ses pouvoirs légaux, un jugement déclaratoire portant que le conseil avait illégalement usurpé la fonction de directeur général et celle de lieutenant-gouverneur en conseil en déléguant ses pouvoirs légaux à une personne qui n'avait pas été régulièrement nommée, ainsi que l'intérêt après jugement.

[15] En guise de réponse, le conseil a cessé de verser à M. Potter son salaire et ses avantages. Le conseiller juridique de la Commission en a informé le conseiller juridique de M. Potter dans une lettre datée du 15 mars 2010 :

[TRADUCTION] Vu l'action de votre client pour congédiement déguisé, notre cliente estime qu'il a de fait démissionné de son poste.

Par conséquent, le versement de son salaire et de ses avantages a cessé le 9 mars 2010.

De plus, il lui est enjoint de rendre à la Commission les articles suivants :

- a) son Blackberry;

- b) Cell phone;
- c) Home computer; and
- d) On Star.

We thank you for your anticipated cooperation.

[16] Counsel for Mr. Potter replied that same day, indicating that Mr. Potter had not resigned: “To be clear, Mr. Potter has not resigned from any position or office and your Client is incorrect in that regard.” The letter went on to say that Mr. Potter might be “forced” to draw on his pension, retirement/severance and other benefits, but that his doing so would not constitute acquiescence in the Commission’s view that he had resigned. A similar letter of clarification was sent to the Deputy Minister of Justice, also on March 15. On March 23, 2010, counsel for Mr. Potter notified the Deputy Minister, in a letter that was copied to counsel for the Commission, that Mr. Potter was taking steps to draw on his pension and other benefits “[f]or financial reason[s]”. This letter went on as follows:

However, we ask that your Office take immediate steps to direct reinstatement of his salary and benefits until the matter is finally determined. As you are aware, Mr. Potter’s appointment to his Office by Order in Council remains in effect. The Commission has deprived him of his duties and now his pay. That action is reserved exclusively to the Crown upon showing just cause.

We ask for your intervention as noted. Again, as set out in previous correspondence, Mr. Potter has not resigned his Office or refused to carry out the duties of his Office. The fact that Mr. Potter now feels he must access his pension plan or other benefits ought not to be considered in anyway [*sic*] as a resignation of his Office or duties, but only as a matter of financial necessity forced upon him by the actions of the Commission.

- b) son téléphone portable;
- c) son ordinateur à domicile;
- d) son système On Star.

Nous vous remercions à l’avance de votre collaboration.

[16] Le conseiller juridique de M. Potter a répliqué le jour même en indiquant que M. Potter n’avait pas démissionné de son poste : [TRADUCTION] « Je souhaite préciser que M. Potter n’a pas démissionné de quelque charge ou fonction, et que votre cliente fait erreur à cet égard. » Il ajoutait que M. Potter pourrait se voir « contraint » de toucher sa retraite ou son indemnité de cessation d’emploi et quelque autre avantage, mais que, le cas échéant, cela n’empêcherait pas son adhésion au point de vue de la Commission selon lequel il avait démissionné de son poste. Toujours le 15 mars, il a transmis une lettre au même effet au sous-ministre de la Justice. Le 23 mars 2010, dans une lettre dont copie a été transmise au conseiller juridique de la Commission, il a informé le sous-ministre que M. Potter avait entrepris des démarches pour toucher sa retraite et d’autres avantages [TRADUCTION] « par nécessité financière ». En voici la teneur :

[TRADUCTION] Nous demandons cependant que votre cabinet prenne des mesures immédiates pour ordonner le rétablissement de son salaire et de ses avantages jusqu’à ce que l’affaire soit définitivement tranchée. Comme vous le savez, la nomination de M. Potter à sa charge par décret reste en vigueur. La Commission a dépouillé M. Potter de ses fonctions et elle le prive maintenant de son traitement. Une telle mesure est exclusivement réservée à la Couronne à supposer qu’elle établisse l’existence d’un motif valable.

Nous sollicitons votre intervention de la manière susmentionnée. Encore une fois, comme nous l’avons indiqué dans une lettre antérieure, M. Potter n’a pas démissionné de sa charge ni refusé d’exercer les fonctions rattachées à celle-ci. Le fait que M. Potter estime maintenant devoir toucher sa retraite ou d’autres avantages ne devrait nullement être considéré comme une démission de sa charge ou de ses fonctions, mais seulement comme une nécessité financière qui lui a été imposée par les mesures que la Commission a prises.

B. *New Brunswick Court of Queen’s Bench, 2011 NBQB 296, 384 N.B.R. (2d) 14 (Grant J.)*

[17] Grant J. found that the Board had the statutory authority, under the *Legal Aid Act*, to place Mr. Potter on an administrative suspension with pay. Although that Act clearly grants the Lieutenant-Governor in Council the authority to retain and dismiss the Executive Director (s. 39(1) and (4)), Grant J. found that s. 39(6) of the Act gives the Board a broad discretion to supervise the Executive Director in the performance of his or her duties and that this discretion includes the power of suspension.

[18] On the central question of constructive dismissal, Grant J. held that Mr. Potter’s administrative suspension with pay did not in the circumstances of the case, despite its indefinite term, constitute constructive dismissal.

[19] The question was whether, by taking Mr. Potter’s duties and powers away from him for an indefinite period of time, the Board had repudiated his contract of employment. Grant J. held that this question should be examined in light of what Mr. Potter knew at the time of what he alleged to be a constructive dismissal, “because he could hardly allege that he was constructively dismissed based on something the employer did unbeknownst to him” (para. 36). Since there was no evidence that the Board had advised Mr. Potter that it intended to arrange for his termination, he could not rely on the Board’s letter to the Minister of Justice recommending termination for cause. If the situation is viewed only in light of what Mr. Potter knew at the time he commenced his action, although he was clearly suspended from work and unable to perform his duties, “the Commission [had] not do[ne] or sa[id] anything that would lead an objective observer to conclude that they had removed those duties from him permanently” (para. 38).

[20] On the contrary, Grant J. found that Mr. Potter and the Board had been engaged in ongoing discussions about a buyout of his contract, and that an administrative suspension pending resolution of

B. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, 2011 NBQB 296, 384 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 14 (le juge Grant)*

[17] Le juge Grant conclut que, suivant la *Loi sur l’aide juridique*, le conseil avait le droit de suspendre administrativement M. Potter avec salaire. Même si la Loi investit le lieutenant-gouverneur en conseil du pouvoir d’engager le directeur général et de le congédier (par. 39(1) et (4)), il estime que le par. 39(6) de la Loi accorde au conseil un large pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait à la surveillance du directeur général dans l’exercice de ses fonctions, ce qui englobe le pouvoir de suspension.

[18] En ce qui concerne l’allégation principale de M. Potter — à savoir son congédiement déguisé —, le juge Grant conclut que, malgré sa durée indéfinie, la suspension administrative avec salaire ne constitue pas un congédiement déguisé dans les circonstances de l’espèce.

[19] La question est de savoir si le conseil a résilié le contrat de travail de M. Potter en le dépouillant de ses fonctions et de ses pouvoirs pendant une période indéfinie. Le juge Grant estime qu’il faut trancher au vu de ce que M. Potter savait au moment où il dit avoir été congédié de manière déguisée, [TRADUCTION] « car il peut difficilement soutenir qu’il a été congédié de façon déguisée en s’appuyant sur quelque chose que l’employeur a fait à son insu » (par. 36). Étant donné l’absence de preuve que le conseil a communiqué à M. Potter son intention d’obtenir son congédiement, M. Potter ne pouvait invoquer la lettre du conseil recommandant au ministre de la Justice son congédiement pour motif valable. Si l’on tient uniquement compte de ce qu’il savait au moment où il a intenté son action, M. Potter était clairement suspendu et incapable d’exercer ses fonctions, mais « la Commission n’a rien fait ou dit qui amènerait un observateur objectif à conclure qu’elle lui avait enlevé ces fonctions de façon permanente » (par. 38).

[20] Le juge Grant conclut au contraire que M. Potter et le conseil avaient entrepris la négociation d’une indemnité de départ et qu’une suspension administrative jusqu’à l’issue de la négociation

these discussions was consistent with the relationship between the parties (paras. 40 and 43). In suspending Mr. Potter, the Board was “buying time” for further negotiations, “and while the duration of the suspension was becoming lengthy, there is nothing on the record before me [Grant J.] to indicate that a reasonable person looking at the matter objectively would have concluded that the employer had repudiated the contract” (para. 42). Grant J. noted that if Mr. Potter was concerned about the indefinite nature of the suspension, he could have corresponded with the Board or given them notice that after a certain date he would consider himself to have been constructively dismissed, rather than taking the “precipitous course” or making the “dramatic move” of starting legal proceedings (paras. 39 and 44). Grant J. distinguished this situation of a suspension pending negotiations from the one in *Park v. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107 (C.A.), in which a decision to strip an employee of all his powers and duties had been found to amount to constructive dismissal (paras. 41-42).

[21] Grant J. went on to find that by commencing an action for constructive dismissal, Mr. Potter had effectively destroyed any chance of a productive working relationship between the parties and had therefore repudiated the employment contract by what amounted to a resignation (paras. 50-51).

[22] In case his decision on the constructive dismissal issue should be reversed on appeal, Grant J. also made a provisional assessment of damages. He found that any damages would be measured by calculating the balance of salary and benefits to which Mr. Potter would be entitled from the date the Board stopped paying him (March 9, 2010) until the date his term was to expire (December 12, 2012) (paras. 61-62). He held that by virtue of s. 16 of the *Public Service Superannuation Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-26 (repealed by *An Act Respecting Pensions under the Public Service Superannuation Act*, S.N.B. 2013, c. 44, s. 2), Mr. Potter would not be entitled to collect both his salary and pension benefits, and that any amounts received or to be received under his pension would be deducted from the award of damages (paras. 63-64). Grant J. added

concordait avec la nature de la relation entre les parties (par. 40 et 43). En suspendant M. Potter, le conseil cherchait à gagner du temps pour la poursuite de la négociation, [TRADUCTION] « et, même si la durée de la suspension se prolongeait, il n’y a rien, dans le dossier [ . . . ] présenté, qui indiquerait qu’une personne raisonnable considérant l’affaire objectivement aurait conclu que l’employeur avait [répudié] le contrat » (par. 42). Le juge Grant fait observer que si M. Potter s’était inquiété de la durée indéfinie de sa suspension, il aurait pu en faire part au conseil ou lui signifier que, à compter d’une certaine date, il s’estimerait victime d’un congédiement déguisé, au lieu « [d’]entreprendre précipitamment » une action en justice ou de prendre cette « mesure radicale » (par. 39 et 44). Le juge fait une distinction entre la situation en l’espèce — la suspension durant des négociations — et celle en cause dans l’affaire *Park c. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107 (C.A.), où la décision de dépouiller un employé de la totalité de ses fonctions et de ses pouvoirs est assimilée à un congédiement déguisé (par. 41-42).

[21] Le juge Grant conclut en outre que, en intentant une action pour congédiement déguisé, M. Potter a de fait rendu impossible une relation de travail fructueuse entre les parties et a donc répudié son contrat de travail en accomplissant ce qui équivalait à une démission (par. 50-51).

[22] Pour le cas où sa décision sur l’allégation de congédiement déguisé serait infirmée en appel, le juge Grant se penche sur le montant d’éventuels dommages-intérêts. Il conclut que ce montant correspond au solde du salaire et des avantages auxquels M. Potter avait droit depuis le jour où le conseil avait cessé de le rémunérer (le 9 mars 2010) jusqu’à la date d’expiration prévue de son mandat (le 12 décembre 2012) (par. 61-62). Il estime que, en application de l’art. 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, c. P-26 (abrogée par la *Loi concernant la pension de retraite au titre de la Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.N.-B. 2013, c. 44, art. 2), M. Potter n’avait pas droit à la fois à son salaire et à des prestations de retraite et que les sommes touchées ou exigibles au titre de sa pension

that Mr. Potter had had no duty to mitigate his damages by seeking other employment, given his age (66 in March 2010) and “the small likelihood he would find any employment let alone a job analogous to the [Executive Director] position” (para. 71). Finally, he refused to award *Wallace*-type damages or general damages, which were being claimed for the manner of the alleged dismissal, as he found no evidence that Mr. Potter had been mistreated or that the Board had acted in bad faith (paras. 72-76).

C. *New Brunswick Court of Appeal, 2013 NBCA 27, 402 N.B.R. (2d) 41 (Drapeau C.J.N.B. and Richard and Bell J.J.A.)*

[23] Drapeau C.J.N.B., writing for a unanimous panel of the New Brunswick Court of Appeal, dismissed the appeal. He began by addressing the question whether the Commission was truly Mr. Potter’s employer or whether the employer was instead the Crown, which was the only entity empowered to appoint, reappoint or dismiss the Executive Director. In his view, the action for constructive dismissal could not succeed if the Crown was the true employer. After giving reasons in support of this position, Drapeau C.J.N.B. declined to dispose of the appeal on this ground, as it had not been pursued by the parties (paras. 58-69). Instead, he confirmed Grant J.’s interpretation to the effect that the *Legal Aid Act* confers on the Board power over all aspects of the Executive Director’s employment other than his or her appointment, reappointment and removal. The Board’s discretion to supervise the Executive Director includes the power of administrative suspension (paras. 70-79).

[24] Drapeau C.J.N.B. held that the trial judge had committed no reversible error in concluding that Mr. Potter had not been constructively dismissed. He noted that the question whether an indefinite suspension with pay constitutes constructive dismissal depends on the circumstances of the case, quoting *Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co.*, 2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195, at para. 71, in this regard (para. 82). The test, as this Court had

devaient être déduites du montant des dommages-intérêts (par. 63-64). Il ajoute que M. Potter n’avait pas l’obligation de limiter son préjudice par la recherche d’un autre emploi, vu son âge (66 ans en mars 2010) et [TRADUCTION] « les faibles chances qu’il trouve quelque emploi que ce soit, et surtout un poste comparable à celui de directeur général » (par. 71). Enfin, il refuse d’accorder des dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace* ou des dommages-intérêts généraux pour la manière dont M. Potter aurait été congédié, car à son avis rien ne permettait de conclure que le conseil l’avait traité de façon incorrecte ou avait agi avec mauvaise foi (par. 72-76).

C. *Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, 2013 NBCA 27, 402 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 41 (le juge en chef Drapeau et les juges Richard et Bell)*

[23] Au nom des juges unanimes de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, le juge en chef Drapeau rejette l’appel. Il examine d’abord la question de savoir si la Commission est le véritable employeur de M. Potter ou si c’est plutôt la Couronne — seule entité habilitée à nommer le directeur général ainsi qu’à renouveler ou révoquer son mandat — qui l’est. Selon lui, si le véritable employeur est la Couronne, l’action pour congédiement déguisé ne peut être accueillie. Après avoir justifié son opinion, il refuse de statuer sur l’appel sur cette base, le moyen n’ayant pas été plaidé par les parties (par. 58-69). Il confirme plutôt l’interprétation du juge Grant selon laquelle la *Loi sur l’aide juridique* confère au conseil un pouvoir sur tous les aspects du contrat de travail du directeur général, hormis sa nomination, le renouvellement de son mandat et la révocation de celui-ci. Le pouvoir discrétionnaire de surveillance du conseil vis-à-vis du directeur général comprend le pouvoir de suspension administrative (par. 70-79).

[24] Le juge en chef Drapeau conclut qu’aucune erreur ne justifie de casser la décision du juge de première instance selon laquelle M. Potter n’a pas fait l’objet d’un congédiement déguisé. Selon lui, la question de savoir si la suspension d’une durée indéfinie avec salaire constitue ou non un congédiement déguisé doit être tranchée selon les faits de l’espèce, et il invoque à cet égard l’arrêt *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d’Assurance sur la Vie*,



stated in *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846, at para. 33, is whether the suspension constitutes “a fundamental or substantial change to an employee’s contract of employment”. To this end, Drapeau C.J.N.B. applied the following “useful list” of factors that had been formulated in *Devlin v. NEMI Northern Energy & Mining Inc.*, 2010 BCSC 1822, 86 C.C.E.L. (3d) 268, at para. 50:

1. the duration of the suspension;
2. whether someone was appointed to replace the suspended employee;
3. whether the employee was asked for his or her keys;
4. whether the employee continued to be paid and receive benefits;
5. whether there is evidence that the employer intended to terminate the employee at that time; and
6. whether the employer suspended the employee in good faith, for example, for *bona fide* business reasons.

[25] For Drapeau C.J.N.B., although the indefinite duration of the suspension weighed in favour of a finding that the suspension constituted constructive dismissal, it did not trump the other factors, all of which supported Grant J.’s “amply justified” conclusion that Mr. Potter had not been constructively dismissed (para. 81). Thus, no one was formally appointed to replace Mr. Potter during his suspension, and the person tasked with assuming his responsibilities had been designated by Mr. Potter himself upon going on sick leave. Nor was Mr. Potter asked to turn in his BlackBerry, cell phone, laptop and “On Star” until after he had launched his action. Mr. Potter continued to be paid his full salary, and to be eligible for benefits, during the period of the suspension. The Board did not intend to terminate Mr. Potter, as it was operating under the honest conviction that only the Lieutenant-Governor in Council could prescribe termination. Finally, the Board acted in good faith in suspending Mr. Potter, as was shown by the unchallenged testimony of Dr. Doherty, the Board’s Vice-Chair (paras. 86-90).

2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195, par. 71 (par. 82). Comme le dit la Cour dans l’arrêt *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, par. 33, la question à se poser est la suivante : la suspension constitue-t-elle « une modification fondamentale ou substantielle [d]u contrat de travail de [l’]employé »? Pour y répondre, le juge en chef Drapeau s’en remet à la « liste utile » de facteurs établie dans *Devlin c. NEMI Northern Energy & Mining Inc.*, 2010 BCSC 1822, 86 C.C.E.L. (3d) 268, par. 50 :

[TRADUCTION]

1. Combien de temps a duré la suspension?
2. Quelqu’un a-t-il été nommé pour remplacer le salarié suspendu?
3. A-t-on demandé au salarié de remettre ses clés?
4. Le salarié a-t-il continué à toucher son salaire et à bénéficier des avantages sociaux?
5. Existe-t-il une preuve qu’à l’époque, l’employeur avait l’intention de licencier le salarié?
6. L’employeur a-t-il suspendu le salarié de bonne foi, par exemple pour de véritables motifs de nature organisationnelle?

[25] Aux yeux du juge en chef Drapeau, bien que la durée indéfinie de la suspension appuie la thèse du congédiement déguisé, elle ne supprime pas les autres facteurs, qui étayaient tous la conclusion « amplement justifié[e] » du juge Grant, à savoir que M. Potter n’a pas été congédié de manière déguisée (par. 81). Il conclut que personne n’a été officiellement nommé pour remplacer M. Potter pendant sa suspension et que la personne appelée à assumer ses responsabilités a été désignée par M. Potter lui-même lorsqu’il est parti en congé de maladie. On n’a pas demandé à M. Potter de remettre son BlackBerry, son téléphone et son ordinateur portables, non plus que son système « On Star » avant qu’il n’intente son action. M. Potter a continué de toucher son plein salaire et de bénéficier de ses avantages pendant sa suspension. Le conseil n’avait pas l’intention de congédier M. Potter, car il était sincèrement convaincu que seul le lieutenant-gouverneur en conseil pouvait le faire. Enfin, le conseil a agi de bonne foi en suspendant M. Potter, ce qu’atteste le témoignage non contredit de sa vice-présidente, M<sup>me</sup> Doherty (par. 86-90).

[26] Drapeau C.J.N.B. also suggested, although without deciding this point, that Grant J. may have erred by limiting his assessment to facts known to Mr. Potter at the time of his alleged constructive dismissal: “It may be that the trial judge was required to consider all of the circumstances, including those unknown to Mr. Potter prior to commencing his action . . .” (para. 94). He nevertheless stated that such an error would have been “wholly harmless” because, had Grant J. considered the Board’s letter to the Minister of Justice recommending that Mr. Potter’s employment be terminated, this would only have confirmed that the Board understood it could not itself terminate Mr. Potter (*ibid.*).

[27] Drapeau C.J.N.B. went on to hold that, by suing for damages for constructive dismissal, Mr. Potter had terminated not only his employment with the Board, but also his appointment by the Lieutenant-Governor in Council (para. 101). Although Mr. Potter had cautioned the Board that he was prepared to continue to perform his duties and that the filing of his action did not constitute a resignation, he had done so only after taking legal action, in an attempt to avoid the legal consequences that flowed from his lawsuit (para. 95). In Drapeau C.J.N.B.’s view, Mr. Potter had, by equating his indefinite administrative suspension with pay to a constructive dismissal, elected to repudiate his contract of employment and resign. His resignation had been effected by operation of law, and it had to be what Mr. Potter intended, since it was a corollary to his action for constructive dismissal (para. 100).

[28] Drapeau C.J.N.B. did not address the issue of damages in his reasons.

### III. Issues

[29] This appeal raises three questions, which I will answer in turn:

- (1) Did the trial judge err in concluding that Mr. Potter was not constructively dismissed?

[26] Le juge en chef Drapeau donne aussi à entendre, sans pour autant statuer sur ce point, que le juge Grant a pu avoir tort de s’en tenir à ce que savait M. Potter au moment où il dit avoir fait l’objet d’un congédiement déguisé : « Il se pourrait que le juge du procès ait été tenu de prendre en considération l’ensemble des circonstances, [y compris] celles dont M. Potter n’avait pas connaissance . . . » (par. 94). Il dit néanmoins de cette erreur qu’elle « n’a absolument aucune conséquence » parce que, si le juge Grant avait tenu compte de la lettre du conseil recommandant au ministre de la Justice de congédier M. Potter, cela aurait eu pour seul effet de confirmer que le conseil savait bien qu’il ne pouvait lui-même congédier M. Potter (*ibid.*).

[27] Le juge en chef Drapeau conclut par ailleurs que, en intentant une action en dommages-intérêts pour congédiement déguisé, M. Potter a mis fin non seulement à son emploi vis-à-vis du conseil, mais aussi à sa nomination par le lieutenant-gouverneur en conseil (par. 101). M. Potter a signifié au conseil qu’il était disposé à reprendre ses fonctions et que son action n’emportait pas démission, mais il l’a fait seulement après avoir engagé la poursuite, dans le dessein d’échapper aux conséquences qui en découlaient sur le plan juridique (par. 95). À son avis, en assimilant sa suspension administrative d’une durée indéfinie à un congédiement déguisé, M. Potter a choisi de répudier son contrat de travail et de démissionner. Il y a eu démission par effet de la loi, et M. Potter devait avoir eu l’intention de démissionner puisqu’il s’agissait d’un corollaire de son action pour congédiement déguisé (par. 100).

[28] Dans ses motifs, le juge en chef Drapeau n’aborde pas la question des dommages-intérêts.

### III. Questions en litige

[29] Le pourvoi soulève trois questions auxquelles je répondrai successivement :

- (1) Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure que M. Potter n’avait pas fait l’objet d’un congédiement déguisé?

- (2) If Mr. Potter was not constructively dismissed, did the trial judge err in concluding that Mr. Potter resigned when he launched his action in damages?
- (3) If Mr. Potter was constructively dismissed, did the trial judge err in finding that the amounts Mr. Potter received under his pension should be deducted from his damages for wrongful dismissal?

#### IV. Analysis

##### A. *Was Mr. Potter Constructively Dismissed?*

[30] When an employer's conduct evinces an intention no longer to be bound by the employment contract, the employee has the choice of either accepting that conduct or changes made by the employer, or treating the conduct or changes as a repudiation of the contract by the employer and suing for wrongful dismissal. This was clearly stated in *Farber*, at para. 33, the leading case on the law of constructive dismissal in Canada. See also *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315, at p. 322. Since the employee has not been formally dismissed, the employer's act is referred to as "constructive dismissal". The word "constructive" indicates that the dismissal is a legal construct: the employer's act is treated as a dismissal because of the way it is characterized by the law (J. A. Yogis and C. Cotter, *Barron's Canadian Law Dictionary* (6th ed. 2009), at p. 61; B. A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary* (10th ed. 2014), at p. 380).

[31] The burden rests on the employee to establish that he or she has been constructively dismissed. If the employee is successful, he or she is then entitled to damages in lieu of reasonable notice of termination. In *Farber*, the Court surveyed both the common law and the civil law jurisprudence in this regard. The solutions adopted and principles applied in the two legal systems are very similar. In both, the purpose of the inquiry is to determine whether the employer's act evinced an intention no longer to be bound by the contract.

- (2) Si M. Potter n'a pas fait l'objet d'un congédiement déguisé, le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure que M. Potter a démissionné lorsqu'il a intenté son action en dommages-intérêts?
- (3) Si M. Potter a fait l'objet d'un congédiement déguisé, le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure que les sommes touchées au titre de la pension devaient être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié?

#### IV. Analyse

##### A. *M. Potter a-t-il fait l'objet d'un congédiement déguisé?*

[30] Lorsque, par sa conduite, l'employeur manifeste l'intention de ne plus être lié par le contrat de travail, le salarié peut soit acquiescer à la conduite de l'employeur ou à la modification qu'il apporte au contrat, soit y voir la répudiation du contrat et tenter contre l'employeur une poursuite pour congédiement injustifié. C'est ce qui ressort de *Farber*, par. 33, l'arrêt de principe en matière de congédiement déguisé au Canada. Voir également *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315, p. 322. Comme le salarié n'a pas été formellement congédié, la mesure prise par l'employeur est appelée « congédiement déguisé ». L'emploi du qualificatif [TRADUCTION] « déguisé » indique que le congédiement s'entend d'une fiction juridique : les actes de l'employeur sont assimilés à un congédiement en raison de la manière dont ils sont qualifiés en droit (J. A. Yogis et C. Cotter, *Barron's Canadian Law Dictionary* (6<sup>e</sup> éd. 2009), p. 61; B. A. Garner, dir., *Black's Law Dictionary* (10<sup>e</sup> éd. 2014), p. 380).

[31] Il appartient au salarié de prouver qu'il y a eu congédiement déguisé. S'il y parvient, il a droit à une indemnité tenant lieu de préavis raisonnable de cessation d'emploi. Dans l'arrêt *Farber*, la Cour examine la jurisprudence tant de common law que de droit civil. Les solutions retenues et les principes appliqués dans les deux systèmes de droit sont très semblables. Dans les deux cas, la démarche vise à déterminer si, par ses actes, l'employeur a manifesté l'intention de ne plus être lié par le contrat.

[32] Given that employment contracts are dynamic in comparison with commercial contracts, courts have properly taken a flexible approach in determining whether the employer's conduct evinced an intention no longer to be bound by the contract. There are two branches of the test that have emerged. Most often, the court must first identify an express or implied contract term that has been breached, and then determine whether that breach was sufficiently serious to constitute constructive dismissal: J. R. Sproat, *Wrongful Dismissal Handbook* (6th ed. 2012), at p. 5-5; P. Barnacle, *Employment Law in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), at §§13.36 and 13.70. Typically, the breach in question involves changes to the employee's compensation, work assignments or place of work that are both unilateral and substantial: see, e.g., G. England, *Individual Employment Law* (2nd ed. 2008), at pp. 348-56. In the words of McCardie J. in *Rubel Bronze*, at p. 323, "The question is ever one of degree."

[33] However, an employer's conduct will also constitute constructive dismissal if it more generally shows that the employer intended not to be bound by the contract. In applying *Farber*, courts have held that an employee can be found to have been constructively dismissed without identifying a specific term that was breached if the employer's treatment of the employee made continued employment intolerable: see, e.g., *Shah v. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44; *Whiting v. Winnipeg River Brokenhead Community Futures Development Corp.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 18 (Man. C.A.). This approach is necessarily retrospective, as it requires consideration of the cumulative effect of past acts by the employer and the determination of whether those acts evinced an intention no longer to be bound by the contract.

[34] The first branch of the test for constructive dismissal, the one that requires a review of specific terms of the contract, has two steps: first, the employer's unilateral change must be found to constitute a breach of the employment contract and, second, if it does constitute such a breach, it must be

[32] Puisque, contrairement au contrat commercial, le contrat de travail revêt un caractère dynamique, les tribunaux ont à juste titre adopté une approche souple pour décider si, par sa conduite, l'employeur avait manifesté ou non l'intention de ne plus être lié par le contrat. Deux volets ont vu le jour pour l'application du critère. Dans la plupart des cas, il faut d'abord établir la violation d'une condition expresse ou tacite du contrat, puis décider si elle est suffisamment grave pour constituer un congédiement déguisé (J. R. Sproat, *Wrongful Dismissal Handbook* (6<sup>e</sup> éd. 2012), p. 5-5; P. Barnacle, *Employment Law in Canada* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), §§13.36 et 13.70). Habituellement, la violation réside alors dans la modification de la rémunération du salarié, des tâches qui lui sont confiées ou de son lieu de travail qui est à la fois unilatérale et substantielle (voir p. ex. G. England, *Individual Employment Law* (2<sup>e</sup> éd. 2008), p. 348-356). Pour reprendre les termes employés par le juge McCardie dans l'arrêt *Rubel Bronze*, p. 323, [TRADUCTION] « [c']est toujours une affaire de degré. »

[33] Or, la conduite de l'employeur constitue également un congédiement déguisé lorsqu'elle traduit généralement son intention de ne plus être lié par le contrat. Lorsqu'ils ont appliqué l'arrêt *Farber*, les tribunaux ont statué qu'on pouvait conclure au congédiement déguisé du salarié sans invoquer la violation d'une condition particulière du contrat de travail lorsque le comportement de l'employeur vis-à-vis du salarié avait rendu la situation intolérable au travail (voir p. ex. *Shah c. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44; *Whiting c. Winnipeg River Brokenhead Community Futures Development Corp.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 18 (C.A. Man.)). La démarche est nécessairement rétrospective dans la mesure où il faut tenir compte de l'effet cumulatif des actes antérieurs de l'employeur et déterminer si ces actes étaient ou non la manifestation de son intention de ne plus être lié par le contrat.

