

Donald Norman Evans *Appellant*

v.

Teamsters Local Union No. 31 *Respondent*

**INDEXED AS: EVANS v. TEAMSTERS LOCAL UNION
No. 31**

Neutral citation: 2008 SCC 20.

File No.: 31733.

2008: January 29; 2008: May 1.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
THE YUKON TERRITORY

Employment law — Wrongful dismissal — Damages — Duty to mitigate — Union employee wrongfully dismissed after new union executive took office — Whether employee required to mitigate damages by returning to work for same employer.

E was employed for over 23 years as a business agent in the respondent union's Whitehorse office. He was dismissed on January 2, 2003 after the election of a new union executive. The incoming president faxed E a termination letter, and later that same day telephoned him to "commence discussions". E's legal counsel wrote a letter to the incoming president the following day submitting that E was entitled to reasonable notice of the termination of his employment. He said that E was prepared to accept 24 months' notice of termination and suggested that this could be granted through 12 months of continued employment followed by a payment of 12 months of salary in lieu of notice. Subsequent to this proposal there was a continuing exchange of correspondence between the lawyers, but no resolution was reached. In the meantime, the union continued to pay E his salary and benefits. E stated during this period that he wanted a settlement which would see him retire and his wife replace him as the union's business agent. E also became aware that other union employees who had been fired on the same day and in the same way had been reinstated, either with working notice or unconditionally. On May 23, E received a letter from the union's legal counsel requesting that he "return to his employment . . . to serve out the balance of his notice period

Donald Norman Evans *Appelant*

c.

Teamsters Local Union No. 31 *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : EVANS c. TEAMSTERS LOCAL UNION
No. 31**

Référence neutre : 2008 CSC 20.

N° du greffe : 31733.

2008 : 29 janvier; 2008 : 1^{er} mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU TERRITOIRE
DU YUKON

Employeur et employé — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Obligation de limiter le préjudice — Employé du syndicat injustement congédié après l'entrée en fonction des nouveaux dirigeants du syndicat — L'employé était-il tenu de limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur?

E a été employé pendant plus de 23 ans à titre d'agent d'affaires au bureau du syndicat intimé situé à Whitehorse. Il a été congédié le 2 janvier 2003 après l'élection des nouveaux dirigeants syndicaux. Le nouveau président lui a fait parvenir par télécopieur une lettre de congédiement et lui a téléphoné plus tard le même jour pour « amorcer des discussions ». Le lendemain, l'avocat de E a écrit au nouveau président et a fait valoir que E avait droit à un préavis raisonnable de congédiement. Il a précisé que E était disposé à accepter un préavis de 24 mois, en indiquant que cela pourrait prendre la forme d'un maintien en poste de 12 mois suivi du versement d'une indemnité de préavis de 12 mois de salaire. Cette proposition a été suivie d'une correspondance entre les avocats, sans qu'on parvienne à une solution. Dans l'intervalle, le syndicat a continué de verser à E son salaire et ses avantages sociaux. E a déclaré pendant cette période souhaiter arriver à un règlement suivant lequel il prendrait sa retraite et son épouse le remplacerait au poste d'agent d'affaires du syndicat. E a également appris que d'autres employés du syndicat, congédiés le même jour et de la même façon, avaient été réintégrés dans leurs fonctions, soit avec un préavis, soit de façon inconditionnelle. Le 23 mai, E a reçu de l'avocat du syndicat une lettre exigeant qu'il

of 24 months” and stating that, if he refused to return, the union would “treat that refusal as just cause, and formally terminate him without notice”. E indicated he would return to work provided the union immediately rescinded its termination letter of January 2003, but the union was not prepared to do so.