[34] Selon le premier volet du critère applicable au congédiement déguisé, celui qui s'attache aux clauses précises du contrat, deux conditions doivent être satisfaites. Premièrement, la modification unilatérale apportée par l'employeur doit constituer une violation du contrat de travail et, deuxièmement, s'il

found to substantially alter an essential term of the contract (see Sproat, at p. 5-5). Often, the first step of the test will require little analysis, as the breach will be obvious. Where the breach is less obvious, however, as is often the case with suspensions, a more careful analysis may be required.

[35] In *Farber*, Gonthier J. identified such a change as a “fundamental breach”. The term “fundamental breach” has taken on a specific meaning in the context of exclusionary or exculpatory clauses: see, e.g., *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at paras. 104-23. To avoid confusion, I will therefore use the term “substantial breach” to refer to breaches of this nature. The standard nevertheless remains unchanged — a finding of constructive dismissal requires that the employer’s acts and conduct “evinced an intention no longer to be bound by the contract”: *Rubel Bronze*, at p. 322, citing *General Billposting Co. v. Atkinson*, [1909] A.C. 118 (H.L.), at p. 122, per Lord Collins, quoting *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208, at p. 213.

[36] The two-step approach to the first branch of the test for constructive dismissal is not a departure from the approach adopted in *Farber*. Rather, the situation in *Farber* was one in which the identification of a breach required only a cursory analysis. The emphasis in *Farber* was on the second step of this branch, as the evidentiary foundation for the perceived magnitude of the breach was the key issue in that case. However, the identification of a unilateral act that amounted to a breach of the contract was implicit in the Court’s reasoning. In many cases, this will be sufficient. The case at bar, however, is one in which the claim can be properly resolved only after both steps of the analysis have been completed.

[37] At the first step of the analysis, the court must determine objectively whether a breach has occurred. To do so, it must ascertain whether the employer has unilaterally changed the contract. If an express or an implied term gives the employer

s’agit d’une violation, elle doit modifier substantiellement une condition essentielle du contrat (voir Sproat, p. 5-5). Souvent, le respect de la première condition requiert peu d’analyse, car la violation est patente. Cependant, lorsque la violation est moins évidente, ce qui arrive fréquemment dans le cas d’une suspension, une analyse poussée peut s’imposer.

[35] Dans *Farber*, le juge Gonthier assimile une telle modification à un « bris fondamental ». Ce terme a acquis une signification particulière dans le contexte d’une clause d’exclusion ou d’exonération (voir p. ex. *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 104-123). Afin d’éviter toute confusion, j’appellerai « violation substantielle » la violation de cette nature. L’exigence demeure néanmoins la même en ce que, pour conclure au congédiement déguisé, il faut qu’on puisse voir dans les actes et la conduite de l’employeur [TRADUCTION] « la manifestation de son intention de ne plus être lié par le contrat » (*Rubel Bronze*, p. 322, citant *General Billposting Co. c. Atkinson*, [1909] A.C. 118 (H.L.), p. 122, lord Collins, renvoyant à son tour à *Freeth c. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208, p. 213).

[36] La démarche en deux étapes du premier volet du critère applicable au congédiement déguisé ne diffère pas de celle adoptée par la Cour dans l’arrêt *Farber*. Or, dans cette affaire, la violation est déterminée à l’issue d’un bref examen; en outre, la Cour y met l’accent sur la seconde étape de ce volet, car le fondement probant de l’ampleur attribuée à la violation est au cœur du litige. Toutefois, la détermination d’un acte unilatéral équivalant à une violation contractuelle est implicite au raisonnement de la Cour. Dans bien des cas, cela suffit. Or, en l’espèce, nous sommes en présence d’un cas où il ne peut être statué correctement sur l’allégation qu’à l’issue des deux étapes de l’analyse.

[37] La première étape de l’analyse exige du tribunal qu’il se prononce objectivement sur l’existence d’une violation. Il lui faut alors examiner si l’employeur a modifié unilatéralement le contrat. Lorsqu’une stipulation expresse ou tacite autorise



the authority to make the change, or if the employee consents to or acquiesces in it, the change is not a unilateral act and therefore will not constitute a breach. If so, it does not amount to constructive dismissal. Moreover, to qualify as a breach, the change must be detrimental to the employee.

[38] This first step of the analysis involves a distinct inquiry from the one that must be carried out to determine whether the breach is substantial, although the two have often been conflated by courts in the constructive dismissal context. Gonthier J. conducted this inquiry in *Farber*, in which an employee had been offered a new position that was found to constitute a demotion. He stated that “the issue of whether there has been a demotion must be determined objectively by comparing the positions in question and their attributes”: *Farber*, at para. 46.

[39] Once it has been objectively established that a breach has occurred, the court must turn to the second step of the analysis and ask whether, “at the time the [breach occurred], a reasonable person in the same situation as the employee would have felt that the essential terms of the employment contract were being substantially changed” (*Farber*, at para. 26). A breach that is minor in that it could not be perceived as having substantially changed an essential term of the contract does not amount to constructive dismissal.

[40] The kinds of changes that meet these criteria will depend on the facts of the case being considered, so “one cannot generalize”: Sproat, at p. 5-6.5. In each case, determining whether an employee has been constructively dismissed is a “highly fact-driven exercise” in which the court must determine whether the changes are reasonable and whether they are within the scope of the employee’s job description or employment contract: R. S. Echlin and J. M. Fantini, *Quitting for Good Reason: The Law of Constructive Dismissal in Canada* (2001), at pp. 4-5. Although the test for constructive dismissal does not vary depending on the nature of the alleged breach, how it is applied will nevertheless reflect the distinct factual circumstances of each claim.

l’employeur à apporter la modification, ou que le salarié consent à celle-ci, il ne s’agit pas d’un acte unilatéral, de sorte qu’il n’y a pas de violation ni, par conséquent, de congédiement déguisé. En outre, pour constituer une violation, la modification doit être préjudiciable au salarié.

[38] Cette première étape se distingue de la seconde dont l’objet est de déterminer si la violation revêt ou non un caractère substantiel, même si les tribunaux saisis d’une allégation de congédiement déguisé confondent souvent les deux. Dans *Farber*, où le salarié s’était vu offrir un nouveau poste dont on a estimé qu’il constituait une rétrogradation, le juge Gonthier s’est livré à cet examen. Il a écrit que « la rétrogradation doit s’établir objectivement par la comparaison des postes offerts et [de] leurs attributs » (par. 46).

[39] Une fois la violation objectivement établie, le tribunal doit se demander en second lieu si, « au moment où [la violation a eu lieu], une personne raisonnable, se trouvant dans la même situation que l’employé, aurait considéré qu’il s’agissait d’une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail » (*Farber*, par. 26). La violation mineure — celle qui ne pourrait être considérée comme ayant modifié substantiellement une condition essentielle du contrat — n’équivaut pas à un congédiement déguisé.

[40] Les modifications qui satisfont à ces exigences varient selon les faits de l’espèce, de sorte que [TRADUCTION] « toute généralisation est exclue » (Sproat, p. 5-6.5). Dans chaque cas, la question de savoir si un salarié a fait l’objet d’un congédiement déguisé exige du tribunal qu’il se livre à [TRADUCTION] « une entreprise de nature éminemment factuelle » et détermine si les modifications sont raisonnables et si elles sont compatibles avec la description de travail du salarié ou son contrat de travail (R. S. Echlin et J. M. Fantini, *Quitting for Good Reason : The Law of Constructive Dismissal in Canada* (2001), p. 4-5). Certes, le critère applicable en la matière ne varie pas en fonction de la nature de la violation alléguée, mais la manière dont il est appliqué tient néanmoins compte des circonstances factuelles propres à chaque affaire.

[41] The uniqueness of the application of this first branch of the test is evident in cases involving administrative suspensions. In all cases, the primary burden will be on the employee to establish constructive dismissal, but where an administrative suspension is at issue, the burden will necessarily shift to the employer, which must then show that the suspension is justified. If the employer cannot do so, a breach will have been established, and the burden will shift back to the employee at the second step of the analysis.

[42] The second branch of the test for constructive dismissal necessarily requires a different approach. In cases in which this branch of the test applies, constructive dismissal consists of conduct that, when viewed in the light of all the circumstances, would lead a reasonable person to conclude that the employer no longer intended to be bound by the terms of the contract. The employee is not required to point to an actual specific substantial change in compensation, work assignments, or so on, that on its own constitutes a substantial breach. The focus is on whether a course of conduct pursued by the employer “evinces an intention no longer to be bound by the contract”: *Rubel Bronze*, at p. 322. A course of conduct that does evince such an intention amounts cumulatively to an actual breach. Gonthier J. said the following in this regard in *Farber*:

In cases of constructive dismissal, the courts in the common law provinces have applied the general principle that where one party to a contract demonstrates an intention no longer to be bound by it, that party is committing a fundamental breach of the contract that results in its termination. [para. 33]

[43] Thus, constructive dismissal can take two forms: that of a single unilateral act that breaches an essential term of the contract, or that of a series of acts that, taken together, show that the employer no longer intended to be bound by the contract. The distinction between these two forms of constructive dismissal was clearly expressed by Lord Denning M.R. in a leading English case, *Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713 (C.A.). First of all, an employer’s conduct may amount to

[41] Le caractère unique de l’application de ce premier volet du critère ressort des affaires relatives à une suspension administrative. Dans tous les cas, le salarié a l’obligation première de prouver le congédiement déguisé, mais dans le cas d’une suspension administrative, il appartient nécessairement à l’employeur de démontrer à son tour que la mesure est justifiée. Si ce dernier ne peut justifier la mesure, la violation sera établie et le salarié aura de nouveau le fardeau de la preuve à la seconde étape de l’analyse.

[42] Le second volet du critère permettant de conclure au congédiement déguisé commande nécessairement une démarche différente. Le congédiement déguisé s’entend alors d’actes qui, au vu de toutes les circonstances, amèneraient une personne raisonnable à conclure que l’employeur n’entend plus être lié par les clauses du contrat. Point n’est besoin que le salarié invoque une modification actuelle, précise et substantielle de sa rémunération, de ses tâches ou de son lieu de travail qui, à elle seule, constitue une violation substantielle. On s’attache à savoir si, par ses actes, l’employeur [TRADUCTION] « manifest[e] son intention de ne plus être lié par le contrat » (*Rubel Bronze*, p. 322). Les actes qui sont la manifestation d’une telle intention emportent cumulativement une violation substantielle. Le juge Gonthier signale d’ailleurs ce qui suit dans l’arrêt *Farber* :

En matière de congédiement déguisé (« *constructive dismissal* »), les tribunaux canadiens des provinces de common law ont appliqué le principe général voulant que lorsqu’une partie à un contrat démontre son intention de ne plus être liée par celui-ci, elle est à l’origine d’un bris fondamental de ce contrat, lequel entraîne sa résiliation. [par. 33]

[43] Un congédiement déguisé peut donc revêtir deux formes : celle d’un seul acte unilatéral qui emporte la violation d’une condition essentielle ou celle d’une série d’actes qui, considérés ensemble, montrent l’intention de l’employeur de ne plus être lié par le contrat. Dans l’arrêt de principe *Western Excavating (ECC) Ltd. c. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713 (C.A.), lord Denning, maître des rôles, exprime clairement ce qui distingue ces deux formes. D’une part, les actes de l’employeur peuvent équivaloir à

constructive dismissal if it “shows that [he] no longer intends to be bound by one or more of the essential terms of the contract”: p. 717. But the employer’s conduct may also amount to constructive dismissal if it constitutes “a significant breach going to the root of the contract of employment”: *ibid.* In either case, the employer’s perceived intention no longer to be bound by the contract is taken to give rise to a breach.

[44] In applying the first branch of the test for constructive dismissal to the facts of the case at bar, this Court must ask, first, whether the Board’s suspension of Mr. Potter amounted to a breach of the employment contract. For this, it must determine whether the suspension was a unilateral act. On its face, the Board’s decision to suspend Mr. Potter was clearly unilateral, since he did not consent to the suspension. But the Commission counters that the suspension does not evince an intention no longer to be bound by the contract, as it was authorized by an express or an implied term of the contract, which is a way of saying that Mr. Potter consented to such a change by signing the contract. I agree that the question whether the suspension amounted to constructive dismissal turns in part on whether it was authorized by the contract. If there was an express or an implied term that authorized the Board to suspend Mr. Potter as it did, then there was no unilateral act and, therefore, no breach of the contract — let alone a substantial change to the essential terms of the contract — and the constructive dismissal claim must fail.

[45] If, however, the suspension was not authorized by the contract, then it satisfies the requirements of the first step of this branch of the test, that is, it constitutes a unilateral change that amounts to a breach of the contract. It would then be necessary to turn to the second step and ask whether the Board’s unilateral decision to suspend Mr. Potter could reasonably be perceived as having *substantially changed the essential terms of the contract*. It is clear that a suspension can amount to constructive dismissal: *Cabiakman*, at paras. 71-72. In determining whether the unauthorized suspension constituted a substantial breach, the Court must consider

un congédiement déguisé lorsqu’ils [TRADUCTION] « manifestent son intention de ne plus être lié par l’une ou plusieurs des clauses essentielles du contrat » (p. 717). D’autre part, ses actes peuvent aussi donner lieu à un congédiement déguisé lorsqu’ils constituent « une violation importante touchant à l’assise du contrat de travail » (*ibid.*). Dans l’un ou l’autre cas, la manifestation par l’employeur de l’intention de ne plus être lié par le contrat est considérée comme une violation.

[44] Pour appliquer le premier volet du critère aux faits de la présente affaire, la Cour doit d’abord se demander si la suspension de M. Potter par le conseil équivalait à une violation du contrat de travail. Il lui faut dès lors déterminer si la suspension constituait un acte unilatéral. À première vue, la décision du conseil de suspendre M. Potter était manifestement unilatérale, car ce dernier n’a pas consenti à la mesure. La Commission soutient toutefois que la suspension n’était pas l’expression de son intention de ne plus être liée par le contrat, car une condition expresse ou tacite du contrat l’autorisait à adopter cette mesure, ce qui revient à dire que M. Potter a consenti à la modification lorsqu’il a signé le contrat. Je conviens que la réponse à la question de savoir si la suspension équivalait à un congédiement déguisé dépend en partie de celle de savoir si le contrat autorisait ou non la suspension. S’il existait un pouvoir exprès ou tacite de suspendre M. Potter de la manière dont il l’a été, il n’y a pas eu d’acte unilatéral ni, par conséquent, de violation contractuelle — encore moins de modification substantielle d’une condition essentielle du contrat —, et l’allégation de congédiement déguisé doit être rejetée.

[45] Toutefois, si la suspension n’était pas autorisée par le contrat, il est alors satisfait aux exigences de la première étape du premier volet du critère et il y a modification unilatérale équivalant à violation du contrat. Il faut alors passer à la seconde étape et se demander si on pouvait raisonnablement voir dans la décision unilatérale du conseil de suspendre M. Potter la *modification substantielle d’une condition essentielle du contrat*. Une suspension peut sans conteste équivaloir à un congédiement déguisé (*Cabiakman*, par. 71-72). Pour décider si la suspension non autorisée constitue une violation substantielle, la Cour doit se demander

whether a reasonable person in the employee's circumstances would have perceived, *inter alia*, that the employer was acting in good faith to protect a legitimate business interest, and that the employer's act had a minimal impact on him or her in terms of the duration of the suspension. With respect, the trial judge erred in failing to consider the two steps of the inquiry independently.

[46] Applying the principles discussed above to the facts of the instant case, I find that Mr. Potter was constructively dismissed by the Board. In light of the indefinite duration of the suspension, of the fact that the Commission failed to act in good faith insofar as it withheld valid business reasons from Mr. Potter, and of the Commission's concealed intention to have Mr. Potter terminated, I respectfully find that the trial judge erred in concluding that the suspension was authorized by the contract of employment. Moreover, for the reasons set out below, I find that this breach of the contract amounted to a substantial change to the essential terms of the contract that was imposed unilaterally by the employer.

[47] With respect, I cannot agree with Cromwell J.'s assertion that this analysis is unnecessary or that constructive dismissal can be established on the basis of the second branch of the test. First, little, if any, support can be found for the position that a reasonable person in Mr. Potter's situation would conclude that the suspension evinced an intention on the employer's part no longer to be bound by the contract without addressing the question of whether the suspension was authorized. If the contract expressly or impliedly authorized the suspension in the manner in which it was carried out, this cannot contribute to the determination that a course of conduct amounted to a breach. The same is true of the buyout negotiations, which, as far as Mr. Potter knew, were being conducted in good faith. Moreover, although this is not central to Cromwell J.'s analysis, the Board's letter to the Minister of Justice is not, in light of the discussion that follows, relevant to the analysis under this branch. The only relevant evidence is therefore the letter advising Mr. Potter that he would "continue to be paid until

si une personne raisonnable s'étant trouvée dans la situation du salarié aurait considéré, entre autres, que l'employeur a agi de bonne foi pour protéger un intérêt organisationnel légitime et que la mesure qu'il a prise a infligé le moins de conséquences possible au salarié quant à la durée de la suspension. En toute déférence, le juge de première instance a eu tort de ne pas considérer les deux étapes de l'analyse indépendamment l'une de l'autre.

[46] Je conclus de l'application des principes susmentionnés aux faits de l'espèce que M. Potter a été congédié de manière déguisée par le conseil. Étant donné la durée indéfinie de la suspension, l'omission de la Commission d'agir de bonne foi en ce qu'elle n'a pas communiqué de motifs organisationnels valables à M. Potter et son intention dissimulée de congédier ce dernier, j'estime avec égards que le juge de première instance a eu tort de conclure que le contrat de travail autorisait la suspension. En outre, pour les motifs exposés ci-après, je conclus que cette violation unilatérale du contrat équivalait à la modification substantielle d'une condition essentielle du contrat par l'employeur.

[47] Soit dit en tout respect pour le juge Cromwell, je ne peux convenir avec lui que cette analyse est inutile ou que le congédiement déguisé peut être établi seulement en fonction du deuxième volet du critère. Premièrement, si l'on ne détermine pas que le contrat autorisait ou non la suspension, il est difficile, voire impossible, de soutenir qu'une personne s'étant trouvée dans la situation de M. Potter aurait vu dans la suspension la manifestation par l'employeur de son intention de ne plus être lié par le contrat. Si le contrat conférait expressément ou tacitement à l'employeur le pouvoir de suspendre le salarié comme il l'a fait, cela ne pourrait permettre de conclure qu'une conduite a emporté violation. Il en va de même de la négociation de l'indemnité de départ qui, pour autant que savait M. Potter, se déroulait de bonne foi. En outre, même si elle n'est pas au cœur de l'analyse du juge Cromwell, la lettre que le conseil a adressée au ministre de la Justice n'est pas, compte tenu de l'examen qui suit, pertinente pour l'analyse que commande ce volet du critère. Ne reste alors que la lettre informant

instructed otherwise”. I concede that this letter unnecessarily introduced some uncertainty into Mr. Potter’s employment situation. Nevertheless, a reasonable person in his situation could not have concluded on this basis that the Commission’s conduct evinced a clear intention no longer to be bound by the contract.

[48] I will begin by addressing two preliminary issues. First, I will dispel the doubts expressed by the Court of Appeal regarding the existence of an employment relationship between the Commission and Mr. Potter. Second, I will review the terms of the contract to determine whether there was an *express* grant to the Board of authority to suspend Mr. Potter. Having concluded that there was no such express grant, I will then turn to the central question in this appeal: whether there was an *implied* grant of authority to do so. The trial judge found that the suspension was authorized, but I am of the view that this finding was based on an erroneous understanding of the law applicable to suspensions in the constructive dismissal context. My conclusion is that the Board did not have the authority, whether express or implied, to suspend Mr. Potter indefinitely with pay for the reasons it gave, and that the suspension was a substantial change that amounted to constructive dismissal.

(1) The Employment Relationship Between Mr. Potter and the Commission

[49] The Court of Appeal held that if the Commission was not Mr. Potter’s employer, his action could not succeed “as a matter of common sense and law” (para. 60). Although Drapeau C.J.N.B. accepted that neither party was contesting the existence of an employment relationship between Mr. Potter and the Commission, he did so “with some hesitation” (para. 69), and only after providing several reasons why such a relationship might not exist. At the hearing in this Court, the Commission once again conceded that it was Mr. Potter’s employer. Given that this position was accepted by both parties throughout the proceedings, I agree with Drapeau C.J.N.B. that “it would be unfair to recast the case and dispose of the appeal on a ground that has not

M. Potter qu’il [TRADUCTION] « continuera[it] de toucher son salaire jusqu’à nouvel ordre ». Je concède qu’il en résultait quelque incertitude indue quant à la situation d’emploi de M. Potter. Or, une personne raisonnable s’étant trouvée dans la situation de M. Potter n’aurait pu en conclure que la Commission manifestait clairement son intention de ne plus être liée par le contrat.

[48] J’examinerai d’abord deux questions préliminaires. Premièrement, j’écarterai les doutes exprimés par la Cour d’appel sur l’existence d’une relation d’emploi entre la Commission et M. Potter. Deuxièmement, j’examinerai les conditions du contrat afin de déterminer si le conseil avait ou non le pouvoir *express* de suspendre M. Potter. Comme je conclus qu’un tel pouvoir *express* n’était pas conféré, je passerai ensuite à l’étude de la principale question en litige dans le pourvoi : existait-il un pouvoir *tacite* de suspendre M. Potter? Le juge de première instance répond par l’affirmative, mais j’estime que sa conclusion s’appuie sur une interprétation erronée du droit applicable à la suspension lorsqu’il y a allégation de congédiement déguisé. J’estime que le conseil n’avait pas le pouvoir, *express* ou *tacite*, de suspendre indéfiniment M. Potter avec salaire pour les motifs invoqués et qu’il y a eu une modification substantielle équivalant à un congédiement déguisé.

(1) La relation d’emploi entre M. Potter et la Commission

[49] La Cour d’appel fait remarquer que si la Commission n’était pas l’employeur de M. Potter, le « simple bon sens et le droit » empêcheraient ce dernier d’avoir gain de cause (par. 60). S’il reconnaît que ni l’une ni l’autre des parties ne conteste l’existence d’une relation d’emploi entre M. Potter et la Commission, le juge en chef Drapeau le fait « non sans hésitation » (par. 69) et seulement après avoir donné quelques raisons pour lesquelles une telle relation pourrait ne pas exister. À l’audience devant notre Cour, la Commission a de nouveau admis être l’employeur de M. Potter. Ce fait ayant été reconnu par les deux parties tout au long de l’instance, je conviens avec le juge en chef Drapeau qu’« il serait injuste de modifier la façon dont la



been pursued by the Commission” (para. 69). That being said, I do not share Drapeau C.J.N.B.’s hesitation in reaching this conclusion. I find, in light of the “common employer” doctrine, that the Commission was in fact Mr. Potter’s employer for the purposes of this case and that it was therefore correctly designated as the defendant to Mr. Potter’s action.

[50] Although it is true that under the *Legal Aid Act*, the Lieutenant-Governor in Council retains the formal power of appointment, reappointment and termination of the Executive Director, the power of appointment is fettered by an obligation to appoint the person nominated by the Commission’s Board of Directors: s. 39(1). The Board is also responsible for establishing the terms and conditions of the Executive Director’s appointment. In addition, it has the authority under s. 39(6) to attribute duties and powers to the Executive Director, an authority that, according to the courts below, includes the power of suspension. These powers conferred on the Board, including its nomination power, which gives it effective control over the Crown’s power of appointment, cover nearly all aspects of the employment relationship. Drapeau C.J.N.B. suggested that the Board’s lack of authority to formally terminate the Executive Director might undermine Mr. Potter’s claim, but such a conclusion would conflict with the common employer doctrine and with the law applicable to constructive dismissal.

[51] I accept that the Commission was Mr. Potter’s employer for most purposes, even though the Crown was his employer for the purpose of formal appointment, reappointment and termination. What a finding of constructive dismissal requires is not formal termination, but a unilateral act by the employer to substantially change the contract of employment. As is clear from the wide-ranging powers discussed above, the Commission has the power to alter fundamental aspects of the Executive Director’s contract of employment, and thus to constructively dismiss him. To conclude otherwise would be to allow a permissible complexity in organizational arrangements to work an injustice by undermining

présente cause est présentée et de statuer sur l’appel sur la base d’un moyen qui n’a pas été invoqué par la Commission » (par. 69). Néanmoins, je ne partage pas son hésitation à tirer cette conclusion. À la lumière de la doctrine de l’« employeur unique », j’estime que la Commission était en fait l’employeur de M. Potter et qu’elle a à juste titre été constituée défenderesse à l’action.

[50] Certes, aux termes de la *Loi sur l’aide juridique*, le lieutenant-gouverneur en conseil conserve le pouvoir formel de nommer le directeur général, de reconduire son mandat et d’y mettre fin, mais son pouvoir de nomination est limité par l’obligation de nommer la personne que propose le conseil d’administration de la Commission (par. 39(1)). Il incombe également au conseil d’établir les modalités et les conditions de la nomination du directeur général. De plus, le par. 39(6) l’habilite à attribuer des fonctions et des pouvoirs au directeur général, ce qui, selon les tribunaux inférieurs, englobe le pouvoir de suspendre le titulaire du poste. Ces pouvoirs accordés au conseil, dont celui de proposer une personne, qui lui confère un ascendant réel sur l’exercice du pouvoir de nomination de la Couronne, s’appliquent à presque tous les aspects de la relation d’emploi. Le juge en chef Drapeau laisse entendre que la non-habilitation du conseil à congédier formellement le directeur général pourrait compromettre le recours exercé par M. Potter, mais pareille conclusion irait à l’encontre de la doctrine de l’employeur unique et du droit applicable au congédiement déguisé.

[51] Je conviens que la Commission était presque à tous égards l’employeur de M. Potter même si la Couronne était son employeur pour ce qui concerne sa nomination, la reconduction de son mandat et la révocation de celui-ci. Conclure au congédiement déguisé n’exige pas qu’il y ait eu congédiement formel, mais plutôt un acte unilatéral de l’employeur qui a modifié substantiellement le contrat de travail. Au vu des vastes pouvoirs susmentionnés, il ne fait pas de doute que la Commission a le pouvoir de modifier quelque aspect fondamental du contrat de travail du directeur général, si bien qu’elle peut le congédier de manière déguisée. Tirer la conclusion contraire serait permettre qu’une structure

the legitimate entitlements of wrongfully dismissed employees: see *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161 (C.A.), at para. 36. It would protect an employer from liability for acts amounting to constructive dismissal on the basis that it lacked the power to formally terminate the employee.

- (2) Can the Words of the Contract Be Interpreted to Mean That It Established an Express Grant of Authority to Suspend Mr. Potter for Administrative Reasons?

[52] If the Commission had the authority under the contract to suspend Mr. Potter for the administrative reasons it gave, then the contract was not breached and Mr. Potter's constructive dismissal claim must fail. The express terms of the contract are found in the *Legal Aid Act*, and in the terms and conditions of employment established by the Board pursuant to s. 39(2) of the Act. The possibility of suspension is not mentioned in the terms and conditions. Nor does the *Legal Aid Act* refer to suspension. However, s. 21(1) of the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, reads as follows:

21(1) Words authorizing the appointment of a public officer include the power

- (a) of removing or suspending him,
- (b) of re-appointing or reinstating him,
- (c) of appointing another in his stead or to act in his stead, and
- (d) of fixing his remuneration and varying or terminating it,

in the discretion of the authority in whom the power of appointment is vested.

[53] At trial, Mr. Potter argued that this provision should be applied in interpreting s. 39(1) of the *Legal Aid Act*, which provides that “[t]he

d’entreprise complexe mais licite puisse causer une injustice en compromettant les droits légitimes d’un salarié congédié sans motif valable (voir *Downtown Eatery (1993) Ltd. c. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 36). En effet, l’employeur pourrait échapper à toute responsabilité pour un acte qui équivaut à un congédiement déguisé de sa part au motif qu’il ne possédait pas le pouvoir de congédier formellement le salarié.

- (2) Peut-on conclure des mots qui y sont employés que le contrat confère expressément le pouvoir de suspendre M. Potter pour des raisons administratives?

[52] Si la Commission avait le pouvoir contractuel de suspendre M. Potter pour les raisons administratives qu’elle a invoquées, il n’y a pas eu violation du contrat, et l’allégation de congédiement déguisé doit être rejetée. Les conditions expresses du contrat sont prévues par la *Loi sur l’aide juridique*, et le conseil établit les modalités et les conditions d’emploi suivant le par. 39(2) de la Loi. Les modalités et les conditions ne font pas mention de la possibilité d’une suspension. La *Loi sur l’aide juridique* ne fait pas non plus mention d’une suspension éventuelle, mais le par. 21(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.N.-B. 1973, c. I-13, dispose ce qui suit :

21(1) Les mots qui autorisent la nomination d’un fonctionnaire public comportent le pouvoir :

- a) de le destituer ou de le suspendre de ses fonctions,
- b) de le nommer à nouveau ou de le réintégrer dans ses fonctions,
- c) d’en nommer un autre pour le remplacer ou agir à sa place, et
- d) de fixer sa rémunération, de la modifier ou de la supprimer,

à la discrétion de l’autorité investie du pouvoir de nomination.

[53] Au procès, M. Potter a soutenu qu’il convient d’appliquer cette disposition pour interpréter le par. 39(1) de la *Loi sur l’aide juridique*, lequel

Lieutenant-Governor in Council shall appoint as the Executive Director of Legal Aid the person nominated by the Board.” He submitted that, since these are “[w]ords authorizing the appointment of a public officer”, the power of suspension lies not with the Board, but with the Crown, and that the Board therefore lacked the authority to suspend him for administrative reasons.

[54] The trial judge disagreed, relying on s. 39(6) of the *Legal Aid Act*, which I reproduce here once again for convenience:

**39(6)** The Executive Director shall perform the duties and may exercise the powers imposed on the Executive Director by this Part, the regulations or the Board.

According to Grant J., the Board’s general supervisory powers referred to in s. 39(6) include the power to suspend and replace the Executive Director. Were this not the case, if the Executive Director were to become ill or otherwise incapacitated, the Commission would be unable to function unless the Lieutenant-Governor in Council appointed a replacement. Grant J. found that such an outcome would run counter to the primary purpose of the *Legal Aid Act*, which is to establish a functioning legal aid plan: s. 2.

[55] The Court of Appeal gave additional reasons in support of this interpretation of the contract. Drapeau C.J.N.B. pointed out that s. 1(1)(a) of the *Interpretation Act* provides that the *Interpretation Act* applies in this case only if it is not “inconsistent with the intent or object” of the *Legal Aid Act*. Section 39 of the *Legal Aid Act* does not merely consist of “[w]ords authorizing the appointment of a public officer”. It goes further than that in that it grants additional powers to the Lieutenant-Governor in Council, the Board and the Executive Director, and s. 21(1) of the *Interpretation Act* is inconsistent with the provisions establishing some of those powers. For instance, s. 39(5) of the *Legal Aid Act* fetters the Lieutenant-Governor in Council’s reappointment power, and s. 39(2) grants the Board the authority

prévoit que « [l]e lieutenant-gouverneur en conseil nomme comme directeur général de l’aide juridique la personne proposée par le conseil. » S’agissant de « mots qui autorisent la nomination d’un fonctionnaire public », il a fait valoir que le pouvoir de suspension appartient non pas au conseil, mais à la Couronne, de sorte que le conseil ne pouvait le suspendre pour des raisons administratives.

[54] Le juge de première instance ne partage pas ce point de vue et invoque à l’appui le par. 39(6) de la *Loi sur l’aide juridique*, dont voici à nouveau le libellé pour en faciliter la consultation :

**39(6)** Le directeur général exerce les fonctions et peut exercer les pouvoirs qui lui sont [attribués] par la présente partie, les règlements ou le conseil.

Selon lui, le pouvoir de surveillance général que le par. 39(6) confère au conseil englobe celui de suspendre et de remplacer le directeur général. Si tel n’était pas le cas et que le directeur général était un jour incapable d’exercer ses fonctions, notamment pour cause de maladie, la Commission ne pourrait poursuivre ses activités que si le lieutenant-gouverneur en conseil nommait un remplaçant. Le juge Grant estime que cela irait à l’encontre de l’objet premier de la *Loi sur l’aide juridique*, à savoir l’établissement d’un programme opérationnel d’aide juridique (art. 2).

[55] La Cour d’appel invoque d’autres raisons à l’appui de cette interprétation du contrat. Le juge en chef Drapeau précise que, suivant son al. 1(1)a), la *Loi d’interprétation* ne s’applique en l’espèce que si elle n’est pas « incompatible avec le sens ou l’objet » de la *Loi sur l’aide juridique*. L’article 39 de la *Loi sur l’aide juridique* ne se résume pas à « [d]es mots qui autorisent la nomination d’un fonctionnaire public ». Il va plus loin en ce qu’il confère au lieutenant-gouverneur en conseil, au conseil et au directeur général des pouvoirs supplémentaires, et le par. 21(1) de la *Loi d’interprétation* est incompatible avec les dispositions qui accordent certains de ces pouvoirs. Par exemple, le par. 39(5) de la *Loi sur l’aide juridique* restreint le pouvoir discrétionnaire du lieutenant-gouverneur en conseil en

to establish the terms and conditions of the Executive Director's appointment, including remuneration. Section 21(1) of the *Interpretation Act* is inconsistent with both of these provisions.

[56] Even if the *Interpretation Act* did apply, Drapeau C.J.N.B. suggested that the power of “suspending” provided for in s. 21(1)(a) is limited to disciplinary measures, since that word is used in conjunction with “removing” (para. 73).

[57] In my view, for the reasons given by Grant J. and by Drapeau C.J.N.B., the *Legal Aid Act* comprehensively sets out the various powers applicable to the Executive Director's contract of employment, and the *Interpretation Act* is inconsistent with some of the provisions establishing those powers. The Lieutenant-Governor in Council's power of appointment does not necessarily include the power of suspension, and even if it did include that power, I agree that the power of suspension contemplated in s. 21(1)(a) of the *Interpretation Act* is limited to disciplinary suspension. As a result, any power to suspend the Executive Director for administrative reasons can only lie with the Board.

[58] I also agree with Grant J. that s. 39 of the *Legal Aid Act* attributes to the Board jurisdiction over all aspects of the Executive Director's employment — except for his or her formal appointment or re-appointment, and the formal revocation of an appointment — and that the Board's jurisdiction in this regard includes establishing the terms and conditions of the appointment (s. 39(2)) and directing the Executive Director in the performance of his or her duties and the exercise of his or her powers (s. 39(6)). That being said, these broad powers conferred on the Board do not *expressly* include the power of suspension for administrative reasons. I will now turn to the question whether such a power can be found to be implied in the contract of employment.

ce qui a trait au renouvellement du mandat du directeur général, et le par. 39(2) confère au conseil le pouvoir d'établir les modalités et les conditions de la nomination du directeur général, y compris sa rémunération. Le paragraphe 21(1) de la *Loi d'interprétation* est incompatible avec chacune des deux dispositions.

[56] Même si la *Loi d'interprétation* s'appliquait, le juge en chef Drapeau indique que le pouvoir de « suspendre » prévu à l'al. 21(1)a) ne peut être exercé qu'à des fins disciplinaires puisqu'il est conféré de pair avec celui de « destituer » (par. 73).

[57] Pour les motifs invoqués par le juge Grant et le juge en chef Drapeau, j'estime que la *Loi sur l'aide juridique* énonce exhaustivement les pouvoirs relatifs au contrat de travail du directeur général et que la *Loi d'interprétation* est incompatible avec les dispositions qui accordent certains de ces pouvoirs. Le pouvoir de nomination dont est investi le lieutenant-gouverneur en conseil n'englobe pas nécessairement le pouvoir de suspension, et même si c'était le cas, je conviens que le pouvoir de suspension conféré par l'al. 21(1)a) de la *Loi d'interprétation* ne s'exerce que dans le contexte disciplinaire. En conséquence, le pouvoir de suspendre le directeur général pour des raisons administratives appartient forcément au conseil.

[58] Je conviens également avec le juge Grant que, selon l'art. 39 de la *Loi sur l'aide juridique*, tous les aspects de l'emploi du directeur général — hormis sa nomination formelle, et les renouvellement et révocation formels de son mandat — relèvent du conseil, ce qui comprend l'établissement des modalités et des conditions de la nomination (par. 39(2)) et la surveillance du directeur général dans l'exercice de ses fonctions et de ses pouvoirs (par. 39(6)). Cela dit, ces vastes pouvoirs du conseil n'englobent pas *expressément* celui de suspendre pour des raisons administratives. Je passerai donc maintenant à la question de savoir s'il est possible de conclure que le contrat de travail confère tacitement ce pouvoir.

(3) Was There an Implied Grant of Authority to Suspend Mr. Potter for Administrative Reasons?

[59] Since there was no express grant of authority to suspend Mr. Potter for administrative reasons, any such authority would have to be found to be implied in the contract. This requires us to inquire into whether the Board's authority under s. 39(6) of the *Legal Aid Act* to attribute powers and duties to the Executive Director includes the authority to suspend Mr. Potter indefinitely with pay for the administrative reasons the Board gave. In my view, it does not. In reaching the opposite conclusion, the trial judge was led astray by an incorrect articulation of the law applicable to administrative suspensions. Grant J. erred in finding that the Commission did not have a duty to provide Mr. Potter with work, and as a result he failed to inquire into whether it had discharged its burden by showing that the suspension was justified. For the reasons set out below, I conclude that the Commission did not discharge that burden and that, as a result, the suspension was unauthorized.

(a) *Admissibility of Evidence Adduced to Prove That an Act Constitutes Constructive Dismissal*

[60] The onus is on the employee to prove that an act constitutes constructive dismissal. The employee must prove on a balance of probabilities that the employer's unilateral act breached the contract and that that breach substantially changed the essential terms of the contract. As I mentioned above, the evidence produced to establish that the breach was substantial must be assessed from the perspective of a reasonable person. The test is "whether, at the time the [breach occurred], a reasonable person in the same situation as the employee would have felt that the essential terms of the employment contract were being substantially changed" (*Farber*, at para. 26). In the instant case, the trial judge, purporting to apply the above test, commented as follows:

(3) Existait-il un pouvoir tacite de suspendre M. Potter pour des raisons administratives?

[59] Vu l'absence d'un pouvoir exprès de suspendre M. Potter pour des raisons administratives, le pouvoir de suspendre, s'il existe, doit être tacitement conféré par le contrat. Il nous faut donc déterminer si le pouvoir du conseil d'attribuer pouvoirs et fonctions au directeur général en application du par. 39(6) de la *Loi sur l'aide juridique* englobe celui de suspendre M. Potter indéfiniment avec salaire pour les raisons administratives invoquées par le conseil. Selon moi, il faut répondre par la négative. Le juge de première instance, qui tire la conclusion contraire, fait fausse route lorsqu'il énonce de façon incorrecte le droit applicable à la suspension pour raisons administratives. Il conclut à tort que la Commission n'avait pas l'obligation de fournir du travail à M. Potter et il omet de ce fait de se demander si elle s'est acquittée de son obligation de démontrer que la suspension était justifiée. Pour les motifs qui suivent, j'estime que la Commission ne s'est pas acquittée de cette obligation et que la suspension n'était donc pas autorisée.

a) *Admissibilité des éléments présentés pour prouver qu'un acte constitue un congédiement déguisé*

[60] Il incombe au salarié de prouver qu'un acte constitue un congédiement déguisé. Il doit démontrer selon la prépondérance des probabilités que la mesure unilatérale de l'employeur constitue une violation du contrat de travail et que cette violation a modifié substantiellement les conditions essentielles du contrat de travail. Comme je le mentionne précédemment, la preuve offerte pour établir le caractère substantiel de la violation doit être appréciée du point de vue d'un salarié raisonnable. Il faut se demander « si, au moment où [il y aurait eu violation], une personne raisonnable, se trouvant dans la même situation que l'employé, aurait considéré qu'il s'agissait d'une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail » (*Farber*, par. 26). En l'espèce, le juge de première instance, qui dit appliquer ce critère, formule les remarques suivantes :



. . . it is necessary, in my view, that I only consider what [Mr. Potter] knew at the time he alleges he was constructively dismissed because he could hardly allege that he was constructively dismissed based on something the employer did unbeknownst to him. For example he was not aware of the letter to the Minister of Justice at that time. He can't therefore say that by sending the letter the defendant repudiated the contract and thereby constructively dismissed him. [para. 36]

[61] The Court of Appeal questioned the trial judge's conclusion on this issue, stating that "[i]t may be that the trial judge was required to consider all of the circumstances, including those unknown to Mr. Potter prior to commencing his action" (para. 94). However, Drapeau C.J.N.B. said that such an error would have been "wholly harmless" because, even if Grant J. had considered the excluded evidence, that evidence would only have confirmed the view that the Board had acted in a manner consistent with its obligations under the contract, given that it could not itself terminate Mr. Potter (*ibid.*).

[62] With respect, I am of the view that the trial judge was indeed in error and that this error was not harmless. The error stemmed from a failure to make a distinction between the individual steps of the test for constructive dismissal. As I mentioned above, this Court's test from *Farber* has two parts. Grant J. should have begun by asking whether, from an objective viewpoint, a breach of the contract had occurred. It was only after determining that a breach had in fact occurred that he should have proceeded to the second step, that of determining whether the breach was a substantial one. It is at this second stage of the analysis that the perspective shifts and that "what is relevant is what was known by the appellant at the time of the [breach] and what ought to have been foreseen by a reasonable person in the same situation" (*Farber*, at para. 42). The trial judge failed to deal with the first step of the test.

. . . il suffit, à mon avis, que je tienne compte de ce [que M. Potter] savait au moment où il prétend avoir été congédié de façon déguisée, car il peut difficilement soutenir qu'il a été congédié de façon déguisée en s'appuyant sur quelque chose que l'employeur a fait à son insu. Par exemple, à ce moment-là, il n'était pas au courant de la lettre au ministre de la Justice; il ne peut donc pas dire qu'en envoyant la lettre, la défenderesse a [répudié] le contrat et l'a congédié de façon déguisée en conséquence. [par. 36]

[61] La Cour d'appel s'interroge sur la conclusion du juge de première instance sur ce point. Selon elle, « [i]l se pourrait que le juge du procès ait été tenu de prendre en considération l'ensemble des circonstances, [y compris] celles dont M. Potter n'avait pas connaissance, avant d'entamer sa poursuite » (par. 94). Toutefois, le juge en chef Drapeau affirme que cette erreur n'aurait eu « absolument aucune conséquence » parce que, même si le juge Grant avait tenu compte de l'élément de preuve écarté, celui-ci aurait seulement confirmé la thèse selon laquelle le conseil avait agi de manière compatible avec ses obligations contractuelles, puisqu'il ne pouvait lui-même congédier M. Potter (*ibid.*).

[62] Avec égards, je suis d'avis que la démarche du juge de première instance est effectivement erronée et que cette erreur n'est pas sans conséquence. Son erreur découle de l'omission de considérer séparément chacune des étapes relative au congédiement déguisé. Rappelons que le critère dégagé par la Cour dans l'arrêt *Farber* comportait deux parties. Le juge Grant aurait dû d'abord se demander si, d'un point de vue objectif, il y avait eu violation du contrat. Ce n'est qu'après avoir déterminé qu'il y avait eu violation qu'il aurait dû passer à la seconde étape et déterminer si la violation revêtait ou non un caractère substantiel. C'est à cette seconde étape de l'analyse que le point de vue bascule et que « sera pertinent ce qui était connu par l'appelant au moment de [la violation] ou devait être prévu par une personne raisonnable se trouvant dans sa situation » (*Farber*, par. 42). Le juge de première instance a passé outre à la première étape de l'analyse.

[63] This shift in perspective demonstrates the balance that is struck in the doctrine of constructive dismissal. On the one hand, the doctrine is based on a recognition that the employee is in a vulnerable position vis-à-vis the employer; however, the ensuing accommodations are not unlimited. Accordingly, the perspective at the second step of the first branch of the test, at which the issue is whether the breach was substantial, and in the second branch of the test is that of a reasonable person *in the same circumstances as the employee*. There is no requirement that the employer actually intend no longer to be bound by the contract. The question is whether, given the totality of the circumstances, a reasonable person in the employee's situation would have concluded that the employer's conduct evinced an intention no longer to be bound by it. However, with respect for Cromwell J.'s opinion, the perspective here cannot be stretched so far as to allow the employee to rely on grounds that, although real, were unknown to him or her at the relevant time. Such an approach would risk encouraging disgruntled employees who have quit their jobs to allege constructive dismissal and engage in fishing expeditions against their employers in the hope of identifying evidence in support of their claims.

[64] In the instant case, at the first step of the first branch of the constructive dismissal analysis, the trial judge was required to inquire, from an objective viewpoint, into whether the administrative suspension amounted to a breach of contract. To exclude evidence such as the evidence excluded by the trial judge in this case would be to make the employee's right to claim constructive dismissal depend on whether the employer was "artful enough to conceal his state of mind": *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70 (Q.B.), at p. 91.

[65] As I mentioned above, the question whether a suspension amounts to a breach will often require a more careful analysis than might be necessary in constructive dismissal cases involving other types of changes. This is because, unlike with such unilateral changes as a demotion, a reduction in wages or a modification to the pay structure, an employer's ability to suspend an employee can be found to be

[63] Le changement de point de vue témoigne de la mise en balance qu'opère la doctrine relative au congédiement déguisé. La doctrine reconnaît certes la vulnérabilité du salarié vis-à-vis de l'employeur, mais la compensation qu'elle commande n'est pas illimitée. En conséquence, le point de vue adopté à la seconde étape du premier volet du critère, qui s'intéresse au caractère substantiel de la violation, ainsi qu'au second volet du critère, est celui de la personne raisonnable *se trouvant dans la situation du salarié*. Il n'est pas nécessaire que l'employeur veuille dans les faits ne plus être lié par le contrat. La question est de savoir si, eu égard à toutes les circonstances, une personne raisonnable s'étant trouvée dans la situation du salarié aurait vu dans la conduite de l'employeur la manifestation de son intention de ne plus être lié par le contrat. Soit dit en tout respect pour l'opinion du juge Cromwell, le point de vue ainsi adopté n'est cependant pas assez large pour permettre au salarié d'invoquer des motifs qui, même s'ils existaient, lui étaient alors inconnus. Sans cette limite, on risquerait d'inciter le salarié démissionnaire mécontent à alléguer le congédiement déguisé et à soumettre l'employeur à des recherches à l'aveuglette dans l'espoir de trouver des éléments pour étayer sa thèse.

[64] Dans le présent dossier, à la première étape du premier volet du critère applicable au congédiement déguisé, le juge de première instance devait examiner si, d'un point de vue objectif, la suspension administrative équivalait à une violation du contrat. Exclure une preuve comme celle écartée par le juge en l'espèce ferait en sorte que l'employeur puisse, [TRADUCTION] « grâce à son habileté à dissimuler suffisamment son état d'esprit », faire obstacle à une action pour congédiement déguisé (*Universal Cargo Carriers Corp. c. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70 (Q.B.), p. 91).

[65] Je le rappelle, il s'agit d'une question qui requiert souvent une analyse plus attentive que celle qui se pose dans le cas d'un congédiement déguisé allégué par suite d'une modification d'un autre type. La raison en est que, contrairement à la faculté d'opérer d'autres modifications unilatérales, telles la rétrogradation, la réduction de salaire ou la modification unilatérale du mode de rémunération,

implied in the contract. The court must therefore determine whether the suspension was implicitly authorized by the contract. In *Carscallen v. FRI Corp.* (2005), 42 C.C.E.L. (3d) 196 (Ont. S.C.J.), aff'd (2006), 52 C.C.E.L. (3d) 161 (Ont. C.A.), for example, the Ontario Court of Appeal, in inquiring into whether an employee's disciplinary suspension amounted to a breach, considered multiple factors, including the facts that the suspension was without pay and that it was indefinite. A similar approach was taken in *Labarre v. Spiro Méga inc.*, 2001 CarswellQue 1753 (WL Can.), in which the Quebec Superior Court also considered a notice sent to other employees to inform them of the suspension, as well as the revocation of a company credit card and of the use of a vehicle.

[66] When faced with a unilateral change by the employer, the employee is placed in the unenviable situation of having to decide whether to accept the change or to resign and bring an action for constructive dismissal: see *Belton v. Liberty Insurance Co. of Canada* (2004), 72 O.R. (3d) 81 (C.A.), at paras. 25-26. This life-altering decision must be made in circumstances in which the information available to the employee is limited and there is an imbalance of power between the employer and the employee. As was made clear in *Farber*, it would be unfair to rely on information that undermines the employee's claim and that the employee did not know about or could not be expected to have foreseen. In *Farber*, as I mentioned above, Gonthier J. first determined that a breach had occurred — the employee had been confronted with a unilateral change that involved “a significant, even a serious, demotion” (para. 38). He then inquired into whether the demotion constituted a substantial change to the essential terms of the employment contract. The employer argued that because the commission the employee would actually have earned in the new position had turned out to be higher than the amount he would have earned had he remained in his former position, the demotion did not constitute a substantial change. Gonthier J. held that this evidence should

celle qu'a l'employeur de suspendre le salarié peut être inférée du contrat. Le tribunal doit donc décider si la suspension intervenue était tacitement autorisée ou non par le contrat. À titre d'exemple, dans *Carscallen c. FRI Corp.* (2005), 42 C.C.E.L. (3d) 196 (C.S.J. Ont.), conf. par (2006), 52 C.C.E.L. (3d) 161 (C.A. Ont.), pour décider si la suspension disciplinaire du salarié équivalait à une violation, la Cour d'appel de l'Ontario tient compte de multiples facteurs, dont l'absence de rémunération du salarié pendant sa suspension et la durée indéfinie de celle-ci. La Cour supérieure du Québec adopte une démarche semblable dans *Labarre c. Spiro Méga inc.*, 2001 CarswellQue 1753 (WL Can.), où elle prend également en considération un avis transmis aux autres membres du personnel pour les informer de la suspension du salarié, ainsi que la révocation de son droit d'utiliser une carte de crédit et un véhicule de l'entreprise.

[66] Le salarié dont le contrat de travail est modifié unilatéralement par l'employeur se trouve dans la situation peu enviable d'avoir à décider d'acquiescer à la modification ou de remettre sa démission et d'intenter une action pour congédiement déguisé (voir *Belton c. Liberty Insurance Co. of Canada* (2004), 72 O.R. (3d) 81 (C.A.), par. 25-26). Il lui faut prendre cette décision qui engage l'avenir dans un contexte où les données dont il dispose sont limitées et où le rapport de force avec l'employeur est inégal. Comme l'établit clairement l'arrêt *Farber*, il serait injuste de s'appuyer sur des données qui réfutent l'allégation du salarié et dont celui-ci ignorait l'existence ou ne pouvait être tenu de prévoir. Comme je l'ai mentionné, dans *Farber*, le juge Gonthier s'est d'abord demandé s'il y avait eu violation; le salarié avait fait l'objet d'une modification unilatérale qui comportait « une rétrogradation importante, voire grave » (par. 38). Puis, il s'est demandé si la rétrogradation constituait une modification substantielle des conditions essentielles du contrat. L'employeur soutenait que les commissions que le salarié aurait touchées dans ses nouvelles fonctions auraient été supérieures à ce qu'il aurait gagné s'il avait conservé son poste d'origine, de sorte que la rétrogradation n'opérait pas une modification substantielle. Le juge Gonthier

be excluded, however, on the basis that a court must not, in determining whether a breach is substantial, consider evidence consisting of information that was neither known to the employee nor reasonably foreseeable.

[67] The reason why the evidence was excluded in *Farber* does not apply in the instant case. In *Farber*, the Court excluded the evidence in question not in determining whether a breach had occurred, but in determining whether the change was substantial. This distinction has a significant impact on the determination of whether evidence is relevant. The Board's letter recommending that Mr. Potter's employment be terminated for cause is plainly relevant to the circumstances at the time of the alleged breach. Also, as I will explain in the next section, the employer's intentions are relevant to the determination of whether the suspension was wrongful, which is the key issue in Mr. Potter's constructive dismissal action. The exclusion of the evidence was therefore far from "wholly harmless". It deprived the trial judge of evidence that was relevant to the central issue of the case.

(b) *Characterizing Mr. Potter's Suspension*

[68] The broad question of an employer's right to temporarily discontinue an employee's work in a non-unionized workplace has been the subject of much debate. Before addressing the question whether the Board had the authority to suspend Mr. Potter as it did in this case, I wish to make it clear that certain points are not at issue in this appeal. First, this case does not concern a layoff for economic reasons. Because Mr. Potter's salary and benefits continued to be paid, he was not laid off, and the question of an implied authority to lay employees off temporarily does not arise: *Barnacle*, at §§18.29 to 18.39.

[69] Second, this case does not concern an administrative suspension for reasons unrelated to the employee's conduct. In *Cabiakman*, this Court drew

écarte toutefois l'élément de preuve invoqué au motif que des faits ni connus ni raisonnablement susceptibles de l'être par le salarié ne sauraient être pris en compte par le tribunal pour déterminer si une violation est substantielle ou non.

[67] La raison d'être de l'exclusion de la preuve dans *Farber* ne vaut pas en l'espèce. Dans cet arrêt, la Cour n'écarte pas la preuve en cause pour déterminer s'il y a eu violation ou non, mais bien pour apprécier le caractère plus ou moins substantiel de la modification. Cette nuance change sensiblement l'optique dans laquelle est tranchée la question de la pertinence. La lettre du conseil recommandant le congédiement de M. Potter est nettement pertinente pour la détermination de la situation des parties au moment de la violation alléguée. Et comme je le précise ci-après, l'intention de l'employeur importe lorsqu'il s'agit de décider si la suspension était justifiée ou non, une décision cruciale pour l'issue de l'action pour congédiement déguisé de M. Potter. Dès lors, l'exclusion de la preuve était loin de n'avoir « absolument aucune conséquence », car elle a privé le juge de première instance d'un élément de preuve pertinent pour statuer sur ce point crucial.

b) *Caractérisation de la suspension de M. Potter*

[68] La question générale du droit de l'employeur de mettre fin temporairement aux fonctions d'un salarié dans un milieu de travail non syndiqué a suscité de nombreux débats. Avant de décider si le conseil avait ou non le pouvoir de suspendre M. Potter comme il l'a fait en l'espèce, j'estime utile de préciser que certains éléments ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. Premièrement, il n'est pas question en l'espèce de mise à pied pour motif économique. Puisqu'il a continué de toucher son salaire et de bénéficier de ses avantages, M. Potter n'a pas été mis à pied, de sorte qu'il n'y a pas lieu de se demander si le pouvoir tacite de le mettre à pied temporairement existait ou non (*Barnacle*, §§18.29 à 18.39).

[69] Deuxièmement, nous ne sommes pas aux prises avec une suspension administrative fondée sur des motifs étrangers à la conduite du salarié. Dans

a distinction, albeit in the civil law context, between extrinsic and intrinsic factors that might support a finding that an administrative suspension is justified (para. 33). Some possible extrinsic factors are financial difficulties, a shortage of work, technological change or reorganization of the business, but no such factors are alleged in the case at bar. Rather, the decision to suspend Mr. Potter was based on intrinsic factors in that it related to the actions of Mr. Potter himself.

[70] Third, this case does not concern a disciplinary suspension. Although the Board privately recommended in its letter to the Minister of Justice — and gave reasons for doing so — that Mr. Potter’s appointment be revoked for cause, it did not suspend Mr. Potter for disciplinary reasons. The parties agree, as did the courts below, that by directing Mr. Potter to stay home and delegating his powers to someone else, the Board placed him on an “administrative suspension” (Court of Appeal reasons, at para. 3). In this Court, the Commission conceded that the suspension was administrative and not disciplinary. Questions related to an implied authority to suspend an employee for disciplinary reasons, or an implied obligation to impose a lesser sanction such as suspension where there is cause for dismissal, do not arise: see *McKinley v. BC Tel*, 2001 SCC 38, [2001] 2 S.C.R. 161, at para. 52; *Haldane v. Shelbar Enterprises Ltd.* (1999), 46 O.R. (3d) 206 (C.A.); Barnacle, at §18.40.

[71] Incidentally, given that cause was not alleged in the instant case, I question the relevance of the Court of Appeal’s lengthy summary of what it calls the “deterioration” of Mr. Potter’s relationship with the Board (paras. 2 and 21-26). Drapeau C.J.N.B. stated that he was including this evidence “to show the Board’s revocation recommendation was *bona fide* and anything but frivolous” (para. 21). However, these facts had not been litigated at trial, and they consisted mostly of unproven allegations that had been made by the Commission. Unless they relate to the specific administrative reasons given by

l’arrêt *Cabiakman*, quoique dans un contexte de droit civil, la Cour a distingué entre les éléments extrinsèques et intrinsèques qui sont susceptibles de justifier une suspension administrative (par. 33). Parmi les éléments extrinsèques éventuels figurent les difficultés financières, le manque de travail, les changements technologiques et la restructuration de l’entreprise, mais aucun n’est allégué en l’espèce. La décision de suspendre M. Potter reposait plutôt sur des éléments intrinsèques puisqu’elle se rapportait aux actes mêmes de M. Potter.

[70] Troisièmement, il n’y pas eu en l’espèce de suspension disciplinaire. Même si, à l’insu de l’intéressé, le conseil a recommandé que la nomination de M. Potter soit révoquée pour motif valable et donné au ministre de la Justice des motifs à l’appui dans la lettre qu’il lui a fait parvenir, il n’a pas suspendu M. Potter pour des motifs disciplinaires. Les parties, comme les tribunaux inférieurs, conviennent que M. Potter a fait l’objet d’une « suspension administrative » lorsqu’il s’est vu enjoindre de ne pas se présenter au travail et que ses pouvoirs ont été délégués à une autre personne (motifs de la Cour d’appel, par. 3). La Commission reconnaît aujourd’hui que la suspension était administrative, et non disciplinaire. Il n’y a donc pas lieu de s’interroger sur l’existence d’un pouvoir tacite de suspendre un salarié pour des raisons disciplinaires, non plus que sur celle d’une obligation tacite d’adopter une mesure moins sévère comme la suspension lorsqu’il existe un motif de congédiement (voir *McKinley c. BC Tel*, 2001 CSC 38, [2001] 2 R.C.S. 161, par. 52; *Haldane c. Shelbar Enterprises Ltd.* (1999), 46 O.R. (3d) 206 (C.A.); Barnacle, §18.40).

[71] Incidemment, l’existence d’un motif valable de congédiement n’ayant pas été alléguée en l’espèce, je doute de la pertinence de l’exposé détaillé de la Cour d’appel sur la « détérioration » de la relation d’emploi entre M. Potter et le conseil (par. 2 et 21-26). Le juge en chef Drapeau dit faire état de ces éléments « pour montrer que la décision du conseil de recommander la révocation [a] été prise de bonne foi et n’[a] rien de frivole » (par. 21). Or, ces faits n’ont pas été examinés au procès et constituent pour la plupart des allégations non prouvées de la Commission. À moins qu’il ne



the Board for suspending Mr. Potter, they are not relevant.

[72] The question I must answer is whether the Board had an implied authority to suspend Mr. Potter indefinitely with pay for the administrative reasons it gave. It should be noted that the Board gave no reason when it suspended Mr. Potter on January 11, 2010. When asked for clarification the next day, the Board simply confirmed that Mr. Potter was not to return to work. There were no further communications between the Board and Mr. Potter until he commenced his action for constructive dismissal on March 9, 2010.

[73] The trial judge found that the reason for the suspension had been to facilitate the negotiation of a buyout of Mr. Potter's contract. Because Mr. Potter had met with the Board in the spring of 2009 to discuss a buyout, the Board "had every reason to believe that he was interested in a buyout of his contract" (para. 42). In light of the ongoing negotiations, "An administrative suspension pending [their] resolution is entirely consistent with what [the parties'] relationship was at the time" (para. 40). Grant J. went on as follows:

In my view, the Commission's directive that he was not to come to work merely reflected what Mr. Potter already knew and indicated he would accept if the terms were right, viz. that the Commission wanted to buy out his contract. It also ensured that nothing would occur that might complicate the settlement negotiations.

There is no evidence that the Board advised him that they intended to arrange for his termination. On the evidence before the Court I find that he made his dramatic move of starting legal action against his employer in response to no unilateral act by the employer that could be construed by a reasonable person as a repudiation of the contract. He was still being paid his full salary and benefits and if, as he says, he was feeling the pressure of the uncertainty of his situation, he only had to create a paper trail asking for clarification. [paras. 43-44]

concerne les raisons administratives invoquées par le conseil pour suspendre M. Potter, ce contexte factuel n'est pas pertinent.

[72] La question à trancher est la suivante. Le conseil avait-il le pouvoir tacite de suspendre M. Potter indéfiniment avec salaire pour les raisons administratives qu'il a invoquées? Il convient de souligner que le conseil n'a pas invoqué de motifs lorsqu'il a suspendu M. Potter le 11 janvier 2010. Lorsqu'une clarification lui a été demandée le lendemain, le conseil a simplement confirmé que M. Potter ne devait pas se présenter au travail. Il n'y a pas eu d'autres communications entre le conseil et M. Potter jusqu'à ce que ce dernier entame sa poursuite pour congédiement déguisé le 9 mars 2010.

[73] Le juge de première instance conclut que la suspension visait à faciliter la négociation d'une indemnité de départ. Depuis que M. Potter avait rencontré les représentants du conseil au printemps 2009 pour en discuter, le conseil [TRADUCTION] « avait [. . .] toutes les raisons de croire qu'il était intéressé au rachat de son contrat » (par. 42). Puisque les négociations se poursuivaient, « [u]ne suspension administrative en attendant le règlement de la question concord[ait] tout à fait avec la nature de [la] relation [des parties] à l'époque » (par. 40). Il ajoute :

[TRADUCTION] À mon avis, la directive de la Commission [de ne pas se présenter au travail confirmait seulement] ce que M. Potter savait déjà et avait indiqué qu'il accepterait si les conditions étaient satisfaisantes, à savoir que la Commission voulait racheter son contrat. Elle assurait aussi qu'il n'arriverait rien qui puisse compliquer les négociations [en vue d'un] règlement amiable.

Aucune preuve n'indique que le conseil l'aurait avisé qu'il avait l'intention de prendre des mesures en vue de son congédiement. D'après la preuve présentée à la Cour, je conclus que la mesure radicale [que M. Potter] a prise en intentant une poursuite [contre] son employeur n'était la réaction à aucun acte unilatéral de l'employeur qu'une personne raisonnable pourrait interpréter comme [répudiation] du contrat. M. Potter continuait de recevoir en entier son salaire et ses avantages, et si, comme il le dit, il ressentait la pression de l'incertitude de sa situation, il lui suffisait de créer une preuve documentaire en demandant des éclaircissements. [par. 43-44]

[74] Even if I were to adopt Grant J.'s characterization of the Commission's reason for suspending Mr. Potter, I would nevertheless find that the Board lacked the authority to suspend Mr. Potter indefinitely with pay to facilitate the negotiation of a buyout of his contract.

[75] I will now address the Commission's main argument that it had no duty to provide Mr. Potter with work. Before doing so, however, I would note that the Board did not merely withhold work from Mr. Potter; it ordered him to stay away from the office and designated a replacement. Moreover, even if the Board had an implied authority to relieve Mr. Potter of some or all of his statutory duties, it is my view that such an authority is not unfettered, but is subject to a basic requirement of business justification. Because no legitimate business reasons were given in this case, I find that the suspension was unauthorized.

(c) *The Commission Had a Duty to Provide Mr. Potter With Work*

[76] In the Commission's view, the question is not whether it had the authority to suspend Mr. Potter, but whether it had a duty to provide him with work. Since most employment contracts do not impose such an obligation, and since there was traditionally no general common law duty to provide work, the Commission submits that an administrative suspension with pay would only rarely constitute a breach of contract: *Turner v. Sawdon & Co.*, [1901] 2 K.B. 653 (C.A.). The traditional common law principle was that "the obligation to keep an employee retained and employed did not necessarily import an obligation on the part of the employer to supply work" (*Park*, at p. 113). There are recognized exceptions to this principle:

One exception relates to contracts of employment where there is a benefit to the employee, such as an actress, or a radio or television performer, from the performance of the work. A second is where the employee's remuneration is by commission. [*ibid.*]

[74] Même si je convenais que tel était le motif de la suspension de M. Potter par la Commission, je conclurais quand même que le conseil n'avait pas le pouvoir de suspendre indéfiniment le salarié avec salaire pour faciliter la négociation d'une indemnité de départ.

[75] Je me pencherai maintenant sur la thèse principale de la Commission selon laquelle elle n'avait pas l'obligation de fournir du travail à M. Potter. Je fais cependant observer que le conseil ne s'est pas seulement abstenu de donner du travail à M. Potter; il lui a enjoint de ne pas se présenter au bureau et il l'a remplacé. De plus, même si le conseil avait le pouvoir tacite de dépouiller M. Potter de la totalité de ses fonctions ou de certaines d'entre elles, j'estime que ce pouvoir n'était pas absolu, mais que son exercice était assujéti au respect de l'exigence fondamentale d'une justification organisationnelle. Aucun motif organisationnel légitime n'ayant été invoqué en l'espèce, je conclus que la suspension n'était pas autorisée.

(c) *La Commission avait l'obligation de fournir du travail à M. Potter*

[76] Selon la Commission, il s'agit non pas de savoir si elle avait le pouvoir de suspendre M. Potter, mais bien si elle avait ou non l'obligation de lui fournir du travail. Comme la plupart des contrats de travail n'imposent pas une telle obligation à l'employeur et que, traditionnellement, il n'existe pas, en common law, d'obligation générale de fournir du travail, la Commission soutient que la suspension administrative avec salaire constitue rarement une violation du contrat (*Turner c. Sawdon & Co.*, [1901] 2 K.B. 653 (C.A.)). En common law, la règle traditionnelle veut que [TRADUCTION] « l'obligation de l'employeur de maintenir le salarié dans son emploi n'emporte pas nécessairement celle de lui fournir du travail » (*Park*, par. 113). Il existe des exceptions à cette règle :

[TRADUCTION] L'une de ces exceptions vise le contrat de travail dans le cadre duquel le salarié — une actrice, ou un animateur de radio ou de télévision, par exemple — retire un avantage de l'accomplissement de son travail. Le cas du salarié rémunéré à la commission en est une deuxième. [*ibid.*]

However, the trial judge held, and the Commission argues, that these exceptions do not apply in the case at bar.

[77] In *Park*, a company's president and CEO was given notice of termination and ordered not to go to the office during the notice period. The court found that both of the exceptions applied: first, part of Mr. Park's remuneration was in the form of a bonus and, second, he derived a reputational benefit from the performance of his work in that, "As the chief executive officer he was primarily responsible for the operations of the company, and the success or failure of the company was a reflection of his performance in that role" (p. 113). Mr. Park's suspension was accordingly found to be wrongful, and he was awarded damages. The opposite result was reached in *Suleman v. B.C. Research Council* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 138 (C.A.), in which an administrative assistant was given notice of termination "on the basis of insufficient work" (p. 139). Because no attempt had been made to show that Ms. Suleman's circumstances fell under either of the exceptions to the traditional rule, there was no obligation to provide her with work, and the reduction of her workload during the notice period was found not to be wrongful.

[78] In the case at bar, Grant J. distinguished *Park* on the basis that it had involved not a suspension, but a "complete removal of [Mr. Park's] duties and powers", whereas this case does involve a suspension, one that was imposed pending the resolution of negotiations aimed at buying out Mr. Potter's contract (para. 42). With respect, I find this distinction unpersuasive. Although Mr. Potter was not paid by commission, he was the executive director of a government program whose success, like that of the company run by Mr. Park, was associated with his performance. I have no doubt that Mr. Potter derived a reputational benefit from the performance of his work.

Or, le juge de première instance conclut — et la Commission soutient — que ces exceptions ne s'appliquent pas en l'espèce.

[77] Dans l'affaire *Park*, le président et directeur général d'une société avait reçu un préavis de cessation d'emploi et s'était vu enjoindre de ne pas se présenter au travail au cours de la période visée par le préavis. La cour a conclu que les deux exceptions s'appliquaient. Premièrement, une partie de la rémunération de M. Park était versée sous forme de bonus et, deuxièmement, l'exercice de ses fonctions lui conférait un avantage sur le plan de la réputation : [TRADUCTION] « En tant que chef de la direction, il était le premier responsable des activités de la société, si bien que la réussite ou l'échec de l'entreprise était attribué à la manière dont il s'acquittait de cette fonction » (p. 113). La suspension a donc été jugée injustifiée, et M. Park a obtenu des dommages-intérêts. La conclusion contraire a été tirée dans *Suleman c. B.C. Research Council* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 138 (C.A.), où une adjointe administrative s'était vu signifier la cessation de son emploi [TRADUCTION] « en raison d'un manque de travail » (p. 139). Madame Suleman n'ayant pas tenté d'établir que sa situation correspondait à l'une des exceptions prévues à la règle traditionnelle, l'employeur n'était pas tenu de lui fournir du travail, et la diminution de sa charge de travail pendant la période de préavis n'a pas été jugée injustifiée.

[78] Dans la présente affaire, le juge Grant a établi une distinction avec l'affaire *Park* puisque, dans cette dernière, il n'y avait pas eu suspension, mais [TRADUCTION] « les fonctions et les pouvoirs confiés [à M. Park] avaient été enlevés », alors que, en l'espèce, il y a eu suspension jusqu'au dénouement des négociations relatives au versement d'une indemnité de départ à M. Potter (par. 42). Avec égards, la distinction ne me convainc pas. Bien que M. Potter n'ait pas été rémunéré à la commission, il était directeur général d'un programme gouvernemental dont la réussite, comme celle de la société dirigée par M. Park, était attribuée à la manière avec laquelle il s'acquittait de ses fonctions. Il ne fait pas de doute, selon moi, que M. Potter retirait de l'exercice de ses fonctions un avantage sur le plan de la réputation.

[79] Grant J. seemed to suggest that Mr. Park’s suspension was more troubling because it was for a finite period — the period of his notice of termination — but in my opinion the opposite is true. The indefinite duration of Mr. Potter’s suspension created uncertainty that exacerbated the impact of the suspension. In both cases, the employee was directed to stay away from the office and was replaced for the duration of the suspension.

[80] Finally, whereas Mr. Park’s powers and duties had been assigned to him solely by the company’s directors, those of Mr. Potter were set out comprehensively in the *Legal Aid Act*: see ss. 39(6), 40(1), 41(1), 42, 50(2), 51(1), 52(8), 53(2) and 53(3). His suspension made it impossible to fulfill numerous statutory obligations. Mr. Potter recognized this when his counsel requested clarification of the suspension: “Given that Mr. Potter occupies a position which sets out a statutory obligation to perform the duties of his position, can you confirm whether the Board has suspended Mr. Potter[?]”

[81] In short, by arguing that it did not have a duty to provide Mr. Potter with work, the Commission effectively denies that he was suspended on the basis that no term of the contract was changed. For the above reasons — the nature of the Executive Director’s position and the detail in which Mr. Potter’s obligations were defined in the contract — I cannot accept the view that the Board had no obligation to provide Mr. Potter with work. For the reasons that follow, however, I would prefer not to rest my conclusion solely on the particular features of Mr. Potter’s employment situation.

(d) *An Employer’s Authority to Withhold Work Is Never Unfettered*

[82] In my view, even if the exceptions under which an employer would be required to provide an employee with work do not apply, the employer does not have an unfettered discretion to withhold work. To the extent that the proposition that the

[79] Le juge Grant semble suggérer que la suspension de M. Park est plus problématique parce que sa durée est définie et correspond au préavis de licenciement. J’estime pour ma part que c’est plutôt le contraire. La durée indéfinie de la suspension de M. Potter a causé une incertitude qui a exacerbé les conséquences de la mesure. Dans les deux cas, l’employeur a enjoint au salarié de ne pas se présenter au travail et l’a remplacé pendant la suspension.

[80] Enfin, tandis que les pouvoirs et les fonctions de M. Park lui étaient assignés uniquement par les administrateurs de la société, ceux de M. Potter étaient énoncés de manière exhaustive dans la *Loi sur l’aide juridique* (voir l’art. 42 et les par. 39(6), 40(1), 41(1), 50(2), 51(1), 52(8), 53(2) et 53(3)). La suspension de M. Potter l’a empêché de s’acquitter de nombreuses obligations prévues par la Loi. M. Potter l’a reconnu indirectement lorsque son conseiller juridique a demandé des éclaircissements sur la suspension : [TRADUCTION] « Étant donné que M. Potter occupe un poste qui comporte l’obligation légale d’exercer ses fonctions, pouvez-vous confirmer que le conseil a suspendu M. Potter[?] »

[81] En somme, lorsqu’elle prétend ne pas avoir l’obligation de fournir du travail à M. Potter, la Commission nie en fait avoir suspendu ce dernier au motif qu’aucune condition du contrat n’a été modifiée. Pour les motifs qui précèdent, c’est-à-dire la nature du poste de directeur général et le détail avec lequel les obligations de M. Potter figuraient au contrat, je rejette le point de vue selon lequel le conseil n’avait pas l’obligation de fournir du travail à M. Potter. Toutefois, pour les motifs qui suivent, je préfère ne pas appuyer ma conclusion sur les seules caractéristiques particulières de la situation d’emploi de M. Potter.

d) *Le pouvoir de l’employeur de refuser du travail au salarié n’est jamais absolu*

[82] À mon avis, même si aucune des exceptions qui obligent l’employeur à fournir du travail au salarié ne s’applique, l’employeur n’a pas un pouvoir discrétionnaire absolu qui lui permet de s’en abstenir. À supposer que pareil pouvoir discrétionnaire

employer's discretion is absolute was ever valid, it has been overtaken by modern developments in employment law.

[83] Work is now considered to be “one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being” (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368). Thus, it is clear that the benefits derived from performing work are not limited to monetary and reputational benefits. Although I accept that employees who receive earnings from commissions or who derive a reputational benefit from the performance of their work are placed at a particular disadvantage should their employers refuse to provide them with work and that this justifies finding that an obligation to provide work is implied in the contract, I would caution against assuming that the converse is also true, namely that workers who are not included in those narrow categories derive no benefit whatsoever from the performance of their work and that their employers therefore have an unfettered discretion to suspend them with pay. Is it really the case that a president and CEO has, by virtue of his or her reputation, an implied right to work, whereas an administrative assistant, because his or her reputation is not valued, lacks any such right?

[84] In my view, the trial judge, in taking this category-based approach, on which the Commission relies, paid insufficient attention to the role of proportionality and balancing in modern employment law: *McKinley*, at para. 53. Even at common law, where the employer is not under a general obligation to provide work, the employer may not withhold work in bad faith or without justification. It may reduce an employee's workload or abolish his or her position for legitimate business reasons, as was done in *Suleman*, in which the employee's workload was reduced pending her termination owing to a shortage of work. However, I reject the proposition that an employer can refuse to provide

absolu ait jamais existé, l'évolution récente du droit du travail l'a écarté.

[83] On reconnaît de nos jours que « [l]e travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel » (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368). Il appert donc que les avantages tirés de l'exercice de fonctions n'ont pas trait qu'à la réputation et à la situation financière. Je conçois certes que les salariés qui sont rémunérés à la commission ou qui retirent de l'exercice de leurs fonctions un avantage lié à la réputation subissent un préjudice particulier lorsque leur employeur refuse de leur fournir du travail, ce qui justifie de voir dans le contrat de travail l'obligation tacite de leur en fournir. Il faut cependant se garder de conclure que l'inverse est aussi vrai — à savoir que les salariés qui n'appartiennent pas à ces catégories précises ne retirent aucun avantage de l'exercice de leurs fonctions, et que leur employeur a donc un pouvoir discrétionnaire absolu qui permet la suspension avec salaire. Peut-on vraiment affirmer que le président et directeur général, du fait de sa réputation, a le droit tacite de travailler, alors que l'adjointe administrative ne l'a pas parce que sa réputation importe peu?

[84] J'estime que l'approche compartimentée du juge de première instance, et sur laquelle s'appuie la Commission, ne tient pas suffisamment compte du rôle de la proportionnalité et de l'équilibre dans le droit du travail moderne (*McKinley*, par. 53). Même selon la common law, qui ne lui impose pas une obligation générale de fournir du travail, l'employeur ne peut refuser de donner du travail avec mauvaise foi ou de manière injustifiée. Il peut réduire la charge de travail du salarié ou abolir son poste pour des motifs organisationnels légitimes, comme dans l'affaire *Suleman*, où la charge de travail de la salariée avait été réduite jusqu'à son licenciement pour manque de travail. Toutefois, je



work to an employee to whom the exceptions discussed above do not apply — let alone suspend and replace such an employee — for just any reason. That would undermine the non-monetary benefit all workers may in fact derive from the performance of their work. It would also be inconsistent with the employer’s duty of good faith and fair dealing that has been gaining acceptance at common law: see D. J. Doorey, “Employer ‘Bullying’: Implied Duties of Fair Dealing in Canadian Employment Contracts” (2005), 30 *Queen’s L.J.* 500.

[85] To summarize, it is not true that one category of employees benefits from a duty to provide work that means that a suspension with pay amounts to constructive dismissal, whereas suspension with pay is authorized for another category of employees that benefits from no such duty. The determination will be fact-specific in each case. The common law exceptions remain useful as indicators that an employer has implied contractual obligations. For employees who receive earnings from commissions or who derive a reputational benefit from the performance of their work, suspension with pay will constitute a direct breach of an implied contractual term. That being said, no employer is at liberty to withhold work from an employee either in bad faith or without justification. The question is whether, in the circumstances of the particular case, the employer has demonstrated that the administrative suspension of the employee with pay is justified.

(e) *An Administrative Suspension Must Be Both Reasonable and Justified*

[86] Courts have developed a number of approaches to determining whether an administrative suspension is authorized by a contract. None of them apply directly to the situation in this case, but the principles on which they are all based are relevant. In my view, common threads can be identified in this Court’s multi-factored approach in *Cabiakman* to the administrative suspension of an employee against whom criminal charges were pending in Quebec, the approach to the same issue taken by courts in the

rejette l’idée que l’employeur puisse, pour n’importe quelle raison, refuser du travail au salarié auquel ne s’appliquent pas les exceptions susmentionnées, encore moins le suspendre et le remplacer. Souscrire à cette idée compromettrait l’avantage non pécuniaire que tout salarié tire de l’exécution de son travail. Ce serait aussi incompatible avec l’obligation de l’employeur d’agir de bonne foi et de traiter ses salariés équitablement, une obligation de plus en plus reconnue en common law (voir D. J. Doorey, « Employer “Bullying” : Implied Duties of Fair Dealing in Canadian Employment Contracts » (2005), 30 *Queen’s L.J.* 500).

[85] En résumé, il est faux de prétendre que l’employeur a l’obligation de fournir du travail à certains salariés dont la suspension avec salaire équivaut par conséquent à un congédiement déguisé, alors qu’il n’a pas cette obligation à l’égard d’autres salariés dont la suspension avec salaire est par conséquent autorisée. La décision doit être basée sur les faits de chaque espèce. Les exceptions prévues en common law demeurent utiles pour cerner les obligations contractuelles tacites de l’employeur. En ce qui concerne les salariés rémunérés à la commission ou qui retirent de l’exercice de leurs fonctions un avantage lié à la réputation, la suspension avec salaire constitue une violation directe d’une condition tacite du contrat. Cela dit, il n’est pas loisible à l’employeur de refuser du travail au salarié avec mauvaise foi ou de manière injustifiée. La question est de savoir si, eu égard aux faits de l’espèce, l’employeur a établi ou non la justification de la suspension administrative avec salaire.

(e) *La suspension administrative doit être raisonnable et justifiée*

[86] Les tribunaux ont mis au point un certain nombre de méthodes pour déterminer si un contrat autorise ou non la suspension administrative. Aucune ne s’applique d’emblée à la situation précise qui nous intéresse, mais les principes qui les sous-tendent toutes sont pertinents. Des éléments communs se dégagent de l’approche multifactorielle adoptée par notre Cour dans *Cabiakman* relativement à la suspension administrative d’un salarié contre lequel pesaient des accusations criminelles

common law provinces, and the approach adopted by the New Brunswick Court of Appeal in the case at bar. All the courts in question have imposed on the employer a basic requirement of a good faith business justification. The factors they have applied include, but are not limited to, the existence of legitimate business reasons, good faith, the duration of the suspension, and whether the suspension was with pay. All the relevant factors go to the fundamental question whether the employer's decision to suspend was both reasonable and justified in the circumstances. As was made clear in *Cabiakman*, it is the employer that bears the burden of establishing that the suspension satisfies these two criteria (para. 67).

[87] In *Cabiakman*, this Court addressed, albeit in the civil law context, the scope of an employer's authority to impose an administrative suspension on an employee against whom criminal charges have been laid. The Court defined the employer's "residual power" to suspend as follows:

This residual power to suspend for administrative reasons because of acts of which the employee has been accused is an integral part of any contract of employment, but it is limited and must be exercised in accordance with the following requirements: (1) the action taken must be necessary to protect legitimate business interests; (2) the employer must be guided by good faith and the duty to act fairly in deciding to impose an administrative suspension; (3) the temporary interruption of the employee's performance of the work must be imposed for a relatively short period that is or can be fixed, or else it would be little different from a resiliation or dismissal pure and simple; and (4) the suspension must, other than in exceptional circumstances that do not apply here, be with pay. [para. 62]

In *Cabiakman*, the employee, a sales manager, had been charged with conspiracy to extort money from his securities broker, and after pleading not guilty to the offence, was suspended by his employer without pay pending resolution of the charges. The suspension was found to have been justified, as the

au Québec, de l'approche des tribunaux appelés à se prononcer sur la même question dans les provinces de common law et de l'approche de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick en l'espèce. Dans chaque cas, le tribunal a imposé à l'employeur l'obligation fondamentale d'établir que la mesure était justifiée par de véritables motifs commerciaux ou organisationnels. Parmi les éléments considérés, mentionnons entre autres l'existence de motifs organisationnels légitimes, la bonne foi, la durée de la suspension et le maintien de la rémunération ou sa cessation. Tous ces éléments importent pour répondre à la question fondamentale, à savoir si la décision de l'employeur de suspendre le salarié était à la fois raisonnable et justifiée dans les circonstances. Dans *Cabiakman*, la Cour a affirmé clairement que c'est à l'employeur qu'il incombe de prouver que la suspension satisfait à ces deux exigences (par. 67).

[87] Dans cet arrêt, notre Cour examine, bien que dans un contexte de droit civil, l'étendue du pouvoir de l'employeur de suspendre administrativement un salarié accusé au criminel. Voici comment elle définit le « pouvoir résiduel » de suspendre :

Ce pouvoir résiduel de suspendre pour des motifs administratifs en raison d'actes reprochés à l'employé fait partie intégrante de tout contrat de travail mais est limité et doit être exercé selon les conditions suivantes : (1) la mesure prise doit être nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'entreprise; (2) la bonne foi et le devoir d'agir équitablement doivent guider l'employeur dans sa décision d'imposer une suspension administrative; (3) l'interruption provisoire de la prestation de l'employé doit être prévue pour une durée relativement courte, déterminée ou déterminable, faute de quoi elle se distinguerait mal d'une résiliation ou d'un congédiement pur et simple; (4) la suspension est en principe imposée avec solde, sous réserve de cas exceptionnels qui ne se posent pas en l'espèce. [par. 62]

Dans cette affaire, le salarié, un directeur des ventes, a été accusé de complot en vue d'extorquer de l'argent à son courtier en valeurs mobilières. Après qu'il eut inscrit un plaidoyer de non-culpabilité, son employeur l'a suspendu sans salaire jusqu'à ce que jugement soit rendu sur l'accusation. La Cour

employer had imposed it for legitimate business reasons relating to the company's image and reputation. However, the employer could not justify its decision not to pay the employee during the suspension period: "... in the context of a suspension that at all times remained administrative in nature, there was no reason to refuse to pay the salary of an employee who remained available to work" (para. 79; see also paras. 76-78 and 80).

[88] The Court did not hold that an employer that pays its employee during the period of an administrative suspension need not show that the suspension is justified: "Even if an employee is suspended with pay, it may be that the suspension will ultimately be treated as a unilateral resiliation of the contract if the end result is not the reinstatement of the employee. Also, the initial suspension could turn into a constructive dismissal or be regarded as one because of its length or because of an indefinite or excessive extension" (para. 71).

[89] The Court emphasized that its reasoning applied in the context of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q."), which includes the following reciprocal obligations: "The employer agrees to allow the employee to perform the work agreed upon, to pay the employee remuneration and to take any necessary measures to protect the employee's health, safety and dignity (art. 2087 C.C.Q.). The employee is bound to carry out his or her work with prudence and diligence and to act faithfully and honestly toward the employer (art. 2088 C.C.Q.)" (para. 29). The same reasoning cannot therefore be applied routinely to contracts in the common law context, as the same obligations do not exist at common law.

[90] That being said, in *Farber*, the leading authority on constructive dismissal and a case that originated in Quebec, Gonthier J. had noted, at para. 35, that the law of constructive dismissal in Quebec is similar to that of the rest of Canada: "Thus, although decisions from the common law provinces are not authoritative, it may be helpful to refer to them to see what types of changes the

a considéré que la suspension était justifiée, car l'employeur avait adopté la mesure pour des motifs commerciaux légitimes liés à l'image de l'entreprise et à sa réputation. Toutefois, l'employeur n'a pas justifié sa décision de ne pas rémunérer le salarié pendant sa suspension : « ... dans le contexte d'une suspension qui a toujours conservé un caractère administratif, on ne retrouve pas de motif de refuser le paiement du salaire à un employé qui demeure disponible » (par. 79; voir aussi par. 76-78 et 80).

[88] La Cour ne conclut pas que l'employeur qui rémunère son salarié pendant la durée d'une suspension administrative n'a pas à démontrer que la mesure est justifiée : « ... même si un salarié est suspendu avec solde, il est possible que la suspension soit traitée éventuellement comme une résiliation unilatérale du contrat si elle ne se résout pas par la réintégration du salarié. De plus, il se peut que la suspension initiale se transforme en congédiement déguisé ou soit considérée comme tel en raison de sa durée même ou à cause d'une prolongation indéterminée ou excessive » (par. 71).

[89] La Cour dit formuler son raisonnement en fonction du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »), qui impose les obligations synallagmatiques suivantes : « ... l'employeur s'engage à permettre au salarié d'exécuter la prestation de travail convenue, à lui verser rémunération et à prendre les mesures nécessaires en vue de protéger sa santé, sa sécurité et sa dignité (art. 2087 C.c.Q.). [Pour sa] part, le salarié est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence et d'agir avec loyauté et honnêteté envers son employeur (art. 2088 C.c.Q.) » (par. 29). Le même raisonnement ne vaut donc pas d'emblée pour les contrats régis par la common law, car les mêmes obligations n'existent pas dans cet autre système de droit.

[90] Cela dit, dans *Farber*, l'arrêt de principe en la matière rendu dans un dossier provenant du Québec, le juge Gonthier souligne au par. 35 la similarité du droit québécois et du droit des autres provinces canadiennes en matière de congédiement déguisé : « Ainsi, bien que les décisions des provinces de common law ne fassent pas autorité, il peut être intéressant de s'y référer afin de vérifier

courts have considered fundamental changes to an employment contract resulting in the termination of that contract.” Likewise, the principles underlying the Court’s analysis of administrative suspensions in *Cabiakman* were drawn from a large body of arbitral jurisprudence that has influenced both common law and civil law employment norms. In that case, the Court referred, *inter alia*, to the Quebec case of *Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec*, [1991] T.A. 666, in which an arbitrator, citing *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal*, [1984] T.A. 668, at p. 671, in which another arbitrator, relying on D. J. M. Brown and D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (2nd ed. 1984), the leading Canadian authority on labour arbitration, had stated:

... in assessing the appropriateness of a suspension pending trial, rather than inquiring into the guilt or innocence of the accused employee, arbitrators will attempt to determine whether the effects of the alleged offence on the employment relationship are such that continuation of the employment pending the decisions of the competent authorities would create sufficient serious and immediate risk, contrary to the employer’s legitimate interests, which encompass the employer’s financial integrity, the safety and security of its property and of the other employees, and its reputation.

(*Cabiakman*, at para. 66)

[91] In the common law provinces, as in Quebec, courts have begun to apply the principles discussed above in the context of non-unionized workplaces by imposing a basic requirement of business justification on an employer that suspends an employee for administrative reasons. In one case, *Reininger v. Unique Personnel Canada Inc.* (2002), 21 C.C.E.L. (3d) 278 (Ont. S.C.J.), a truck driver was suspended without pay for a 90-day period during which his driver’s licence was to be suspended and then until after his trial on criminal charges. After finding that an authority to suspend was implied in the contract on the basis of company policy and practices, as well as other factors (paras. 17-20), Howden J. inquired into whether the suspension was reasonable

quelles modifications les tribunaux ont considérées être des modifications fondamentales du contrat d’emploi entraînant la résiliation dudit contrat. » De même, dans *Cabiakman*, les principes qui sous-tendent l’analyse de la suspension administrative par la Cour sont tirés d’une abondante jurisprudence arbitrale qui a influé sur les normes d’emploi applicables tant en common law qu’en droit civil. Dans cet arrêt, la Cour renvoie entre autres à la décision québécoise *Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec*, [1991] T.A. 666, dans laquelle un arbitre, qui cite *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal*, [1984] T.A. 668, p. 671, dans laquelle un autre arbitre, s’appuyant sur l’ouvrage de D. J. M. Brown et de D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (2<sup>e</sup> éd. 1984), qui fait le plus autorité au Canada au chapitre de l’arbitrage en droit du travail, dit ce qui suit :

... en évaluant la justesse d’une suspension en attendant le procès, au lieu de rechercher la culpabilité ou l’innocence du salarié accusé, les arbitres vont tenter de déterminer si l’infraction alléguée a des effets sur la relation d’emploi de façon telle que la continuation de celui-ci, en attendant les décisions des autorités compétentes, présenterait des risques sérieux et immédiats suffisants contraires aux intérêts légitimes de l’employeur, qui englobent son intégrité financière, la sécurité et la sûreté de ses propriétés et des autres employés, sa réputation.

(*Cabiakman*, par. 66)

[91] Dans les provinces de common law comme au Québec, les tribunaux ont entrepris d’appliquer les principes susmentionnés aux milieux de travail non syndiqués et d’imposer à l’employeur l’obligation fondamentale d’établir la justification organisationnelle de la suspension administrative d’un salarié. Dans l’affaire *Reininger c. Unique Personnel Canada Inc.* (2002), 21 C.C.E.L. (3d) 278 (C.S.J. Ont.), un camionneur avait été suspendu sans salaire pendant la période de 90 jours au cours de laquelle son permis de conduire était suspendu, puis jusqu’à ce qu’il soit statué sur les accusations dont il faisait l’objet. Après avoir conclu que le contrat conférait le pouvoir tacite de suspendre le salarié au vu des politiques et des pratiques de

or justified. Finding that no framework had yet been developed by common law courts, he drew factors from arbitral jurisprudence on the same question, and in particular from a test adopted in *Re Ontario Jockey Club and Mutuel Employees' Association, Service Employees' International Union, Local 528* (1977), 17 L.A.C. (2d) 176 (Ont.), and adapted them to the case before him. He synthesized these factors as follows (*Reininger*, at para. 42):

- 1) The onus is on the employer to demonstrate to the court on a civil standard of proof that a reasonably serious and immediate risk to the employer's legitimate interests exists. The employer must establish that the nature of the charge is such as to be potentially harmful to the employer's reputation or product, or that it will render the employee unable properly to perform his duties, or that it will have a harmful effect on its employees or customers.
- 2) The employer must show that it made a genuine attempt to assess the risk of continuing employment, including making its own investigation or inquiry. The fact that the police have investigated the matter and have acquired the evidence to lay the charge significantly lessens the burden of investigation on the employer.
- 3) The employer must also show that it has taken reasonable steps to ascertain whether the risk of continued employment might be mitigated through such techniques as closer supervision or transfer to another position.
- 4) There is a continuing onus on the employer during a period of suspension to consider objectively the possibility of reinstatement within a reasonable period of time following suspension in light of new facts or circumstances that may come to its attention.

[92] On the facts of the case before him, Howden J. found that the suspension without pay was justified for the 90-day period during which the employee's driver's licence was suspended and no other position was available. However, he considered it unreasonable for the employer to have

l'entreprise, ainsi que d'autres facteurs (par. 17-20), le juge Howden s'est demandé si la suspension était raisonnable ou justifiée. Constatant que les tribunaux de common law n'avaient établi aucun cadre juridique, il a repris les facteurs issus de la jurisprudence arbitrale sur le sujet, notamment un critère retenu dans *Re Ontario Jockey Club and Mutuel Employees' Association, Service Employees' International Union, Local 528* (1977), 17 L.A.C. (2d) 176 (Ont.), et il les a adaptés à l'affaire dont il était saisi. Voici sa synthèse de ces facteurs (*Reininger*, par. 42) :

[TRADUCTION]

- 1) Il incombe à l'employeur de démontrer au tribunal, selon la norme de preuve en matière civile, l'existence d'un risque raisonnablement sérieux et immédiat pour ses intérêts légitimes. Il doit établir que, par sa nature, l'accusation est susceptible de porter atteinte à sa réputation ou à son produit, qu'elle sera préjudiciable à ses salariés ou à ses clients ou qu'elle rendra le salarié inapte au bon accomplissement de ses tâches.
- 2) L'employeur doit établir qu'il a fait de véritables efforts pour évaluer le risque du maintien du salarié dans son poste, notamment en faisant sa propre enquête ou ses propres vérifications. Le fait que la police a enquêté et recueilli des éléments de preuve avant de porter l'accusation atténue considérablement l'obligation de vérification de l'employeur.
- 3) Il incombe également à l'employeur de démontrer qu'il a pris des mesures raisonnables pour déterminer si le risque lié au maintien du salarié dans son poste pouvait être réduit par des mesures telles que la surveillance serrée ou la mutation à un autre poste.
- 4) Durant toute la suspension, il incombe à l'employeur de considérer objectivement la possibilité de réintégrer le salarié dans son poste dans un délai raisonnable une fois la suspension terminée, à la lumière des faits nouveaux ou des circonstances nouvelles portés à son attention.

[92] Eu égard aux faits de l'espèce, le juge Howden conclut que la suspension sans salaire était justifiée pendant les 90 jours au cours desquels le permis de conduire du salarié était suspendu et aucun autre poste n'était disponible. Il estime toutefois qu'il n'était pas raisonnable de



imposed a further suspension pending the outcome of the employee's criminal trial.

[93] Although the tests from *Reininger* and *Cabiakman* were developed in the contexts of different legal systems, they both incorporate principles from the collective bargaining context and are, as a result, quite similar. For the determination of whether a suspension is justified, both tests focus on the need for legitimate business reasons, good faith and a minimal impact in terms of duration. (Incidentally, the test from *Reininger*, unlike the one from *Cabiakman*, does not address the requirement that the employee be paid, given that in the former case, the issue was analyzed through the lens of a disciplinary suspension, which means that it was assumed that the employee would not be paid.)

[94] As I mentioned above, the test relied on by the Court of Appeal in the instant case was taken from *Devlin*. In that case, the employee, the president and CEO of a company, had been suspended by a newly elected slate of directors who were dissatisfied with his management record. Silverman J., citing *Pierce v. Canada Trust Realtor* (1986), 11 C.C.E.L. 64 (Ont. H.C.J.), and *MacKay v. Avco Financial Services Canada Ltd.* (1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 353 (P.E.I.S.C. (T.D.)), set out the following list of factors — reproduced here once again for ease of reference — to consider in determining whether a suspension of an employee amounts to a constructive dismissal (para. 50):

1. the duration of the suspension;
2. whether someone was appointed to replace the suspended employee;
3. whether the employee was asked for his or her keys;
4. whether the employee continued to be paid and receive benefits;
5. whether there is evidence that the employer intended to terminate the employee at that time; and

prolonger la suspension du salarié jusqu'au dénouement du procès criminel.

[93] Bien que les démarches adoptées dans *Reininger* et dans *Cabiakman* l'aient été en fonction de systèmes juridiques différents, elles font toutes deux appel à des principes dégagés dans le contexte de la négociation collective, de sorte qu'elles présentent une grande ressemblance. Pour déterminer si une suspension est justifiée, chacune des démarches met l'accent sur la nécessité de motifs organisationnels légitimes, sur la bonne foi et sur la réduction maximale de la durée de la mesure. (Signalons au passage que, à la différence de la Cour dans l'arrêt *Cabiakman*, le tribunal saisi dans *Reininger* ne se prononce pas sur la nécessité de rémunérer le salarié, car il examine la question en considérant que la suspension est de nature disciplinaire, de sorte qu'il est tenu pour acquis que le salarié n'est pas rémunéré.)

[94] Comme je le mentionne précédemment, le test appliqué par la Cour d'appel en l'espèce est issu de l'affaire *Devlin* où le salarié, président et directeur général d'une société, avait été suspendu par un nouveau conseil d'administration insatisfait du bilan de sa gestion. Citant *Pierce c. Canada Trust Realtor* (1986), 11 C.C.E.L. 64 (H.C.J. Ont.), et *MacKay c. Avco Financial Services Canada Ltd.* (1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 353 (C.S.Î.P.-É. (1<sup>re</sup> inst.)), le juge Silverman énumère les facteurs (reproduits à nouveau ci-après pour en faciliter la consultation) dont il faut tenir compte pour déterminer si la suspension d'un salarié équivaut ou non à un congédiement déguisé (par. 50) :

[TRADUCTION]

1. Combien de temps a duré la suspension?
2. Quelqu'un a-t-il été nommé pour remplacer le salarié suspendu?
3. A-t-on demandé au salarié de remettre ses clés?
4. Le salarié a-t-il continué à toucher son salaire et à bénéficier des avantages sociaux?
5. Existe-t-il une preuve que, à l'époque, l'employeur avait l'intention de licencier le salarié?

6. whether the employer suspended the employee in good faith, for example, for *bona fide* business reasons.

The court also noted, citing *Carscallen*, at para. 34, that a suspension with pay is less likely to be found to amount to a constructive dismissal than one without pay (*Devlin*, at para. 51).

[95] Although *Devlin* did not involve a suspension pending the resolution of criminal charges, these factors, like the ones considered in *Cabiakman* and in *Reininger*, focus on a need for legitimate business reasons, good faith, and minimization of the duration of the suspension. As in *Cabiakman*, the *Devlin* factors also emphasize the importance of the employee's being paid during the suspension period. In my view, the additional factors in the test from *Devlin* are consistent with the approach taken in *Cabiakman* and *Reininger*, and they help answer the fundamental question whether the suspension was reasonable and justified.

[96] For instance, the appointment of a replacement would suggest that the suspension was not temporary and would rule out certain possible business reasons, such as a shortage of work. Requiring that the employee turn in his or her keys would suggest a degree of permanence to the change and would indicate that the reasons for suspension were more likely related to the employee's conduct than to extrinsic business concerns.

- (f) *The Commission Has Failed to Establish That the Suspension Was Reasonable or Justified*

[97] I do not find it necessary to articulate a rigid framework for determining whether a particular administrative suspension is wrongful. The approach to be taken and the factors to be considered will depend on the nature and circumstances of the suspension. The overriding question will be whether the suspension was reasonable and justified. That

6. L'employeur a-t-il suspendu le salarié de bonne foi, par exemple pour de véritables motifs de nature organisationnelle?

Il ajoute en citant l'arrêt *Carscallen*, par. 34, qu'une suspension avec salaire est moins susceptible d'être assimilée à un congédiement déguisé qu'une suspension sans salaire (*Devlin*, par. 51).

[95] Certes, dans *Devlin*, il ne s'agissait pas d'une suspension jusqu'à ce qu'il soit statué sur des accusations au pénal, mais ces facteurs, comme ceux pris en compte dans *Cabiakman* et dans *Reininger*, s'attachent à la nécessité de motifs organisationnels légitimes, à la bonne foi et à la réduction maximale de la durée de la suspension. De plus, à l'instar des facteurs retenus dans l'arrêt *Cabiakman*, ils témoignent du caractère déterminant de la rémunération ou de la non-rémunération du salarié pendant la suspension. Selon moi, les éléments supplémentaires pris en compte dans *Devlin* sont compatibles avec la démarche du tribunal dans *Cabiakman* et *Reininger* et ils permettent de trancher la question fondamentale de savoir si la suspension était raisonnable et justifiée.

[96] À titre d'exemple, la nomination d'un remplaçant permet de penser que la suspension n'est pas temporaire et d'écarter certains motifs organisationnels possibles, tel le manque de travail. De même, exiger du salarié qu'il remette ses clés démontre que la modification est jusqu'à un certain point permanente et que c'est vraisemblablement la conduite du salarié, et non des préoccupations organisationnelles extrinsèques, qui motive la suspension.

- f) *La Commission n'a pas établi que la suspension était raisonnable ou justifiée*

[97] L'existence d'un cadre rigide ne me paraît pas nécessaire pour déterminer dans chaque cas si une suspension administrative est justifiée ou non. L'approche retenue et les facteurs pris en compte varient selon la nature de la suspension et les circonstances. La question primordiale est de savoir si la suspension était raisonnable et justifiée. Cela

said, it is clear from the above discussion that certain factors, while they may not be necessary, will always be relevant. These factors include the duration of the suspension, whether the suspension is with pay, and good faith on the employer's part, including the demonstration of legitimate business reasons.

[98] In my view, legitimate business reasons constitute a requirement for a finding that an administrative suspension based on an implied authority to suspend is not wrongful. Other than in the context of a disciplinary suspension, an employer does not, as a matter of law, have an implied authority to suspend an employee without such reasons. Legitimate business reasons must always be shown, although the nature or the importance of those reasons will vary with the circumstances of the suspension.

[99] In the instant case, this basic requirement was not met. To begin with, Mr. Potter was given no reasons for the suspension. It seems to me that, in most circumstances, an administrative suspension cannot be found to be justified in the absence of a basic level of communication with the employee. At a minimum, acting in good faith in relation to contractual dealings means being honest, reasonable, candid, and forthright: *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 66. Failing to give an employee any reason whatsoever for his suspension is, in my opinion, not being forthright. Moreover, the limited evidence presented in support of the Board's ostensible purpose of facilitating a buyout is undercut by the actions the Board took to have Mr. Potter terminated. As I mentioned above, the Board's resolution of January 5, 2010, and the January 11, 2010 letter to the Minister in which the Board recommended that Mr. Potter be terminated ought to have been admitted at this stage of the analysis. With respect, this constituted a significant error on the trial judge's part. Add to this the facts that Mr. Potter was replaced during the suspension period and that that period was indefinite, and there remains no doubt in my mind that the suspension was unauthorized. To reiterate, which factors must

dit, il ressort de l'examen qui précède que certains facteurs, même si leur prise en compte n'est pas nécessaire, seront toujours pertinents. Au nombre de ces facteurs, mentionnons la durée de la suspension, le fait qu'il s'agit d'une suspension avec ou sans salaire et la bonne foi de l'employeur, ce qui comprend l'existence avérée de motifs organisationnels légitimes.

[98] L'existence de motifs organisationnels légitimes représente selon moi une exigence à laquelle il faut satisfaire pour établir qu'une suspension administrative issue de l'exercice du pouvoir tacite de suspendre n'est pas injustifiée. Sauf dans le contexte disciplinaire, l'employeur n'a pas le pouvoir tacite de suspendre un salarié en l'absence de tels motifs. Il est toujours nécessaire d'établir l'existence de motifs organisationnels légitimes, quoique la nature ou l'importance de ceux-ci varient selon les circonstances de la suspension.

[99] En l'espèce, cette exigence fondamentale n'est pas satisfaite. D'abord, aucune raison n'a été donnée à M. Potter pour justifier la suspension. J'estime que, la plupart du temps, on ne peut conclure qu'une suspension administrative est justifiée s'il n'y a pas eu un minimum de communication avec le salarié. Dans une relation contractuelle, les parties doivent à tout le moins se montrer honnêtes, franches et raisonnables (*Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 66). Ne pas informer le salarié de ce qui motive sa suspension n'est pas franc. De plus, la preuve restreinte offerte pour étayer l'objectif déclaré du conseil — favoriser la conclusion d'un accord sur une indemnité de départ — est battue en brèche par les mesures prises par le conseil pour que M. Potter soit congédié. Rappelons que la résolution du conseil datée du 5 janvier 2010 et la lettre du 11 janvier 2010 recommandant au ministre le congédiement de M. Potter auraient dû être admises en preuve à cette étape de l'analyse. Avec égards, j'estime que le juge de première instance a commis une grave erreur sur ce point. Sans compter que M. Potter a été remplacé et que la durée de sa suspension était indéfinie, d'où mon opinion que la suspension n'était pas autorisée. Je le répète, les facteurs à considérer varient

be considered will vary with the context and will depend on the nature and circumstances of the suspension.

[100] The Court of Appeal applied the *Devlin* factors in upholding the trial judge's decision. I find that, in doing so, it overemphasized the fact that the suspension was with pay, underemphasized the absence of legitimate business reasons and disregarded the evidence of the Board's intention to terminate Mr. Potter. Even where an administrative suspension is with pay, an employer must still meet the basic requirement of a good faith business justification: see *Cabiakman*, at para. 71. The Commission had not shown that the suspension in this case was reasonable and justified.

[101] I would stress that, on the evidence, it cannot be said that Mr. Potter acquiesced in this change. Even if Mr. Potter was interested in a buyout, that interest can in no way be taken as consent to his suspension, nor can it be prejudicial to his position in his action, as the trial judge seemed to imply. In my opinion, Mr. Potter simply did what most employees would do if their employer raises the possibility of a buyout: listen to the offer and, depending on its terms, consider accepting it.

[102] I wish to go back for a moment to situate the analysis within the framework of the test for constructive dismissal. The fact that the suspension was unauthorized establishes that a breach of the employment contract has occurred. Because the Board has failed to establish that the suspension was reasonable or justified, it cannot argue that it was acting pursuant to an implied term of the contract, which means that the suspension constituted a unilateral act. Mr. Potter has accordingly discharged his burden at the first step of the analysis. As I explained above, whether a breach has occurred must be determined objectively, and what a reasonable person in the employee's circumstances would have known or ought to have foreseen is not relevant at this step.

selon le contexte et dépendent de la nature de la suspension et de ses circonstances.

[100] La Cour d'appel confirme la conclusion du juge de première instance à la lumière des facteurs énumérés dans *Devlin*. J'estime que, ce faisant, elle accorde trop d'importance au fait que M. Potter a été suspendu avec salaire et trop peu à l'absence de motifs organisationnels légitimes, et qu'elle écarte la preuve de l'intention du conseil de congédier M. Potter. Même lorsqu'un salarié fait l'objet d'une suspension administrative avec salaire, l'employeur doit satisfaire à l'exigence fondamentale d'un motif commercial ou organisationnel légitime (voir *Cabiakman*, par. 71). La Commission n'a pas établi que, en l'espèce, la suspension était raisonnable et justifiée.

[101] Je souligne que, selon la preuve, on ne peut affirmer que M. Potter a acquiescé à la modification. Même s'il désirait mettre fin à son contrat moyennant une indemnité, et malgré ce que laisse entendre le juge de première instance, on ne peut voir dans cet intérêt un consentement à la suspension ou un élément préjudiciable à sa thèse. J'estime que M. Potter a simplement fait ce que font la plupart des salariés lorsque l'employeur évoque la possibilité d'une indemnité de départ, soit écouter l'offre et, selon sa teneur, envisager de l'accepter.

[102] Mais revenons un moment sur l'analyse que commande le critère applicable au congédiement déguisé. L'absence d'autorisation de la suspension démontre qu'il y a eu violation du contrat de travail. Le conseil ayant omis de démontrer que la suspension était raisonnable ou justifiée, il ne pouvait prétendre agir sur la base d'une condition tacite du contrat, de sorte que la suspension constitue un acte unilatéral. M. Potter s'est donc acquitté de son fardeau de preuve à la première étape de l'analyse. Le fait qu'il y a eu violation ou non doit être déterminé de manière objective, et ce qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que le salarié aurait su ou aurait dû raisonnablement prévoir importe peu à cette étape.

[103] As I also explained above, in a constructive dismissal case involving an administrative suspension, the burden shifts to the employer to show that the suspension was reasonable. With respect, the trial judge therefore erred in placing the burden on Mr. Potter to show that it was unreasonable. And he also erred in conflating the first and second steps of the constructive dismissal analysis and in restricting evidence of the existence of the breach to what Mr. Potter knew or ought reasonably to have foreseen at the time of the unilateral act.

(4) The Unauthorized Suspension Amounts to Constructive Dismissal

[104] Having established that the suspension was unauthorized and therefore amounted to a breach of the employment contract, Mr. Potter must also satisfy the criteria of the second step of the first branch of the test for constructive dismissal. As I mentioned above, what must be determined at this step is whether at the time of the suspension, “a reasonable person in the same situation as [Mr. Potter] would have felt that the essential terms of the employment contract were being substantially changed” (*Farber*, at para. 26). It is at this stage of the analysis that the fact that Mr. Potter neither knew about nor could reasonably have been expected to know about the letter recommending the termination of his employment becomes relevant and that that letter must accordingly be excluded. As I will explain below, however, the exclusion of the letter does not affect the outcome of the analysis.

[105] It was reasonable for Mr. Potter to perceive the unauthorized unilateral suspension as a substantial change to the contract. As far as he knew, he was being indefinitely suspended and had been given no reason for the suspension. The letter to Mr. Potter stated that the suspension was to continue “until further direction from the Commission”. When Mr. Potter had his lawyer write to request clarification of the Board’s instructions, the Board persisted in its silence regarding the reason and simply stated that he “is not to return

[103] Rappelons que, dans le cas d’un congédiement déguisé issu d’une suspension administrative, il appartient à l’employeur d’établir que la mesure était raisonnable. Avec égards, le juge de première instance a donc tort de conclure qu’il incombait à M. Potter de prouver que la suspension était déraisonnable. Qui plus est, il fait erreur en confondant les première et seconde étapes de l’analyse que commande l’allégation de congédiement déguisé et en considérant que seul ce que savait M. Potter au moment de l’acte unilatéral ou ce qu’il aurait dû alors raisonnablement prévoir était susceptible de prouver la violation.

(4) La suspension non autorisée équivaut à un congédiement déguisé

[104] Comme il est établi que la suspension n’était pas autorisée et qu’elle équivalait donc à une violation du contrat de travail, M. Potter doit également satisfaire à la seconde exigence du premier volet du critère pour qu’il y ait congédiement déguisé. En effet, il faut alors déterminer si, au moment de la suspension, « une personne raisonnable, se trouvant dans la même situation que [M. Potter], aurait considéré qu’il s’agissait d’une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail » (*Farber*, par. 26). C’est à cette étape de l’analyse que devient pertinent le fait que M. Potter ignorait l’existence de la lettre recommandant son congédiement ou qu’on ne pouvait raisonnablement s’attendre à ce qu’il en connaisse l’existence, de sorte que la lettre doit être exclue de la preuve. Or, comme je l’indique ci-après, l’exclusion de la lettre ne modifie en rien l’issue de l’analyse.

[105] Il était raisonnable que M. Potter voie dans sa suspension unilatérale non autorisée une modification substantielle de son contrat de travail. Pour autant qu’il savait, l’employeur le suspendait indéfiniment sans justifier la mesure. Selon la lettre qui lui était adressée, la suspension s’appliquait jusqu’à ce que [TRADUCTION] « [la Commission] ait donné de nouvelles directives ». Lorsque son conseiller juridique a demandé des éclaircissements sur les directives de l’employeur, le conseil a persisté dans son refus de justifier la mesure et s’est contenté de



to work until further notice”. In my opinion, that is sufficient to discharge Mr. Potter’s burden here. Knowledge of the reasons given by the Commission at trial should not be imputed to Mr. Potter as of the time of the suspension.

[106] I would suggest that in most cases in which a breach of an employment contract results from an unauthorized administrative suspension, a finding that the suspension amounted to a substantial change is inevitable. If the employer is unable to show the suspension to be reasonable and justified, there is little chance, to my mind, that the employer could then turn around and say that a reasonable employee would not have felt that its unreasonable and unjustified acts evinced an intention no longer to be bound by the contract. Any exception to this rule would likely arise only if the unauthorized suspension was of particularly short duration.

#### B. *Repudiation by the Employee*

[107] Because I have concluded that Mr. Potter was constructively dismissed, the question whether the bringing of his action for constructive dismissal amounted to a resignation does not arise. The contract had already been repudiated by the Board. Although the courts below both ruled on this issue and submissions were made on it in this Court, it would in my view be inadvisable to reach any conclusions with respect to the resignation of an employee in the absence of circumstances requiring me to address the issue.

[108] I would note, however, that in many failed constructive dismissal cases, the reason why the question of resignation by the employee does not arise will be that it is clear that the employee has resigned, given that, after the employer acted unilaterally to, for instance, demote the employee or transfer him or her to a new position, the employee elected to quit work and sue the employer. In this typical situation, if the constructive dismissal action fails, the employee cannot then argue that he or she did not quit work.

répondre que M. Potter [TRADUCTION] « ne [devait] pas rentrer au travail jusqu’à nouvel ordre ». À mon sens, cela suffit pour que M. Potter s’acquitte de son fardeau de preuve à cette étape. On ne doit pas considérer qu’il connaissait, au moment de la suspension, les motifs révélés au procès par la Commission.

[106] J’estime que, dans la plupart des cas où la violation du contrat de travail résulte d’une suspension administrative non autorisée, force est de conclure à une modification de nature substantielle. Lorsqu’il n’est pas en mesure d’établir que la suspension est raisonnable et justifiée, l’employeur peut rarement, selon moi, changer son fusil d’épaule et prétendre qu’un employé raisonnable n’aurait pas considéré que ses actes déraisonnables et injustifiés étaient la manifestation de son intention de ne plus être lié par le contrat. Seule pourrait faire exception à la règle la suspension non autorisée dont la durée serait particulièrement courte.

#### B. *Répudiation du contrat par le salarié*

[107] Vu ma conclusion selon laquelle M. Potter a été congédié de manière déguisée, la question de savoir si son action pour congédiement déguisé a entraîné sa démission ne se pose pas. Le contrat avait déjà été répudié par le conseil. Même si les tribunaux inférieurs se prononcent tous deux sur la question et que des observations sur ce point ont été présentées à la Cour, j’estime qu’il n’est pas opportun de tirer quelque conclusion à cet égard en l’absence de circonstances qui l’exigent.

[108] Je signale toutefois que, dans de nombreuses affaires où la thèse du congédiement déguisé a été rejetée, la question de la démission du salarié ne se posait pas, car la démission du salarié était manifeste. En effet, après que l’employeur eut pris une mesure unilatérale — rétrogradation ou mutation à un autre poste, par exemple —, le salarié a choisi de quitter son emploi et de poursuivre l’employeur. Dans un cas de figure aussi clair, le salarié débouté en justice ne peut ensuite prétendre ne pas avoir quitté son emploi.

[109] Nevertheless, there are instances in which it will not be necessary to conclude that the employee has resigned in bringing the constructive dismissal suit. One such case would be where, following the changes to the contract, the employee has continued to work under protest. This Court has held that employees have a duty to mitigate their damages by remaining in the workplace, provided that doing so would not be objectively unreasonable: see, e.g., *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661. Where the employment relationship has not become untenable, it is not evident that by commencing legal action the employee should be held to have resigned by operation of law.

[110] In the case at bar, the unilateral change by the employer was an indefinite suspension with pay. After the suspension had continued for approximately eight weeks, Mr. Potter sued for damages for constructive dismissal. He did not, as has happened in other cases, clearly *resign*, given that he had already stopped performing his duties while continuing to be paid and that, in his view, the fact that he continued to “work” — i.e. that he remained on suspension with pay — was consistent with the position he was taking in his constructive dismissal action. The Board of course viewed Mr. Potter’s action as a resignation and promptly cut his salary and benefits. Were I to uphold the trial judge’s decision that Mr. Potter was not constructively dismissed, I would then have to determine whether Mr. Potter resigned when he commenced his action for constructive dismissal, or was wrongfully terminated by the Board when it cut his salary and benefits.

[111] The courts below took the view — as does the Commission — that a resignation had been effected by operation of law. In *Suleman*, for example, an employee whose workload had been reduced had failed to make out a case of constructive dismissal and was found to have repudiated her contract “by the position she took in her

[109] Néanmoins, il arrive parfois qu’il ne soit pas nécessaire de conclure que le salarié qui a intenté une poursuite pour congédiement déguisé a démissionné de son poste. Ce peut être le cas par exemple lorsque le salarié continue de travailler sous toutes réserves après la modification de son contrat. Dans l’arrêt *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661, la Cour a statué que le salarié avait l’obligation de limiter son préjudice en continuant d’exercer ses fonctions, à condition que ce ne soit pas objectivement déraisonnable. Lorsque la relation d’emploi n’est pas devenue intenable, il ne va pas de soi que la poursuite engagée par le salarié emporte légalement sa démission.

[110] En l’espèce, la modification unilatérale a consisté, pour l’employeur, à suspendre le salarié pour une durée indéfinie, avec salaire. Après environ huit semaines de suspension, M. Potter a intenté une action en dommages-intérêts pour congédiement déguisé. Il n’a pas clairement *démissionné* comme les salariés en cause dans d’autres affaires, car il avait déjà cessé d’exercer ses fonctions tout en continuant d’être rémunéré et, à son avis, le fait qu’il continuait de « travailler » — c.-à-d. qu’il était toujours suspendu avec salaire — était compatible avec la thèse sous-tendant son action pour congédiement déguisé. Bien sûr, le conseil a estimé que, par son geste, M. Potter avait démissionné, et il a promptement mis fin à sa rémunération et à ses avantages. Si je confirmais la décision du juge de première instance selon laquelle M. Potter n’a pas fait l’objet d’un congédiement déguisé, il faudrait dès lors que je détermine si M. Potter a démissionné lorsqu’il a intenté son action pour congédiement déguisé ou s’il a été congédié de façon injustifiée par le conseil lorsque ce dernier a mis fin à sa rémunération et à ses avantages.

[111] Les tribunaux inférieurs et la Commission estiment qu’il y a eu démission par l’effet de la loi. À titre d’exemple, dans l’affaire *Suleman*, une salariée dont la charge de travail avait été réduite n’a pas réussi à démontrer son congédiement déguisé, et le tribunal a conclu qu’elle avait répudié son contrat vu [TRADUCTION] « la position qu’elle avait adoptée

statement of claim” (p. 144; Court of Appeal reasons, at para. 99). This view certainly finds support in the traditional principles of the law applicable to constructive dismissal, and I have no doubt that the employee will be found to have resigned in the majority of failed constructive dismissal cases. However, I will leave open the question whether there are factual circumstances in which an employee whose constructive dismissal action is unsuccessful might nevertheless argue that he or she did not resign.

### C. *Deduction of Pension Benefits*

[112] I will now turn to the question whether the pension benefits Mr. Potter received should be deducted from his damages. According to the Board’s resolution dated December 12, 2005 that established the terms and conditions of Mr. Potter’s appointment, the Public Service Superannuation pension plan applied to him (Court of Appeal reasons, at para. 14). The plan in question is governed by the *Public Service Superannuation Act*. It is a contributory plan and is not intended to provide compensation to a contributor who has been wrongfully dismissed. The resolution also provided that Mr. Potter was entitled to a regular retirement allowance and a special retirement allowance, both of them equivalent to 25 weeks’ pay.

[113] Section 16 of the *Public Service Superannuation Act* reads as follows:

**16** Where a contributor in receipt of an immediate pension or an annual allowance under this Act, the Superannuation Act, the Teachers’ Act or the *Teachers’ Pension Act* becomes employed in full time employment in the Public Service, his or her entitlement to such immediate pension or annual allowance is to be suspended effective the date of his or her appointment and if he or she becomes a contributor under this Act, the period of such re-employment is to be additional pensionable service for the purposes of this Act.

(See also the French version.)

dans son exposé de la demande » (p. 144; motifs de la Cour d’appel, par. 99). Ce point de vue trouve certainement appui dans les principes traditionnels du droit applicable au congédiement déguisé, et je ne doute pas que, dans la plupart des affaires où l’allégation de congédiement déguisé est rejetée, le tribunal conclut qu’il y a eu démission. Toutefois, je m’abstiens de trancher la question de savoir s’il existe ou non des circonstances dans lesquelles le salarié qui allègue en vain le congédiement déguisé peut néanmoins soutenir qu’il n’a pas démissionné.

### C. *Déduction des prestations de retraite*

[112] Je passe maintenant aux prestations de retraite touchées par M. Potter et à leur déduction du montant de ses dommages-intérêts. Selon la résolution du conseil datée du 12 décembre 2005 qui établit les modalités et les conditions de la nomination de M. Potter, le Régime de pension de retraite dans les services publics s’appliquait à ce dernier (motifs de la Cour d’appel, par. 14). Le régime est soumis à la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics*. Il est de type contributif et n’a pas été conçu pour indemniser le cotisant qui est congédié injustement. La résolution indique également que M. Potter avait droit à une allocation de retraite régulière ainsi qu’à une allocation de retraite spéciale, chacune équivalant à 25 semaines de salaire.

[113] L’article 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* est libellé comme suit :

**16** Lorsqu’un cotisant qui reçoit une pension à jouissance immédiate ou une allocation annuelle en application de la présente loi, de la loi sur la pension de retraite, de la loi des enseignants ou de la *Loi sur la pension de retraite des enseignants* est affecté à un poste à plein temps dans les services publics, son droit à cette pension à jouissance immédiate ou à cette allocation annuelle doit être suspendu à compter du jour de sa nomination, et s’il se met à cotiser sous le régime de la présente loi, la nouvelle période d’emploi doit s’ajouter au service ouvrant droit à pension aux fins de la présente loi.

(Se reporter également à la version anglaise.)

[114] In this Court, Mr. Potter submits that the trial judge should not have deducted amounts received under the pension plan from the damages to be awarded. He relies on this Court's decision in *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985, arguing that payments received under a defined benefit pension plan should not be used to reduce damages payable for wrongful dismissal. Mr. Potter argues that s. 16 of the *Public Service Superannuation Act* should apply only to employees in receipt of pension benefits who return to employment in the public service and that it does not apply in a wrongful dismissal case.

[115] The Commission contends that the trial judge was right to deduct the amounts Mr. Potter had received under his pension plan. In its view, s. 16 of the *Public Service Superannuation Act* is intended to prevent employees, regardless of the circumstances, from collecting pension benefits at the same time as they are receiving a salary, and thus falls within the exception to the common law rule from *Waterman* that I will discuss below.

[116] This Court must decide whether, in accordance with its decision in *Waterman*, Mr. Potter's receipt of pension benefits should result in a reduction of the damages awarded to him. If the answer to this first question is no, the Court must decide whether s. 16 of the *Public Service Superannuation Act* precludes Mr. Potter from collecting pension benefits in addition to his damages for wrongful termination.

- (1) Does the Compensation Principle Require That the Pension Benefits Be Deducted From Mr. Potter's Damages?

[117] First of all, I recognize that the trial judge did not have the benefit of this Court's decision in *Waterman* when he decided to deduct Mr. Potter's pension benefits from the award of damages. That case is central to our decision in the case at bar.

[114] M. Potter fait valoir devant notre Cour que le juge de première instance n'aurait pas dû déduire les sommes qu'il a touchées en application du régime de pension de retraite du montant des dommages-intérêts qu'il a obtenus. Il s'appuie sur notre arrêt *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985, pour affirmer que les sommes perçues dans le cadre d'un régime à prestations déterminées ne doivent pas être retranchées du montant des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. M. Potter ajoute que l'art. 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* ne devrait s'appliquer qu'aux salariés qui, après avoir touché des prestations de retraite, reprennent le travail dans les services publics, et qu'il ne s'applique pas en cas de congédiement injustifié.

[115] La Commission soutient que le juge de première instance a eu raison de déduire les sommes. Selon elle, l'art. 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* vise à empêcher, quelles que soient les circonstances, qu'un employé touche à la fois des prestations de retraite et un salaire et qu'il bénéficie ainsi de l'exception à la règle de common law reconnue dans l'arrêt *Waterman*.

[116] Notre Cour doit décider si, suivant cet arrêt, les prestations de retraite versées à M. Potter devraient avoir pour effet de réduire le montant des dommages-intérêts auxquels il a droit. Si elle répond par la négative, il lui faut déterminer si l'art. 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* empêche M. Potter de toucher ses prestations de retraite en plus des dommages-intérêts versés pour congédiement injustifié.

- (1) Le principe de l'indemnisation exige-t-il que les prestations de retraite soient déduites des dommages-intérêts accordés à M. Potter?

[117] Tout d'abord, l'arrêt *Waterman* n'avait pas encore été rendu lorsque le juge de première instance a tranché en faveur de la déduction des prestations de retraite de M. Potter du montant de ses dommages-intérêts. Or, cet arrêt est décisif en l'espèce.

[118] In *Waterman*, Cromwell J. wrote that “[t]he 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” (para. 2). However, there are exceptions to this rule. One of them is the private insurance exception, which concerns, *inter alia*, “pension payments to which an employee has contributed and which were not intended to be an indemnity for the type of loss suffered” (para. 16). Such benefits should generally not be deducted from damages awarded for breach of contract.

[119] In *Waterman*, as in the case at bar, the question was whether pension benefits received by the plaintiff should be deducted from damages that had been awarded to him. There was a clear compensating advantage, as the plaintiff had received both his full pension benefits and the salary he would have earned had he worked. In addition, there was a “but for” causal link between the defendant’s breach and the plaintiff’s receipt of pension benefits: by wrongfully dismissing the plaintiff, the defendant had obliged him to claim those benefits.

[120] After carefully reviewing the jurisprudence of this Court and of other common law jurisdictions on the deduction of private insurance benefits from damages, Cromwell J. formulated some general propositions to help in determining whether such benefits should be deducted in a given case:

- 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 . . . .
- Benefits have *not* been deducted where the plaintiff has contributed to an indemnity benefit . . . .
- 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

[118] Dans *Waterman*, le juge Cromwell écrit que « [s]elon 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 » (par. 2). Cependant, il y a des exceptions à cette règle. L’une d’elles vise l’assurance privée et s’applique notamment aux « prestations de retraite auxquelles un employé a contribué et qui n’étaient pas censées constituer une indemnité pour le type de perte subie » (par. 16). De tels avantages ne devraient généralement pas être déduits des dommages-intérêts accordés pour violation contractuelle.

[119] Dans *Waterman*, comme en l’espèce, il fallait décider si les prestations de retraite du demandeur devaient être déduites de ses dommages-intérêts. Il existait un avantage compensatoire manifeste, car l’intéressé avait bénéficié tant de prestations de retraite maximales que du salaire qu’il aurait touché s’il avait travaillé. De plus, il y avait un lien déterminant entre la violation par le défendeur et le versement de prestations de retraite au demandeur : en congédiant ce dernier injustement, le défendeur l’avait obligé à présenter une demande de prestations.

[120] Après avoir examiné attentivement les décisions de notre Cour et celles des tribunaux d’autres ressorts de common law concernant la déduction des prestations issues d’une assurance privée, le juge Cromwell fait certains constats susceptibles d’aider le tribunal à décider si, dans un cas donné, le montant des prestations doit être déduit ou non des dommages-intérêts :

- 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 . . . .
- Les prestations *n’ont pas* été déduites dans les cas où le demandeur a contribué à une prestation indemnitaire . . . .
- 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



to obtain entitlement to the benefit . . . [Emphasis in original.]

(*Waterman*, at para. 56)

[121] Had the trial judge in the instant case had the benefit of *Waterman*, he would have concluded that Mr. Potter's pension benefits should not be deducted from the damages awarded to him as a consequence of his employer's breach. As I mentioned above, those benefits were not intended to compensate Mr. Potter in the event of his being wrongfully dismissed. The pension plan was a contributory plan. For the foregoing reasons, on the basis of the private insurance exception from *Waterman*, the pension benefits received by Mr. Potter should not be deducted from the damages to which he is entitled.

(2) Does Section 16 of the *Public Service Superannuation Act* Displace the Private Insurance Exception and Require That the Pension Benefits Be Deducted?

[122] Having concluded that the pension benefits should not be deducted from the damages to be awarded to Mr. Potter on the basis of the exception to the common law rule from *Waterman*, I must now inquire into whether s. 16 of the *Public Service Superannuation Act* displaces the private insurance exception and precludes Mr. Potter from collecting both his pension benefits and the equivalent of his salary. The Commission argues that s. 16 precludes the application of *Waterman*. Mr. Potter contends that this section is intended for situations in which a former employee who is receiving pension benefits returns to employment in the public service and that it therefore neither applies to wrongful dismissal cases nor precludes Mr. Potter from collecting both the full damages amount and his pension benefits.

[123] I agree with Mr. Potter. Section 16 of the *Public Service Superannuation Act* does not require that the pension benefits received by Mr. Potter be deducted from the damages to which he is entitled as a result of his wrongful dismissal. This section

n'a pas payé pour avoir droit aux prestations . . . [En italique dans l'original.]

(*Waterman*, par. 56)

[121] Si, en l'espèce, le juge de première instance avait pu prendre connaissance de l'arrêt *Waterman*, il aurait conclu que les prestations de retraite de M. Potter ne devaient pas être déduites des dommages-intérêts obtenus pour la violation du contrat par l'employeur. Je le répète, ces prestations ne visaient pas à indemniser un salarié en cas de congédiement injustifié. Le régime de pension de retraite est un régime contributif. Pour les motifs qui précèdent, compte tenu de l'exception relative à l'assurance privée reconnue dans *Waterman*, les prestations de retraite de M. Potter ne devraient pas être déduites de ses dommages-intérêts.

(2) L'article 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* a-t-il pour effet d'écarter l'exception relative à l'assurance privée et d'exiger la déduction des prestations de retraite?

[122] Puisque je conclus que les prestations de retraite de M. Potter ne doivent pas être déduites de ses dommages-intérêts en raison de l'exception à la règle de common law reconnue dans *Waterman*, je dois maintenant décider si l'art. 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* écarte l'exception relative à l'assurance privée et empêche M. Potter de toucher à la fois ses prestations de retraite et l'équivalent de son salaire. La Commission fait valoir que l'art. 16 fait obstacle à l'application de l'arrêt *Waterman*. M. Potter soutient que la disposition vise plutôt l'ancien salarié qui touche des prestations de retraite et qui reprend le travail dans les services publics, de sorte qu'elle ne s'applique pas au congédiement injustifié, ni ne l'empêche de toucher la totalité des dommages-intérêts auxquels il a droit en plus de ses prestations de retraite.

[123] Je donne raison à M. Potter. L'article 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* n'exige pas que les prestations de retraite qui lui ont été versées soient déduites des dommages-intérêts auxquels il a droit par suite de

applies to a “contributor in receipt of an immediate pension or an annual allowance” on being appointed to employment in the public service. It therefore prevents a retired employee who returns to employment in the public service from collecting pension benefits while at the same time receiving a salary as an employee. Section 16 does not establish a general bar on the receipt of both a pension entitlement and employment income. More specifically, it does not apply to an employee who has been wrongfully dismissed and is entitled to receive damages as a result of that wrongful dismissal.

[124] The basic rule of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1. Furthermore, Iacobucci J., in *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157, at para. 39, wrote the following about situations in which it is argued that a statutory provision overrides a common law rule:

To begin with, I think it useful to stress the presumption that the legislature does not intend to change existing law or to depart from established principles, policies or practices. In *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614, for example, Fauteux J. (as he then was) wrote that “a Legislature is not presumed to depart from the general system of the law without expressing its intentions to do so with irresistible clearness, failing which the law remains undisturbed”. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077, Lamer J. (as he then was) wrote that “in the absence of a clear provision to the contrary, the legislator should not be assumed to have intended to alter the pre-existing ordinary rules of common law”.

[125] The ordinary meaning of the words of s. 16 does not support the assertion that the New Brunswick legislature intended to preclude the rule in *Waterman*. On the contrary, it supports Mr. Potter’s position that the section applies to the situation of a retired employee who returns to employment in the

son congédiement injustifié. Cet article s’applique au « cotisant qui reçoit une pension [. . .] immédiate ou une allocation annuelle » lorsqu’il est nommé à un poste dans les services publics. Il empêche donc le salarié retraité qui retourne travailler dans les services publics de toucher à la fois des prestations de retraite et un revenu d’emploi. Il ne frappe pas d’interdiction générale le cumul des prestations de retraite et du revenu d’emploi. Plus particulièrement, il ne vise pas le salarié qui a droit à des dommages-intérêts parce qu’il a été injustement congédié.

[124] Suivant la règle fondamentale d’interprétation des lois, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 1). De plus, dans *Parry Sound (district), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, par. 39, le juge Iacobucci dit ce qui suit au sujet des situations dans lesquelles on prétend qu’une disposition législative l’emporte sur une règle de common law :

Tout d’abord, je pense qu’il est utile d’insister sur la présomption que le législateur n’a pas l’intention de modifier le droit existant ni de s’écarter des principes, politiques ou pratiques établis. Dans *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614, par exemple, le juge Fauteux (plus tard Juge en chef) écrit : [TRADUCTION] « le législateur n’est pas censé s’écarter du régime juridique général sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire, sinon la loi reste inchangée ». Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) écrit que « le législateur n’est pas censé, à défaut de disposition claire au contraire, avoir l’intention de modifier les règles de droit commun pré-existantes ».

[125] Le sens ordinaire des termes employés à l’art. 16 n’appuie pas la prétention selon laquelle le législateur du Nouveau-Brunswick a voulu faire obstacle à l’application de la règle issue de l’arrêt *Waterman*. Au contraire, il appuie la thèse de M. Potter selon laquelle la disposition s’applique au

public service. It applies to “a contributor in receipt of an immediate pension or an annual allowance [who] becomes employed in full time employment in the Public Service” or, in the French version of the section, “*un cotisant qui reçoit une pension à jouissance immédiate ou une allocation annuelle [et qui] est affecté à un poste à plein temps dans les services publics*”. Further, pension benefits are suspended as of “the date of his or her appointment”, or the “*jour de sa nomination*” in the French version. The Commission’s position could succeed only if the circumstance in which the section applies — where the contributor “becomes employed” and as of “the date of his or her appointment” — were disregarded. According to the *Concise Oxford English Dictionary* (12th ed. 2011), “appointment” means “the action or process of appointing someone”, while “appoint” means “assign a job or a role to” (p. 63). *Le Petit Robert* dictionary (new ed. 2012) defines “*nomination*” as “[a]ction de nommer (qqn) à un emploi, à une fonction, à une dignité” (p. 1699) ([TRANSLATION] “action of appointing (someone) to a job, position or office”).

[126] Section 16 of the *Public Service Superannuation Act* does not therefore apply to an employee who has been wrongfully dismissed and was obliged to claim pension benefits as a consequence of the breach of the employment contract. Where a court decides that a wrongfully dismissed employee is entitled to damages, he or she does not “becom[e] employed in full time employment in the Public Service” at the time of the breach. It would be wrong to equate such a decision to an “appointment” or in French, a “*nomination*”. The court is simply finding that the employee *should* have continued to be employed by the employer and that he or she is entitled to damages.

[127] As for the context of s. 16, there is nothing in the *Public Service Superannuation Act* to suggest an intention to preclude the receipt of pension benefits in the circumstances covered by the rule from *Waterman*. Nowhere does that Act say that

salarié retraité qui reprend le travail dans les services publics. Il s’applique à « un cotisant qui reçoit une pension à jouissance immédiate ou une allocation annuelle [et qui] est affecté à un poste à plein temps dans les services publics » (dans la version anglaise, « *a contributor in receipt of an immediate pension or an annual allowance [who] becomes employed in full time employment in the Public Service* »). Qui plus est, le versement des prestations de retraite est suspendu à compter du « jour de sa nomination » (dans la version anglaise, « *the date of his or her appointment* »). On ne peut faire droit à la prétention de la Commission que si l’on fait abstraction des situations dans lesquelles s’applique la disposition, à savoir lorsque le cotisant « est affecté à un poste » et « à compter du jour de sa nomination ». *Le Petit Robert* (nouv. éd. 2012) définit le mot « nomination » comme suit : « [a]ction de nommer (qqn) à un emploi, à une fonction, à une dignité » (p. 1699). Selon le *Concise Oxford English Dictionary* (12<sup>e</sup> éd. 2011), « *appointment* » s’entend de « *the action or process of appointing someone* » ([TRADUCTION] « l’action de nommer quelqu’un ou le processus de nomination »), alors que « *appoint* » veut dire « *assign a job or a role to* » (« assigner un emploi ou une fonction à (quelqu’un) ») (p. 63).

[126] L’article 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* ne s’applique donc pas au salarié qui a été congédié injustement et qui, en raison de la violation du contrat d’emploi, a dû demander des prestations de retraite. Le salarié injustement congédié auquel le tribunal reconnaît le droit à des dommages-intérêts n’est pas « affecté à un poste à plein temps dans les services publics » au moment de la violation. Il serait erroné de voir une « nomination » (en anglais, « *appointment* ») dans la décision du tribunal. Le tribunal conclut seulement que l’employeur *aurait dû* continuer d’employer le salarié et que ce dernier a droit à des dommages-intérêts.

[127] Pour ce qui est du contexte de l’art. 16, rien dans la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* ne donne à penser que le législateur a voulu empêcher qu’un salarié touche des prestations de retraite dans les circonstances

pension benefits should be deducted from damages awarded to wrongfully dismissed employees. And at no time in the legislative debate leading up to the enactment of s. 16 was it suggested that the section was to apply where an employee is wrongfully dismissed (*Synoptic Report: Legislative Assembly of the Province of New Brunswick*, June 16, 1966, at pp. 1235-54). Moreover, s. 16 has not changed significantly since being enacted in 1966 (S.N.B. 1966, c. 23), when it read as follows:

16. Where a contributor in receipt of an immediate pension or an annual allowance under this Act, the *Superannuation Act*, the *Teachers' Act* or the *Teachers' Pension Act* (1966) becomes employed in full time employment in the Public Service, his entitlement to such immediate pension or annual allowance is to be suspended effective the date of his appointment and if he becomes, or would have become but for the provisions of subsection (2) of section 4, a contributor under this Act, the period of such re-employment is to be additional pensionable service for the purposes of this Act.

[128] I therefore conclude that s. 16 of the *Public Service Superannuation Act* does not override the rule from *Waterman* and does not preclude Mr. Potter from collecting both the equivalent of his salary and his pension benefits.

#### V. Conclusion

[129] I would answer the questions raised by the appeal as follows:

(1) Did the trial judge err in concluding that Mr. Potter was not constructively dismissed?

Yes.

(2) If Mr. Potter was not constructively dismissed, did the trial judge err in concluding

visées par la règle de l'arrêt *Waterman*. La Loi ne prévoit pas que les prestations de retraite doivent être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. Et lors des débats législatifs qui ont précédé son adoption, il n'a jamais été question que l'art. 16 s'applique au salarié injustement congédié (*Synoptic Report: Legislative Assembly of the Province of New Brunswick*, 16 juin 1966, p. 1235-1254). De plus, l'art. 16, qui était libellé comme suit lors de son adoption en 1966 (S.N.B. 1966, c. 23), n'a pas été sensiblement modifié depuis :

[TRADUCTION]

16. Lorsqu'un cotisant qui reçoit une pension à jouissance immédiate ou une allocation annuelle en application de la présente loi, de la loi sur la pension de retraite, de la loi des enseignants ou de la *Loi sur la pension de retraite des enseignants* (1966) est affecté à un poste à plein temps dans les services publics, son droit à cette pension à jouissance immédiate ou à cette allocation annuelle doit être suspendu à compter du jour de sa nomination, et s'il se met à cotiser sous le régime de la présente loi, ou aurait pu se mettre à cotiser s'il n'y avait les dispositions du paragraphe (2) de l'article 4, la nouvelle période d'emploi doit s'ajouter au service ouvrant droit à pension aux fins de la présente loi.

[128] En conséquence, je conclus que l'art. 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* ne supprime pas la règle de l'arrêt *Waterman* et n'empêche pas M. Potter de toucher à la fois l'équivalent de son salaire et ses prestations de retraite.

#### V. Conclusion

[129] Je réponds comme suit aux questions en litige dans le pourvoi.

(1) Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure que M. Potter n'avait pas fait l'objet d'un congédiement déguisé?

Oui.

(2) Si M. Potter n'a pas fait l'objet d'un congédiement déguisé, le juge de première instance

that Mr. Potter resigned when he launched his action in damages?

a-t-il eu tort de conclure qu'il a démissionné lorsqu'il a intenté son action en dommages-intérêts?

It is unnecessary to answer this question.

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

- (3) If Mr. Potter was constructively dismissed, did the trial judge err in finding that the amounts Mr. Potter received under his pension should be deducted from his damages for wrongful dismissal?

- (3) Si M. Potter a fait l'objet d'un congédiement déguisé, le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure que les sommes touchées au titre de sa pension devaient être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié?

Yes.

Oui.

## VI. Disposition

## VI. Dispositif

[130] I would allow the appeal with costs throughout, set aside the Court of Appeal's judgment and allow Mr. Potter's action for constructive dismissal. Mr. Potter is entitled to damages for wrongful dismissal as assessed by the trial judge, with the exception that the pension benefits Mr. Potter has already received are not to be deducted from those damages.

[130] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel et d'accueillir l'action pour congédiement déguisé. M. Potter a droit aux dommages-intérêts pour congédiement injustifié établis par le juge de première instance, mais j'estime que les prestations de retraite déjà touchées par M. Potter ne doivent pas en être déduites.

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

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

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

### I. Introduction

### I. Introduction

[131] I agree with the disposition of this appeal proposed by my colleague Wagner J. My understanding of the legal principles that apply to this case is somewhat different from my colleague's and there are some issues which he discusses on which I prefer not to comment. I therefore will briefly set out my reasons for thinking that the appeal should be allowed.

[131] Je souscris à l'opinion de mon collègue le juge Wagner quant à la manière dont il convient de statuer sur le pourvoi. Mon interprétation des principes juridiques qui s'appliquent en l'espèce diffère cependant quelque peu de celle de mon collègue et je préfère ne pas me prononcer sur certaines des questions qu'il examine. J'expose donc brièvement les motifs pour lesquels le pourvoi devrait selon moi être accueilli.

[132] My colleague's thorough and careful recitation of the facts and judicial history has saved me from having to set out this background. The key facts for my purposes are these.

[132] L'exposé des faits et de l'historique judiciaire auquel se livre mon collègue avec exhaustivité et rigueur me dispense de relater à mon tour ces éléments. Voici quels sont les faits déterminants pour les besoins de mon opinion.



[133] Mr. Potter was employed for a fixed term of seven years which expired on December 12, 2012. The intent was to provide him with a term of employment that would take him to retirement: trial reasons, 2011 NBQB 296, 384 N.B.R. (2d) 14, at para. 71. Some difficulties in Mr. Potter's relationship with his employer developed and by the spring of 2009, the New Brunswick Legal Aid Services Commission initiated discussions with him with the objective of obtaining a "buyout" of the remaining term. Mr. Potter had shown himself open to discuss this approach.

[134] Beginning in October 2009, Mr. Potter was on approved sick leave which was ultimately extended to January 18, 2010. As Mr. Potter's January date of return to work approached, the ongoing discussions about a buyout had not borne fruit. Early in January (January 5, 2010), and unbeknownst to him, the Commission's Board of Directors acted to bring things to a head. The Board passed a resolution directing the Board's Chair to request of the Minister of Justice that Mr. Potter's appointment be revoked for cause if the Commission's counsel was not able to negotiate a resolution by January 11th that would bring Mr. Potter's term to an end in exchange for no more than 18 months' salary including his retirement allowance: Court of Appeal reasons, 2013 NBCA 27, 402 N.B.R. (2d) 41, at para. 32. Under the terms of his appointment, Mr. Potter at that point had just short of three years left on his term appointment and at the end of his term he became entitled to a retirement allowance of 25 weeks' pay as well as a special retirement allowance of 25 weeks' pay: trial reasons, at para. 8.

[135] There was no agreement between the parties with respect to the buyout and so, on January 11th, the Board followed the course of action set out in its January 5th resolution. The Chair wrote to the Minister of Justice recommending that Mr. Potter's employment be terminated for cause. On the same date, the Commission's counsel wrote to Mr. Potter's counsel instructing that Mr. Potter

[133] M. Potter s'est vu confier un mandat de sept ans qui a expiré le 12 décembre 2012. L'intention des parties était de lui assurer un emploi à durée déterminée jusqu'à sa retraite (motifs de première instance, 2011 NBBR 296, 384 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 14, par. 71). La relation entre M. Potter et son employeur a connu quelques soubresauts et, dès le printemps 2009, la Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick a entrepris des discussions avec le salarié afin d'obtenir son départ en contrepartie d'une indemnité. M. Potter s'est montré disposé à envisager pareille éventualité.

[134] À compter d'octobre 2009, M. Potter a bénéficié d'un congé maladie autorisé qui s'est finalement prolongé jusqu'au 18 janvier 2010. À l'approche de son retour au travail en janvier, les discussions en cours sur le versement d'une indemnité de départ n'avaient pas encore abouti. Tôt en 2010 — le 5 janvier en fait — et à son insu, le conseil d'administration de la Commission a cherché à accélérer les choses. Il a adopté une résolution qui enjoignait à sa présidente de demander au ministre de la Justice de révoquer la nomination de M. Potter pour motif valable advenant que le conseiller juridique de la Commission ne parvienne pas, au plus tard le 11 janvier, à un règlement selon lequel le mandat prendrait fin et M. Potter toucherait en contrepartie au plus 18 mois de salaire, prestations de retraite comprises (motifs de la Cour d'appel, 2013 NBCA 27, 402 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 41, par. 32). Suivant le libellé de la nomination de M. Potter, il restait alors un peu moins de trois ans avant l'expiration du mandat, moment auquel le salarié aurait droit à une allocation de retraite de 25 semaines de salaire ainsi qu'à une allocation de retraite spéciale de 25 semaines de salaire également (motifs de première instance, par. 8).

[135] Nulle entente n'est intervenue entre les parties concernant l'indemnité de départ, de sorte que, le 11 janvier, le conseil a pris la mesure arrêtée dans sa résolution du 5 janvier. La présidente a écrit au ministre de la Justice pour lui recommander la révocation pour motif valable de la nomination de M. Potter. Le même jour, le conseiller juridique de la Commission signifiait par écrit à celui de

was not to return to the workplace until further direction from the Commission and that he would continue to be paid “until instructed otherwise”. As noted earlier, Mr. Potter had been set to return to work from his approved sick leave on January 18th. Mr. Potter’s counsel sought clarification as to whether Mr. Potter had been suspended. The Commission’s counsel responded by expressing surprise that there was any confusion and indicating simply that “[h]e is not to return to work until further notice”.

[136] Two months later, Mr. Potter started an action for wrongful dismissal. On these facts, the trial judge concluded that Mr. Potter had not been constructively dismissed and that conclusion was upheld by the Court of Appeal.

[137] The main issue on the further appeal to this Court is whether the trial judge made a reviewable error in finding that these facts did not constitute a constructive dismissal of Mr. Potter. To approach this question, we must apply the well-accepted standards of appellate review: errors of law are reviewed for correctness while errors of fact and errors of mixed law and fact, unless tainted by a legal error, are reviewed for palpable and overriding error; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

## II. Analysis

### A. *Introduction*

[138] In my respectful opinion, the trial judge and the Court of Appeal made two related errors of law in their analysis of whether the Commission had repudiated Mr. Potter’s contract of employment and thereby “constructively” dismissed him.

[139] First, the trial judge failed to recognize that an employer can repudiate a contract of employment

M. Potter que le salarié ne devait pas rentrer au travail avant de nouvelles directives de la Commission et qu’il continuerait de toucher son salaire [TRADUCTION] « jusqu’à nouvel ordre ». Rappelons que M. Potter était censé rentrer de son congé maladie autorisé le 18 janvier. Son conseiller juridique a demandé qu’on lui précise si son client était suspendu ou non. Dans sa réponse, le conseiller juridique de la Commission a dit s’étonner du doute exprimé et s’est contenté d’indiquer que M. Potter [TRADUCTION] « ne [devait] pas rentrer au travail jusqu’à nouvel ordre ».

[136] Deux mois plus tard, M. Potter intentait une action pour congédiement injustifié. Au vu des faits, le juge de première instance a conclu que M. Potter n’avait pas fait l’objet d’un congédiement déguisé, une conclusion que la Cour d’appel a confirmée.

[137] Le pourvoi devant notre Cour porte principalement sur la question de savoir si, en arrivant à la conclusion que les faits n’établissaient pas le congédiement déguisé de M. Potter, le juge de première instance a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire. Pour trancher, il nous faut recourir aux normes de contrôle en appel dont l’applicabilité est reconnue. Ainsi, l’erreur de droit donne lieu à un contrôle au regard de la norme de la décision correcte, alors que l’erreur de fait ou l’erreur mixte de fait et de droit, sauf si elle est viciée par une erreur de droit, commande la recherche d’une erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

## II. Analyse

### A. *Introduction*

[138] À mon humble avis, deux erreurs connexes entachent l’analyse du juge de première instance et celle de la Cour d’appel quant à savoir si la Commission avait répudié le contrat de travail et de ce fait congédié M. Potter de manière « déguisée ».

[139] Premièrement, le juge de première instance omet de reconnaître qu’un employeur peut

other than by breaching an important term of that contract, such as by unilaterally changing one or more of its important terms. Repudiation may also consist of conduct which, when viewed in light of all of the circumstances, shows that, in the mind of a reasonable person viewing the matter objectively, the employer did not intend to be bound in the future by the terms of the contract. As a result of failing to recognize this, the trial judge erroneously focused only on the employer's suspension of Mr. Potter with pay and asked whether that constituted a sufficiently serious breach of contract to constitute repudiation and therefore constructive dismissal. Even if the suspension was not a sufficiently serious breach on its own to constitute repudiation, the trial judge had to consider whether, viewed in light of all of the circumstances, the employer's conduct evinced the intention not to be bound by the terms of the contract in the future.

[140] I do not find it necessary to decide whether Mr. Potter's contract of employment permitted his employer to suspend him indefinitely with pay. Even assuming that it did, the suspension in this case, viewed as it must be in light of all of the surrounding circumstances and the correct legal principles, showed that his employer did not intend to be bound in the future by essential terms of the contract of employment. In short, the trial judge's legal error led him into a palpable and overriding error of mixed law and fact.

[141] The judge further erred, in my view, by excluding from consideration the fact, unknown to Mr. Potter at the time, that the employer was seeking to have him dismissed for cause. The Court of Appeal assumed without deciding that this was an error, but found that if it was, such error was harmless. In my respectful view, this was one of the surrounding circumstances which the judge was obliged to consider in deciding whether the suspension, viewed in light of all of the circumstances, evinced the employer's intention not to be bound by the contract of employment.

répudier un contrat de travail d'une autre manière que par la violation d'une clause importante du contrat, par exemple, par la modification unilatérale de l'une ou plusieurs de ses clauses importantes. La répudiation peut aussi résulter d'un acte qui, à la lumière de l'ensemble des circonstances et du point de vue objectif d'une personne raisonnable, montre que l'employeur ne voulait plus être lié par les clauses du contrat. Faute de le reconnaître, le juge de première instance met à tort l'accent sur la seule suspension de M. Potter avec salaire et se demande erronément s'il en découle une violation suffisamment grave pour emporter répudiation et, par conséquent, congédiement déguisé. Même si la suspension ne constituait pas en soi une violation suffisamment grave pour emporter répudiation, le juge devait se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur avait manifesté par ses actes l'intention de ne plus être lié par le contrat.

[140] Il ne me paraît pas nécessaire de décider si le contrat de travail permettait ou non à l'employeur de suspendre M. Potter indéfiniment avec salaire. À supposer même qu'il le lui permettait, la suspension intervenue en l'espèce, dûment considérée au vu de toutes les circonstances et des bons principes juridiques, montre que l'employeur ne souhaitait plus être lié par des clauses essentielles du contrat de travail. En somme, l'erreur de droit du juge a entraîné de sa part une erreur mixte de fait et de droit à la fois manifeste et dominante.

[141] À mon sens, le juge a par ailleurs eu tort d'écarter de l'examen la démarche entreprise à l'insu de M. Potter afin d'obtenir la révocation de sa nomination pour motif valable. La Cour d'appel suppose sans statuer en ce sens qu'il s'agit d'une erreur, mais qu'elle est sans conséquence. Soit dit en tout respect, c'est l'une des circonstances dont le juge devait tenir compte pour décider si, au vu de toutes les circonstances, la suspension manifestait l'intention de l'employeur de ne plus être lié par le contrat de travail.

B. *First Error: Anticipatory Repudiation Must Be Assessed in Light of All of the Circumstances*

[142] To explain why I think the trial judge erred in his approach to the constructive dismissal issue, I have found it helpful to take a step back from the details of wrongful dismissal law and to put the analysis in the broader context of the underlying, general principles of contract law. In doing this, I am following the approach taken in what the Court has characterized as the leading case in this field, *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315; see also *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846, at para. 33.

(1) Repudiation, Anticipatory Breach and Constructive Dismissal

[143] The whole of the law of wrongful dismissal is grounded in the broader contract law principles relating to repudiation and anticipatory breach: see, e.g., G. England, *Individual Employment Law* (2nd ed. 2008), at pp. 346-47.

[144] The term repudiation refers to the situation in which a breach of contract by one party gives rise to the right of the other party to terminate the contract and pursue the available remedies for the breach: J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 676-78. This occurs when one party actually breaches the contract in some very important respect and is said to thereby repudiate the contract. If the other party “accepts” the repudiation, the contract is over. If the other party does not accept the repudiation, the contract continues (subject to various other doctrines). In either case, the non-breaching party can pursue the available remedies which may vary depending on whether that party has accepted the repudiation or affirmed the contract.

[145] There is a wealth of learning about the types of breach that constitute repudiation. Without getting into the details, we may say in brief that

B. *Première erreur : la répudiation anticipative doit être appréciée au regard de toutes les circonstances*

[142] Pour expliquer ma conclusion selon laquelle le juge de première instance est dans l’erreur en ce qui concerne le congédiement déguisé, il me paraît opportun de mettre de côté les subtilités du droit applicable au congédiement injustifié et de situer l’analyse dans le contexte global des principes généraux et sous-jacents du droit des contrats. Ce faisant, je reprends la démarche suivie dans un jugement que notre Cour a qualifié d’arrêt de principe en cette matière, à savoir *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315 (voir aussi *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, par. 33).

(1) Répudiation, violation anticipative et congédiement déguisé

[143] Le droit applicable au congédiement injustifié prend entièrement appui sur les principes généraux du droit des contrats liés à la répudiation et à la violation anticipative (voir p. ex. G. England, *Individual Employment Law* (2<sup>e</sup> éd. 2008), p. 346-347).

[144] Il y a répudiation lorsque la violation d’un contrat par une partie confère à l’autre le droit de mettre fin au contrat et de se pourvoir en justice pour violation (J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2<sup>e</sup> éd. 2012), p. 676-678). Cela se produit lorsque l’une des parties viole le contrat sous un rapport très important et que l’on considère alors qu’elle a répudié le contrat. Si l’autre partie « accepte » la répudiation, le contrat cesse d’exister. Dans le cas contraire, le contrat demeure (sous réserve de l’application de divers autres principes). Dans l’un et l’autre cas, la partie non fautive peut exercer les recours que lui confère l’acceptation de la répudiation ou la confirmation du contrat, selon le cas.

[145] La question de savoir quelle violation emporte répudiation a fait couler beaucoup d’encre. Sans entrer dans le détail, on peut affirmer que la

a breach is a repudiation of the contract if it is a breach of a contractual condition or of some other sufficiently important term of the contract so that there is a substantial failure of performance: S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6th ed. 2010), at ¶590; McCamus, at pp. 676-77.

[146] I pause here to deal with three problems of terminology that can cause confusion.

[147] The first relates to the word “repudiation”; it is used in at least two different senses. Sometimes it refers to the conduct of the breaching party in committing a breach that is sufficiently serious to give the non-breaching party the right to treat the contract as over. At other times the term is used to refer to the choice of the non-breaching party, faced with this sort of serious breach, to treat the contract as over. I will use the word “repudiation” to refer to the acts of the party alleged to be in breach. I will refer to the choice of the non-breaching party to treat the contract as over as “acceptance” of the repudiation.

[148] The second terminological clarification deals with the term “fundamental breach”. The types of breach that are sufficiently serious to constitute repudiation are often referred to as “fundamental” breaches. However, use of the term “fundamental breach” can cause confusion because it is also used in the distinct context of deciding whether a contractual provision excluding or limiting liability is effective in the face of a radical departure from the contractual obligations: see, e.g., *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at paras. 104-23. To avoid that confusion, I prefer to refer to breaches of this nature as breaches of “sufficiently important terms” or “repudiatory” breaches: see, e.g., McCamus, at p. 651.

[149] The final point of terminology is concerned with “anticipatory” breach. An anticipatory breach “occurs when one party manifests, through words or conduct, an intention not to perform or not to be bound by provisions of the agreement that require

violation équivaut en somme à une répudiation lorsqu’elle vise une condition ou quelque autre clause du contrat suffisamment importante pour qu’il en résulte une inexécution substantielle (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6<sup>e</sup> éd. 2010), ¶590; McCamus, p. 676-677).

[146] Je marque ici une pause pour me pencher sur trois problèmes d’ordre terminologique susceptibles de créer de la confusion.

[147] La première difficulté réside dans le mot « répudiation », que l’on emploie dans au moins deux sens différents. Il renvoie parfois aux actes de la partie qui commet une violation suffisamment grave pour conférer à l’autre partie le droit de considérer que le contrat a cessé d’exister. D’autres fois, il renvoie au choix de cette autre partie, après pareille violation grave, de considérer que le contrat a cessé d’exister. J’emploie le mot « répudiation » relativement aux actes de la partie qui aurait manqué à ses obligations. Le choix de l’autre partie de considérer que le contrat a cessé d’exister correspond pour moi à l’« acceptation » de la répudiation.

[148] Le terme « violation fondamentale » appelle une deuxième clarification terminologique. La violation suffisamment grave pour emporter répudiation est souvent qualifiée de « fondamentale ». Or, l’expression « violation fondamentale » prête à confusion en ce qu’elle est aussi employée dans un contexte différent, celui où il faut décider si une disposition contractuelle ayant pour effet d’écarter ou de limiter la responsabilité demeure applicable malgré l’inobservation marquée des obligations contractuelles (voir p. ex. *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 104-123). Je préfère qualifier pareille violation de violation « d’une clause suffisamment importante » ou de violation « répudiatoire » (voir p. ex. McCamus, p. 651).

[149] Le troisième et dernier souci d’ordre terminologique a trait à la violation « anticipative », laquelle [TRADUCTION] « survient lorsque, par ses paroles ou par ses actes, une partie manifeste l’intention de ne plus exécuter un accord ou de ne plus



performance in the future”: McCamus, at p. 689; see also A. Swan, with the assistance of J. Adamski, *Canadian Contract Law* (2nd ed. 2009), at §7.89. When the anticipated future non-observance relates to important terms of the contract or shows an intention not to be bound in the future, the anticipatory breach gives rise to anticipatory repudiation. The focus in such cases is on what the party’s words and/or conduct say about future performance of the contract. For example, there will be an anticipatory repudiation if the words and conduct evince an intention to breach a term of the contract which, if actually breached, would constitute repudiation of the contract.

[150] How do these general contract principles play out in wrongful dismissal cases?

[151] The most straightforward case is one in which the employer expressly dismisses the employee in breach of the contract of employment. This is an express, anticipatory repudiation: the employer states expressly that he or she will not observe the terms of the employment contract in the future. As McCardie J. put it in *Rubel Bronze*, “in the ordinary case of wrongful dismissal a master purports completely to terminate the contract. He refuses to accept further service. He wholly declines to pay further remuneration. The repudiation, as a rule, is undoubted, decisive, and complete”: p. 321. The employer’s express and complete repudiation of the contract in the future gives rise to the employee’s right to treat the contract as over at that point and to sue for damages for its breach.

[152] More complicated are cases of so-called “constructive” dismissal in which there is no express repudiation by the employer. As my colleague points out, the employer’s acts are treated as a dismissal because of the way they are characterized by the law.

[153] Constructive dismissals may be the result of repudiatory breach — that is, an actual breach of a condition or other sufficiently significant term

être liée par ses stipulations qui commandent une exécution ultérieure » (McCamus, p. 689; voir également A. Swan, avec le concours de J. Adamski, *Canadian Contract Law* (2<sup>e</sup> éd. 2009), §7.89). Lorsque l’inobservation ultérieure anticipative vise une clause importante du contrat ou traduit l’intention de ne plus être lié par le contrat, la violation anticipative entraîne la répudiation anticipative. On s’attache alors à ce que les paroles ou les actes de l’intéressé permettent de conclure concernant l’exécution ultérieure du contrat. Par exemple, il y a répudiation anticipative lorsque ces paroles ou ces actes manifestent l’intention de ne pas respecter une clause du contrat dont la violation emporterait la répudiation du contrat.

[150] De quelle manière ces principes généraux du droit des contrats s’appliquent-ils dans une affaire de congédiement injustifié?

[151] Le cas le plus simple est celui où l’employeur congédie expressément le salarié en contravention du contrat de travail. Il y a alors répudiation anticipative expresse, l’employeur indiquant expressément qu’il ne respectera plus les clauses du contrat de travail. Pour reprendre les propos du juge McCardie dans *Rubel Bronze*, [TRADUCTION] « dans un cas ordinaire de congédiement injustifié, le commettant entend mettre totalement à néant le contrat. Il refuse tout service supplémentaire. Il refuse de verser toute rémunération supplémentaire. En principe, la répudiation ne fait pas de doute, elle est décisive et elle est totale » (p. 321). La répudiation expresse et totale du contrat par l’employeur confère au salarié le droit de considérer que le contrat n’a plus d’existence et d’intenter une action en dommages-intérêts pour violation.

[152] Le cas du congédiement « déguisé » est plus compliqué vu l’absence de répudiation expresse par l’employeur. Comme le souligne mon collègue, les actes de l’employeur sont assimilés à un congédiement en raison de la manière dont ils sont qualifiés en droit.

[153] Le congédiement déguisé peut résulter de la violation répudiatoire, c’est-à-dire de la violation concrète d’une condition ou d’une autre clause

of the employee's contract. As McCardie J. put it in *Rubel Bronze*, "If the conduct of the employer amounts to a basic refusal to continue the servant on the agreed terms of the employment, then there is at once a wrongful dismissal and a repudiation of the contract": p. 323. These sorts of breaches relate to unilateral and important changes to the employee's terms of employment; the question of how significant the change must be is one of degree: England, at pp. 348-56; *Rubel Bronze*, at p. 323.

[154] Constructive dismissal may also occur even if the employee cannot point to an actual, specific, important change in compensation, work assignments, etc., that on its own constitutes a repudiatory breach. This occurs, for example, where the employer, through a course of conduct, "evinces an intention no longer to be bound by the contract": *Rubel Bronze*, at p. 322, citing *General Billposting Co. v. Atkinson*, [1909] A.C. 118 (H.L.), at p. 122, per Lord Collins, quoting *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208, at p. 213. The focus in these sorts of anticipatory repudiation cases is not simply on the seriousness of any actual breach, but on what the employer's intent is with respect to *future* adherence to the contract of employment.

[155] Thus, an employee is constructively dismissed in two situations: where the employer's conduct is "a significant breach going to the root of the contract of employment" and where the employer's conduct otherwise "shows that the employer no longer intends to be bound by one or more of the essential terms of the contract": *Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713 (C.A.), at p. 717.

[156] At least two factors have contributed to some lack of clarity in the law. There has been a blurring of the distinction between the two categories of repudiation which constitute "constructive" dismissal flowing from a lack of precision in describing the actual or future breach underlying them. For example, it is often said that a breach will be sufficiently significant to constitute repudiation

suffisamment importante du contrat. Comme le dit le juge McCardie dans *Rubel Bronze*, [TRADUCTION] « [l]orsque les actes de l'employeur équivalent foncièrement au refus de garder l'employé à son service aux conditions de travail convenues, il y a à la fois congédiement injustifié et répudiation du contrat » (p. 323). Les violations de ce genre font suite à des modifications unilatérales et importantes des conditions de travail du salarié; la question de l'importance que doit présenter une telle modification est affaire de degré (England, p. 348-356; *Rubel Bronze*, p. 323).

[154] Il peut également y avoir congédiement déguisé même si le salarié ne peut invoquer une modification concrète, précise et importante au chapitre de sa rémunération, de ses tâches, etc., qui, à elle seule, constitue une violation répudiatoire. La situation se présente par exemple lorsque, par ses actes, l'employeur [TRADUCTION] « manifeste l'intention de ne plus être lié par le contrat » (*Rubel Bronze*, p. 322, citant *General Billposting Co. v. Atkinson*, [1909] A.C. 118 (H.L.), p. 122, lord Collins, citant *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208, p. 213). Dans ces cas de répudiation anticipative, on ne s'attache pas seulement à la gravité de quelque violation concrète, mais aussi à l'intention de l'employeur concernant le respect *ultérieur* du contrat de travail.

[155] Par conséquent, un salarié est congédié de manière déguisée dans deux situations : les cas où les actes de l'employeur constituent [TRADUCTION] « une violation importante touchant l'assise du contrat de travail » et ceux où, d'une autre façon, les actes de l'employeur « témoignent de l'intention de ce dernier de ne plus être lié par l'une ou plusieurs des clauses essentielles du contrat » (*Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713 (C.A.), p. 717).

[156] Au moins deux éléments sont à l'origine d'un certain manque de clarté du droit en la matière. À cause de la délimitation imprécise de la violation concrète ou éventuelle qui les sous-tend, les deux cas où la répudiation donne lieu à un congédiement « déguisé » sont confondus. À titre d'exemple, on dit souvent qu'une violation est suffisamment importante pour emporter répudiation lorsqu'elle est

if it is of such a nature as to show the intent of the breaching party not to be bound by the contract in the future. But this way of describing the breach risks confusing repudiation inferred from the importance of an actual breach of contract with anticipatory repudiation inferred from conduct which may or may not be a breach, but that nonetheless evinces the intention not to be bound by the contract, or at least by some of its important terms, in the future.

[157] Both of these problems are apparent in plausible readings of the discussion of the common law of unjust dismissal in *Farber*, a civil law case. In my view, we should take this opportunity to clarify these points. As I see it, these are the points that led in this case to the errors both at trial and in the Court of Appeal.

[158] The issue in *Farber* was whether unilateral changes made by the employer to the employment contract amounted to a constructive dismissal of the employee: para. 1. The employer eliminated the employee's position, but offered him a different position. *Farber* was therefore, in common law terms, a case about alleged repudiation by significant breach; the question was whether the employer's alleged breach of contract — that is, the elimination of his position coupled with the offer of a new one — was sufficiently important to constitute a repudiation of the contract by the employer. The Court referred to such a breach as a “fundamental breach” to signify “fundamental changes” to the contract in the sense that they were “substantial” changes to “essential” terms: see, e.g., para. 35. For the reasons that I have just discussed, I suggest that it would be more helpful in future to avoid the term “fundamental breach” in this context.

[159] *Farber*'s discussion of the common law is capable of being read as saying that there are not two categories of repudiation constituting constructive dismissal, but only one. Constructive dismissal only occurs when the employer commits what the Court referred to as a fundamental breach, or to use the language that I prefer, where the employer has

de nature à montrer l'intention de la partie fautive de ne plus être liée par le contrat. Or, cette façon de définir la violation présente le risque de confondre la répudiation inférée de l'importance de la violation concrète du contrat avec la répudiation anticipative inférée d'actes qui constituent ou non une violation, mais qui sont néanmoins la manifestation de l'intention de ne plus être lié par le contrat ou, du moins, par certaines de ses clauses importantes.

[157] La difficulté ressort des interprétations plausibles de l'analyse de la common law applicable au congédiement injustifié à laquelle se livre la Cour dans *Farber*, une affaire de droit civil. J'estime qu'il nous faut saisir l'occasion de clarifier ce point car, à mon sens, c'est lui qui est à l'origine en l'espèce des erreurs commises en première instance et en appel.

[158] Il s'agissait dans cette affaire de décider si la modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur équivalait au congédiement déguisé du salarié (par. 1). Après avoir supprimé le poste du salarié, l'employeur lui en avait offert un autre. Sous l'angle de la common law, il y avait donc répudiation alléguée découlant d'une violation importante. La question était de savoir si la violation alléguée du contrat par l'employeur, soit la suppression du poste jumelée à l'offre de nouvelles fonctions, était suffisamment importante pour emporter la répudiation du contrat par l'employeur. La Cour a alors parlé de « bris fondamental », c'est-à-dire de « modification fondamentale » du contrat au sens d'une modification « substantielle » de ses conditions « essentielles » (voir p. ex. par. 35). Pour les raisons tout juste exposées, j'estime qu'il serait préférable à l'avenir d'éviter de parler de « bris fondamental » dans ce contexte.

[159] On peut conclure de l'analyse fondée sur la common law dans *Farber* que la répudiation équivaut à un congédiement déguisé non pas dans deux cas, mais dans un seul. Il n'y a congédiement déguisé que lorsque l'employeur commet ce que la Cour appelle un bris (ou une violation) fondamental ou, pour employer une formulation qui me paraît

committed a sufficiently significant breach: para. 33. On this reading of the decision the employer's conduct that is not a breach or is not a sufficiently significant breach cannot constitute constructive dismissal. However, I do not think that this is the correct interpretation of the common law discussion in *Farber*. It is well established in the common law that an employer may constructively dismiss an employee even though the employer's conduct which evinces an intention not to be bound by the contract in the future does not constitute a present breach of contract or, if there is a present breach, is not sufficiently important to constitute repudiation on its own.

[160] Two judgments of the Ontario Court of Appeal have addressed this point and provided useful clarification with which I respectfully agree.

[161] In *Stolze v. Addario* (1997), 36 O.R. (3d) 323 (C.A.), at p. 326, the Court of Appeal, relying on *Farber*, stated the common law test for constructive dismissal as follows: “The court must . . . consider whether the act or acts of the employer have been such as to constitute a repudiation of the fundamental terms of the contract” (emphasis added). I agree with this statement of the law which leaves in place both of the categories of repudiation that I have discussed — that is, repudiation by significant breach and anticipatory repudiation.

[162] In *Shah v. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44, the Court of Appeal rejected the employer's contention that constructive dismissal could be established *only* if the employer had unilaterally changed a fundamental term of the employment contract. The court held, instead, that even if there is no change to a specific term of the contract of employment, an employer will be found to have constructively dismissed an employee if it demonstrated an intention no longer to be bound by the contract in the future, such as, for example, by a course of conduct which made the employee's position intolerable: paras. 8 and 10. I agree that

préférable, lorsque la violation par l'employeur est suffisamment importante (par. 33). Il résulte de cette interprétation que les actes de l'employeur qui ne constituent pas une violation ou qui ne sont pas une violation suffisamment importante ne peuvent donner lieu à un congédiement déguisé. Toutefois, je ne crois pas que ce soit la bonne façon d'interpréter l'analyse des règles de common law effectuée dans *Farber*. Il est bien établi dans ce système juridique qu'un employeur peut congédier un salarié de manière déguisée même lorsque ses actes, qui traduisent son intention de ne plus être lié par le contrat, ne constituent pas alors une violation de contrat ou, s'ils en constituent une, que celle-ci n'est pas suffisamment importante pour emporter répudiation à elle seule.

[160] Deux arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario portent sur ce point et apportent des éclaircissements utiles auxquels je souscris.

[161] Dans l'arrêt *Stolze c. Addario* (1997), 36 O.R. (3d) 323 (C.A.), p. 326, la Cour d'appel, s'appuyant sur l'arrêt *Farber*, formule comme suit le critère applicable au congédiement déguisé en common law : [TRADUCTION] « La cour doit [. . .] se demander si l'acte ou les actes de l'employeur sont de nature à emporter la répudiation des clauses fondamentales du contrat » (je souligne). Je souscris à cet énoncé du droit qui reprend les deux formes de répudiation dont j'ai fait état, à savoir la répudiation découlant d'une violation importante et la répudiation anticipative.

[162] Dans *Shah c. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44, la Cour d'appel rejette la prétention de l'employeur selon laquelle le congédiement déguisé *ne* peut être établi *que* lorsqu'il y a eu modification unilatérale d'une clause fondamentale du contrat de travail. La Cour d'appel conclut plutôt que, même si aucune clause particulière du contrat de travail n'a été modifiée, on conclura que l'employeur a congédié le salarié de façon déguisée s'il a manifesté l'intention de ne plus être lié par le contrat, notamment en se conduisant d'une manière qui a rendu la situation du salarié intolérable (par. 8 et 10). Je conviens que l'arrêt *Farber* ne permet pas

*Farber* does not stand for the proposition that constructive dismissal can be established only by actual breach of a fundamental term of the employment contract.

(2) The Trial Judge's Decision

[163] This brings me to what in my view was the first of the trial judge's errors which the Court of Appeal failed to correct. The trial judge framed the issue as being "whether or not the Commission breached the terms of [Mr. Potter's] employment contract by removing from him all the duties and powers of the [Executive Director] for an indefinite period of time": para. 34. The judge held that "the Commission did not do or say anything that would lead an objective observer to conclude that they had removed those duties from him permanently. On the contrary, the evidence supports a finding that the parties had been discussing what his future with the Commission would be and those discussions were not completed": para. 38. The Court of Appeal upheld this conclusion, focusing, as had the trial judge, on the question of whether the suspension with pay "substantially altered the essential terms of the employee's contract of employment": para. 83, citing *Farber*, at para. 26.

[164] In my respectful view, the approach followed by the trial judge and affirmed by the Court of Appeal was based on a legal error. This error resulted from failing to recognize that constructive dismissal may be established not only on the basis of an actual important breach, but also by conduct which, in light of all of the circumstances, shows that the employer does not intend to be bound in the future by important terms of the contract of employment. It follows that in assessing whether the employer's conduct constituted a repudiation of the contract of employment, the court must not only consider the importance of any actual breach in isolation, but must also consider the impact of the employer's conduct, in light of the circumstances and viewed objectively, on a reasonable person in the position of the employee. Consideration must be given not only to whether the suspension itself constituted a sufficiently serious breach of contract to constitute

d'affirmer que le congédiement déguisé ne peut être établi que par la violation concrète d'une clause fondamentale du contrat de travail.

(2) La décision du juge de première instance

[163] Je passe donc à ce que j'estime être la première erreur du juge de première instance que la Cour d'appel n'a pas corrigée. Le juge circonscrit la question à trancher comme étant celle de savoir, [TRADUCTION] « si la Commission a violé les clauses [du] contrat de travail [de M. Potter] en lui enlevant de toutes les fonctions et tous les pouvoirs de directeur général pour une durée indéfinie » (par. 34). Le juge conclut que « la Commission n'a rien fait ou dit qui amènerait un observateur objectif à conclure qu'elle lui avait enlevé ces fonctions de façon permanente. Au contraire, la preuve étaye la conclusion selon laquelle les parties discutaient son avenir à la Commission et ces discussions n'étaient pas terminées » (par. 38). La Cour d'appel confirme cette conclusion et s'attache, à l'instar du juge de première instance, à déterminer si la suspension avec salaire « constituait une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail de l'employé » (par. 83, citant *Farber*, par. 26).

[164] Soit dit en tout respect, j'estime que l'approche du juge de première instance, que confirme la Cour d'appel, repose sur une erreur de droit. Elle omet en effet de reconnaître que le congédiement déguisé peut découler non seulement d'une violation concrète importante, mais aussi d'actes qui, compte tenu de l'ensemble des circonstances, montrent l'intention de l'employeur de ne plus être lié par des clauses importantes du contrat de travail. Ainsi, une cour de justice doit, dans son examen visant à déterminer si les actes de l'employeur sont assimilables à une répudiation du contrat, se pencher non seulement sur l'importance de toute violation concrète considérée isolément, mais aussi sur l'effet de ces actes à la lumière des circonstances et du point de vue objectif d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du salarié. Il lui faut non seulement se demander si la suspension constituait en soi une violation du contrat suffisamment



repudiation, but whether the suspension, viewed in light of all of the surrounding circumstances, constituted an anticipatory breach in the sense that the employer evinced the intention not to be bound by important terms of the contract in the future. As Lord Scarman put it in *Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction UK Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571 (H.L.), at p. 590, the trial judge and the Court of Appeal in this case were “concentrating too much attention on one act isolated from its surrounding circumstances and failing to pay proper regard to the impact of the party’s conduct on the other party”.

[165] What were the surrounding circumstances and what was their legal relevance? The suspension occurred in the context of the Commission wanting to “buy out” Mr. Potter’s fixed term contract: trial reasons, at para. 43. As the trial judge put it, the Commission “made no secret that it wanted to negotiate a buy-out of Mr. Potter’s contract”: para. 40. The trial judge did not recognize that this intention to “buy out” Mr. Potter’s contract was consistent only with the Commission’s intention that Mr. Potter would leave his position before the end of his contractual term. The purpose of the buyout negotiations was to bring his contract of employment to an end through negotiation of a new contract on terms more favourable to the employer than Mr. Potter’s existing fixed term of employment. Moreover, as the trial judge found, the Commission did not want Mr. Potter to return to the workplace to ensure “that nothing would occur that might complicate the settlement negotiations”: para. 43. Once again, the trial judge failed to recognize that Mr. Potter’s indefinite suspension in the context of the buyout negotiations further underlined the Commission’s intention that Mr. Potter’s employment would come to an end otherwise than in accordance with his existing contract of employment. The suspension was of indefinite duration: the letter from the Commission’s counsel instructed that he not return to the workplace “until further direction”. Moreover, the letter gave no assurance that the Commission would in the future feel itself bound by the remuneration and benefit provisions of the contract of employment. The letter simply indicated

grave pour équivaloir à une répudiation, mais aussi si, compte tenu de toutes les circonstances, la suspension constituait une violation anticipative au sens où l’employeur a manifesté son intention de ne plus être lié par d’importantes clauses du contrat. Comme le dit lord Scarman dans l’arrêt *Woodar Investment Development Ltd. c. Wimpey Construction UK Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571 (H.L.), p. 590, dans cette affaire, le juge de première instance et la Cour d’appel [TRADUCTION] « se sont trop attachés à un seul acte, isolé de son contexte, et n’ont pas dûment tenu compte de l’effet des actes sur l’autre partie ».

[165] Quelles sont donc ces circonstances et quelle est leur importance sur le plan juridique? La suspension est survenue alors que la Commission cherchait à « racheter » le contrat à durée déterminée de M. Potter (motifs de première instance, par. 43), ce que la Commission « n’a pas dissimulé » selon le juge de première instance (par. 40). Le juge ne reconnaît pas que cette intention d’obtenir le départ de M. Potter contre le versement d’une indemnité s’expliquait seulement par la volonté de la Commission que M. Potter quitte son poste avant l’expiration de son contrat à durée déterminée. Les négociations entreprises en ce sens visaient à mettre fin au contrat et à en conclure un nouveau dont les conditions seraient plus avantageuses pour l’employeur. Qui plus est, conclut le juge, la Commission souhaitait que M. Potter ne rentre pas au travail afin que « n’arriv[e] rien qui puisse compliquer les négociations [en vue d’un] règlement amiable » (par. 43). Encore là, le juge ne reconnaît pas que la suspension de M. Potter pour une durée indéfinie dans le contexte de la négociation d’une indemnité de départ confirme l’intention de la Commission de mettre fin à l’emploi de M. Potter autrement que dans le respect du contrat de travail existant. La suspension était d’une durée indéfinie : la lettre du conseiller juridique de la Commission enjoignait au salarié de ne pas rentrer au travail [TRADUCTION] « avant qu’elle n’ait donné de nouvelles directives ». En outre, la Commission n’y donnait pas l’assurance qu’elle continuerait de se sentir liée par les clauses du contrat relatives à la rémunération et aux avantages sociaux. Elle se contentait

that Mr. Potter would continue to be paid “until instructed otherwise”. The inescapable inference is that the Commission felt entitled to depart from the remuneration provisions of the contract at any time in the future.

[166] The surrounding circumstances therefore reveal the following: (i) the Commission wanted to bring Mr. Potter’s employment to an end before the expiry of the term of his contract; (ii) the Commission wanted him to stay out of the workplace indefinitely; and (iii) the Commission provided no assurances that it would continue to honour the remuneration terms of his contract in the future. Had the trial judge taken these surrounding circumstances into account, as the relevant legal principles require, rather than focusing simply on how serious a breach of contract the suspension was, he would inevitably have concluded that the Commission had evinced a clear intention not to be bound in the future by important provisions of Mr. Potter’s employment contract. As my colleague Wagner J. concludes, the Commission was not entitled to unilaterally impose a purported “administrative suspension” of this nature.

*C. The Trial Judge’s Second Error: Excluding Relevant Evidence*

[167] The trial judge’s second error was to exclude from consideration the fact that on the same day the Commission’s counsel instructed Mr. Potter to stay out of the workplace indefinitely, the Chair of the Commission sent a letter to the Minister of Justice seeking to have Mr. Potter’s appointment revoked for cause. The trial judge decided that he could only consider what Mr. Potter knew at the time he claimed to have been constructively dismissed because “he could hardly allege that he was constructively dismissed based on something the employer did unbeknownst to him”: para. 36. The Court of Appeal, while conceding that this might have been an error, found that if it was, it was “wholly harmless”: para. 94.

d’indiquer que M. Potter continuerait de toucher son salaire « jusqu’à nouvel ordre ». La seule conclusion possible est que la Commission estimait pouvoir désormais déroger aux clauses du contrat portant sur la rémunération.

[166] Les circonstances de l’affaire sont donc les suivantes : (i) la Commission entendait mettre fin à l’emploi de M. Potter avant l’expiration de son contrat, (ii) elle lui a enjoint de ne pas rentrer au travail jusqu’à nouvel ordre et (iii) elle ne lui a pas donné l’assurance qu’elle continuerait de respecter les clauses de son contrat relatives à la rémunération. Si, conformément aux principes de droit applicables, le juge de première instance avait tenu compte de ces circonstances et non seulement de la gravité de la violation du contrat que constituait la suspension, il aurait nécessairement conclu que la Commission avait clairement manifesté l’intention de ne plus être liée par d’importantes clauses du contrat de travail de M. Potter. Comme le conclut mon collègue le juge Wagner, la Commission n’avait pas le pouvoir de prendre unilatéralement une telle mesure qualifiée de « suspension administrative ».

*C. La seconde erreur du juge de première instance : l’exclusion d’un élément de preuve pertinent*

[167] La seconde erreur du juge de première instance a été d’écarter le fait que le jour même où le conseiller juridique de la Commission a enjoint à M. Potter de ne pas rentrer au travail pour une période indéterminée, sa présidente a écrit au ministre de la Justice pour demander la révocation pour motif valable de la nomination de M. Potter. Le juge a décidé de ne tenir compte que de ce que M. Potter savait au moment où il a prétendu avoir été congédié de façon déguisée, car [TRADUCTION] « il [pouvait] difficilement soutenir qu’il a[vait] été congédié de façon déguisée en s’appuyant sur quelque chose que l’employeur a[avait] fait à son insu » (par. 36). Même si elle reconnaît qu’il a pu s’agir d’une erreur, la Cour d’appel conclut que, le cas échéant, l’erreur n’a eu « absolument aucune conséquence » (par. 94).

[168] While the law on this point is not as clear or as settled as one would wish, my view is that a non-breaching party claiming repudiation (i.e. Mr. Potter) is entitled to rely on grounds actually in existence at the time of the alleged repudiation but which were unknown to him at the time. I am also of the view that, contrary to the opinion of the Court of Appeal, the judge's exclusion of this letter from consideration was not a harmless error. The letter, understood in the context in which it was written, made it crystal clear that the Commission did not intend to be bound in the future by important provisions of his contract of employment.

#### Evidentiary Framework for Assessing the Employer's Intention

[169] Where the question is simply whether the employer's actual breach of the contract of employment was sufficiently serious to constitute a repudiation of the contract, the test is purely objective and is judged on the basis of what a reasonable person in the position of the other party would conclude. As held in *Farber*, the question of whether the employer has substantially altered the essential terms of the employee's contract is assessed by asking whether, at the time, a reasonable person in the same situation as the employee would have felt that the essential terms of the employment contract were being substantially changed: para. 26. It is not necessary for the employer to have intended to force the employee to leave and the employer's motives are not controlling: *Farber*, at para. 27; *Federal Commerce & Navigation Co. v. Molena Alpha Inc.*, [1979] A.C. 757 (H.L.). The relevant time is the time at which the employee had to decide whether to treat the employer's actions as a repudiation of the contract. As stated in *Farber*, "what is relevant is what was known by the [employee] at the time of the offer and what ought to have been foreseen by a reasonable person in the same situation. Evidence of events that occurred *ex post facto* is not relevant unless [those events] could reasonably have been foreseen": para. 42.

[168] Bien que, sur ce point, le droit ne soit ni aussi clair ni aussi bien établi qu'on pourrait le souhaiter, j'estime que la partie non fautive qui allègue la répudiation (en l'occurrence, M. Potter) peut invoquer des éléments qui existaient bel et bien au moment de la répudiation alléguée, mais qui lui étaient alors inconnus. Je suis également d'avis, contrairement à la Cour d'appel, que la décision erronée du juge de première instance d'écarter la lettre en question n'a pas été sans conséquence. Considérée dans le contexte de sa rédaction, la lettre fait ressortir on ne peut plus clairement que la Commission n'entendait plus être liée par d'importantes clauses du contrat de travail.

#### Critère d'appréciation de l'intention de l'employeur

[169] Lorsqu'il s'agit seulement de savoir si la violation du contrat de travail par l'employeur est suffisamment grave pour constituer une répudiation, le critère à appliquer est purement objectif et consiste à se demander ce que conclurait une personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'autre partie. Comme le conclut la Cour dans l'arrêt *Farber*, pour déterminer si l'employeur a modifié substantiellement les clauses essentielles du contrat de travail du salarié, il faut se demander si, au moment considéré, une personne raisonnable se trouvant dans la situation du salarié aurait considéré qu'il s'agissait d'une modification substantielle des clauses essentielles du contrat de travail (par. 26). Point n'est besoin que l'employeur ait eu l'intention de contraindre le salarié à quitter son emploi, et ses motivations importent peu (*Farber*, par. 27; *Federal Commerce & Navigation Co. c. Molena Alpha Inc.*, [1979] A.C. 757 (H.L.)). Le moment à considérer est celui où le salarié a dû décider de voir ou non dans les actes de l'employeur la répudiation du contrat. Comme le précise la Cour dans l'arrêt *Farber*, « sera pertinent ce qui était connu par [le salarié] au moment de l'offre ou devait être prévu par une personne raisonnable se trouvant dans sa situation. La preuve de faits *ex post facto* ne sera pertinente que si [ces faits] faisaient partie de l'expectative raisonnable » (par. 42).

[170] These principles reflect common sense and justice as, otherwise, “a party in breach could remove the other’s right to terminate by accompanying the substantial breach with an expression of hope that the contract would continue”: Waddams, at ¶595.

[171] These principles do not mean, however, that the breaching party’s motives or subjective intention are irrelevant in all cases or that the other party is always restricted to relying on information of which that party was actually unaware at the relevant time. So, for example, where the employee claims that the employer’s course of conduct evinces an intention not to be bound in the future by the contract, the court must evaluate that conduct in light of all of the circumstances. In doing so, while the breaching party’s motives as such are irrelevant, they may throw light on the way the alleged repudiatory conduct would be viewed by a reasonable person: see, e.g., *Eminence Property Developments Ltd. v. Heaney*, [2010] EWCA Civ 1168, [2011] 2 All E.R. (Comm.) 223, at para. 63; see also *Woodar*, at p. 574, per Lord Wilberforce. Moreover, a party alleging repudiation (in this case Mr. Potter) may rely on the other party’s conduct up to the time he accepted the repudiation and sued for constructive dismissal, even if he was unaware of it at that time.

[172] This last point is the important one for the purposes of this case: the trial judge excluded from consideration the fact, unknown to Mr. Potter at the time, that the Commission on the very day that it suspended him, sought as well to put in motion the steps to have him dismissed for cause. Moreover, the Commission’s counsel admitted on discovery that at the time of the suspension, the Commission had decided that Mr. Potter’s use to the Commission had come to an end.

[173] To exclude this evidence from consideration, as I see it, would be to make the employee’s right to claim constructive dismissal depend on whether the employer has succeeded in concealing his or her true state of mind: *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70 (Q.B.), at p. 91. Happily, the authorities do not support that unattractive position.

[170] C’est ce que commandent le bon sens et la justice, car sinon [TRADUCTION] « la partie fautive pourrait priver l’autre de son droit de résilier le contrat en joignant à la violation substantielle l’expression du vœu que le contrat demeure » (Waddams, ¶595).

[171] Il ne s’ensuit toutefois pas que les motivations de la partie fautive, ou son intention subjective, n’ont aucune pertinence ou que l’autre partie ne peut jamais se fonder sur des données dont elle n’avait pas connaissance au moment considéré. Par exemple, si le salarié fait valoir que les actes de l’employeur traduisent son intention de ne plus être lié par le contrat, la cour doit apprécier ce comportement à la lumière de l’ensemble des circonstances. Bien que les motivations de la partie fautive ne soient pas alors pertinentes en elles-mêmes, elles peuvent indiquer la manière dont une personne raisonnable considérerait la conduite répudiatoire alléguée (voir p. ex. *Eminence Property Developments Ltd. c. Heaney*, [2010] EWCA Civ 1168, [2011] 2 All E.R. (Comm.) 223, par. 63; voir aussi *Woodar*, p. 574, lord Wilberforce). Qui plus est, la partie qui allègue la répudiation (en l’espèce, M. Potter) peut se fonder sur le comportement qu’a eu l’autre partie jusqu’à ce qu’elle accepte la répudiation et poursuive pour congédiement déguisé, même si ce comportement lui était alors inconnu.

[172] C’est ce dernier point qui importe en l’espèce : le juge de première instance n’a pas pris en considération le fait, alors inconnu de M. Potter, que le jour où elle l’a suspendu, la Commission a également entrepris d’obtenir son congédiement pour motif valable. Par ailleurs, le conseiller juridique de la Commission a reconnu en interrogatoire préalable qu’au moment où elle a suspendu M. Potter, la Commission avait résolu de se passer de ses services.

[173] À mon sens, écarter cet élément de preuve c’est faire dépendre le droit du salarié d’alléguer le congédiement déguisé de l’habileté de l’employeur à dissimuler son véritable état d’esprit (*Universal Cargo Carriers Corp. c. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70 (Q.B.), p. 91). Heureusement, la jurisprudence n’appuie pas cette éventualité peu souhaitable.

[174] Lord Sumner set out the relevant principle in *British and Beningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co.*, [1923] A.C. 48 (H.L.), at pp. 71-72:

I do not think . . . that a buyer, who has repudiated a contract for a given reason which fails him, has, therefore, no other opportunity of defence either as to the whole or as to part, but must fail utterly. If he had repudiated, giving no reason at all, I suppose all reasons and all defences in the action, partial or complete, would be open to him. His motives certainly are immaterial, and I do not see why his reasons should be crucial. What he says is of course very material upon the question whether he means to repudiate at all, and, if so, how far, and how much, and on the question in what respects he waives the performance of conditions still performable in futuro or dispenses the opposite party from performing his own obligations any further; but I do not see how the fact, that the buyers have wrongly said “we treat this contract as being at an end, owing to your unreasonable delay in the performance of it” obliges them, when that reason fails, to pay in full, if, at the very time of this repudiation, the sellers had become wholly and finally disabled from performing essential terms of the contract altogether. [Emphasis added.]

[175] This principle was reiterated more recently in *Glencore Grain Rotterdam BV v. Lebanese Organisation for International Commerce*, [1997] 4 All E.R. 514 (C.A.), at p. 526, where Evans L.J. cited with approval the rule set out in *Taylor v. Oakes, Roncoroni, and Co.* (1922), 127 L.T. 267 (C.A.), at p. 269, per Greer J.:

It is a long established rule of law that a contracting party, who, after he has become entitled to refuse performance of his contractual obligations, gives a wrong reason for his refusal, does not thereby deprive himself of a justification which in fact existed, whether he was aware of it or not. [Emphasis added.]

[176] This principle must be qualified in certain situations, such as the case in which the ground advanced is one that, had it been advanced at the time, could have been corrected by the other party:

[174] Dans l'arrêt *British and Beningtons, Ltd. c. North Western Cachar Tea Co.*, [1923] A.C. 48 (H.L.), lord Sumner expose le principe applicable (p. 71-72)

[TRADUCTION] Je ne crois pas [. . .] que l'acheteur qui a répudié un contrat pour une raison qui se révèle non valable n'a plus d'autre moyen de défense à opposer à l'action en entier ou en partie, et que sa contestation est inéluctablement vouée à l'échec. S'il avait répudié le contrat sans donner de raison, je suppose qu'il pourrait opposer tout moyen à l'action en entier ou en partie. Ses motivations sont assurément sans importance et je ne vois pas pourquoi les raisons qu'il a invoquées seraient cruciales. Ce qu'il dit est bien sûr très important quant à savoir s'il entend réellement répudier le contrat et, le cas échéant, jusqu'à quel point et dans quelle mesure il entend le faire, et quant à savoir à quels égards il renonce à l'exécution de conditions dont l'exécution est encore possible à l'avenir, ou dispense l'autre partie de l'exécution ultérieure de ses propres obligations; or, je ne vois pas en quoi le fait d'avoir dit à tort « nous considérons que ce contrat a pris fin en raison du retard déraisonnable que vous accusez dans son exécution » oblige les acheteurs, lorsque cette raison n'est pas valable, à effectuer le paiement en totalité si, au moment même de cette répudiation, il était devenu complètement et définitivement impossible aux vendeurs d'exécuter des clauses essentielles du contrat considéré globalement. [Je souligne.]

[175] Ce principe a été repris plus récemment dans l'arrêt *Glencore Grain Rotterdam BV c. Lebanese Organisation for International Commerce*, [1997] 4 All E.R. 514 (C.A.), p. 526, où le lord juge Evans cite en l'approuvant la règle énoncée dans *Taylor c. Oakes, Roncoroni, and Co.* (1922), 127 L.T. 267 (C.A.), p. 269 (le juge Greer) :

[TRADUCTION] Il est une règle de droit établie de longue date voulant que la partie contractante qui, alors qu'elle peut refuser d'exécuter ses obligations contractuelles, donne une raison non valable pour justifier son refus ne soit pas du coup empêchée de faire valoir un motif de refus qui existait bel et bien, à son insu ou non. [Je souligne.]

[176] Certaines nuances s'imposent parfois, notamment lorsque le motif invoqué, s'il l'avait été en temps opportun, aurait permis à l'autre partie d'apporter les correctifs voulus (voir *Glencore*). Ce



see *Glencore*. But those sorts of qualifications of the principle are not relevant here. See also *Universal Cargo Carriers*, at p. 89; *Scandinavian Trading Co. A/B v. Zodiac Petroleum S.A.*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 81 (Q.B.), at p. 90.

[177] This principle is the mirror image of the common law principle that (subject to contractual and procedural considerations) an employer who dismisses an employee for cause may generally rely on any cause that in fact existed at the time of dismissal even if the employer was not aware of it at that time: see, e.g., *Lake Ontario Portland Cement Co. v. Groner*, [1961] S.C.R. 553, at pp. 563-64.

[178] I conclude that Mr. Potter, having accepted what he thought was the Commission's repudiation of his contract of employment, is entitled to rely on acts of the Commission up to that time which constituted evidence of repudiation even though he was not aware of those acts at that time he accepted the repudiation. The trial judge therefore erred in failing to take this into consideration in deciding whether Mr. Potter had been constructively dismissed.

[179] The Court of Appeal was of the view that if this was an error, it was a harmless one because the Commission did not think that it had the authority to dismiss Mr. Potter: para. 94. With respect, the Commission's belief about the question of its legal authority is beside the point. The question is whether a reasonable person, viewing all of the circumstances objectively, would conclude that the Commission had evinced an intention not to be bound by the contract of employment in the future. When its attempt to have Mr. Potter dismissed for cause is added to the other circumstances that I have reviewed above, the inescapable conclusion is that, as the Commission's counsel put it during discovery, the Commission had concluded that Mr. Potter's usefulness had come to an end. I agree with Mr. Potter when he argues that when the Commission suspended him indefinitely, it intended that he would never return to work and, I would add, it had no intention of paying him what his fixed term

n'est cependant pas le cas en l'espèce. Voir aussi *Universal Cargo Carriers*, p. 89; *Scandinavian Trading Co. A/B c. Zodiac Petroleum S.A.*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 81 (Q.B.), p. 90.

[177] Cette règle est le reflet du principe de common law selon lequel, sous réserve de considérations d'ordre contractuel et procédural, l'employeur qui congédie un salarié pour motif valable peut généralement s'appuyer sur tout motif qui existait au moment du congédiement même s'il en ignorait alors l'existence (voir p. ex. *Lake Ontario Portland Cement Co. c. Groner*, [1961] R.C.S. 553, p. 563-564).

[178] Je conclus que M. Potter, qui a accepté ce qu'il estimait être une répudiation de son contrat de travail par la Commission, peut invoquer les actes commis jusqu'alors par cette dernière et qui établissaient la répudiation, même s'il ne connaissait pas l'existence de ces actes au moment d'accepter la répudiation. Le juge de première instance a donc eu tort de ne pas tenir compte de ces actes pour décider si M. Potter avait fait l'objet ou non d'un congédiement déguisé.

[179] La Cour d'appel estime que, s'il s'agit d'une erreur, elle est sans conséquence, car la Commission ne croyait pas avoir le pouvoir de congédier M. Potter (par. 94). Sauf le respect dû à la Commission, son avis sur sa compétence importe peu. La question est de savoir si une personne raisonnable, considérant les circonstances objectivement, conclurait que la Commission a manifesté l'intention de ne plus être liée par le contrat de travail. Lorsqu'on ajoute aux autres circonstances déjà mentionnées la tentative de la Commission de faire en sorte que M. Potter soit congédié pour motif valable, force est de conclure que, comme l'a dit son conseiller juridique en interrogatoire préalable, elle avait résolu de se passer des services du salarié. Je conviens avec M. Potter que, lorsqu'elle l'a suspendu indéfiniment, la Commission entendait faire en sorte qu'il ne revienne jamais au travail, et j'ajouterais qu'elle n'avait nullement l'intention de lui verser ce à quoi elle était tenue par le contrat de travail

contract of employment required. If that does not evince a firm and clear intention on the part of the employer not to be bound in the future by the terms of his contract of employment, it is difficult for me to conceive of what would.

#### D. *Other Issues*

[180] I prefer not to address the common employer doctrine. Both parties accept that the Legal Aid Services Commission may be treated for all intents and purposes as Mr. Potter's employer.

[181] The Commission also argued that if Mr. Potter did not succeed in establishing constructive dismissal, he resigned by starting his action. Given my conclusion that he was constructively dismissed, I prefer not to address this additional and thorny question. Of course, under the general law, the non-breaching party faced with a repudiatory breach by the other party has a choice to either affirm the contract or to accept the repudiation and treat the contract as over. That principle of the general law of contract does not fit comfortably with contracts of employment given the obvious difficulty of an employee affirming the contract but suing for damages for its breach. The issue is further complicated by questions of mitigation. I would leave these questions for another day.

[182] The appellant submits that the pension benefits that he received should not be deducted from his damage award for wrongful dismissal. Our decision in *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985, which was not available at the time of the trial or the appeal to the Court of Appeal, settles this point in favour of Mr. Potter.

#### III. Disposition

[183] I would allow the appeal with costs throughout as proposed by my colleague Wagner J.

à durée déterminée. Si cela n'est pas la manifestation de l'intention ferme et claire de l'employeur de ne plus être lié par les clauses de son contrat de travail, je vois mal ce qui pourrait l'être.

#### D. *Autres points*

[180] Je préfère ne pas me pencher sur la doctrine de l'employeur unique. Les deux parties conviennent que la Commission des services d'aide juridique peut être considérée à tous égards comme l'employeur de M. Potter.

[181] La Commission soutient également que si le congédiement déguisé n'est pas établi, il y a eu démission de M. Potter lorsqu'il a intenté son action. Vu ma conclusion selon laquelle le salarié a fait l'objet d'un congédiement déguisé, je préfère ne pas me prononcer sur cette question épineuse. Certes, en droit commun, une violation répudiatoire confère à la partie non fautive le droit soit de confirmer le contrat, soit d'accepter la répudiation et de considérer que le contrat n'est plus. Ce principe du droit général des contrats ne s'applique pas aisément au contrat de travail pour la raison évidente qu'il est difficile à un salarié de confirmer le contrat tout en poursuivant l'employeur en dommages-intérêts pour violation. L'obligation de limiter le préjudice rend les choses encore plus compliquées. Ces questions devront être tranchées à une autre occasion.

[182] L'appelant soutient que les prestations de retraite qu'il a touchées ne doivent pas être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. L'arrêt *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985, qui n'avait pas encore été rendu au moment du procès ou de l'appel devant la Cour d'appel, règle ce point en faveur de M. Potter.

#### III. Dispositif

[183] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, comme le propose mon collègue le juge Wagner.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: EJ Mockler Professional Corporation, Fredericton; Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Stewart McKelvey, Fredericton.*

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant : EJ Mockler Professional Corporation, Fredericton; Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée : Stewart McKelvey, Fredericton.*