The trial judge found that E had been wrongfully dismissed and was entitled to 22 months’ notice. He also found that the union had not shown that E had failed to mitigate his damages. E was awarded over \$100,000 in damages, representing the salary and allowances owed to him. The Court of Appeal set aside the damage award, holding that E had not acted reasonably with respect to the job offer made to him by the union, and that this constituted a failure to mitigate his damages.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Rothstein JJ.: Where the employer has ended the employment contract without notice, the employer is required to pay damages in lieu of notice, but that requirement is subject to the employee making a reasonable effort to mitigate the damages by seeking an alternate source of income. Given that both wrongful dismissal and constructive dismissal are characterized by employer-imposed termination of the employment contract (without cause), there is no principled reason to distinguish between them when evaluating the need to mitigate. Although in some instances the relationship between the employee and the employer will be less damaged where constructive rather than wrongful dismissal has occurred, this will not always be the case. Accordingly, this relationship is best considered on a case-by-case basis when the reasonableness of the employee’s mitigation efforts is being evaluated. [27-28]

In some circumstances it will be necessary for a dismissed employee to mitigate his or her damages by returning to work for the same employer. Assuming there are no barriers to re-employment, requiring an employee to mitigate by taking temporary work with the dismissing employer is consistent with the notion that damages are meant to compensate for lack of notice, and not to penalize the employer for the dismissal itself. Not imposing such a requirement would create an artificial distinction between an employer who terminates and offers re-employment and one who gives notice of termination and offers working notice. [28-29]

« réintègre son emploi [. . .] pour s’acquitter du reste de sa période de préavis de 24 mois » et indiquant qu’en cas de refus d’obtempérer, le syndicat « considérera ce refus comme un motif valable et mettra officiellement fin à son emploi, sans préavis ». E a répondu qu’il retournerait au travail à la condition que le syndicat annule sa lettre de congédiement de janvier 2003, ce que le syndicat n’était pas disposé à faire.

Le juge de première instance a conclu que E avait été injustement congédié et avait droit à un préavis de 22 mois. Il a également conclu que le syndicat n’avait pas démontré que E n’avait pas limité son préjudice et lui a accordé plus de 100 000 \$ en dommages-intérêts, une somme correspondant au salaire et aux indemnités qui lui étaient dus. La Cour d’appel a annulé la condamnation aux dommages-intérêts et a statué que E n’avait pas agi d’une manière raisonnable quant à l’offre d’emploi du syndicat et avait ainsi omis de limiter son préjudice.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Rothstein : Si l’employeur a mis fin au contrat de travail sans préavis, il est tenu de verser une indemnité de préavis à la condition que l’employé fasse des efforts raisonnables pour limiter le préjudice en cherchant une autre source de revenu. Comme le congédiement injustifié et le congédiement déguisé sont tous deux caractérisés par la résiliation (sans motif valable) du contrat de travail imposée par l’employeur, il n’existe sur le plan des principes aucune raison de faire une distinction entre eux lorsqu’on évalue la nécessité de la limitation du préjudice. Si la relation entre l’employé et l’employeur sera parfois moins détériorée par un congédiement déguisé que par un congédiement injustifié, ce ne sera pas toujours le cas. Aussi vaut-il mieux considérer cette relation au cas par cas lorsqu’on évalue le caractère raisonnable des efforts de l’employé pour limiter le préjudice. [27-28]

Dans certaines circonstances l’employé congédié devra limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur. Dans l’hypothèse où il n’existe pas d’obstacles à la reprise de l’emploi, le fait de demander à un employé de limiter son préjudice en acceptant un travail temporaire auprès de l’employeur qui l’a congédié s’accorde avec l’idée que les dommages-intérêts constituent une indemnité pour l’absence de préavis, et ne visent pas à pénaliser l’employeur pour le congédiement lui-même. En n’imposant pas une telle obligation, on se trouverait à établir une distinction artificielle entre l’employeur qui congédie son employé puis offre de le reprendre à son service, et celui qui donne un avis de cessation d’emploi et offre un préavis. [28-29]

The employer bears the onus of demonstrating both that an employee has failed to make reasonable efforts to find work and that work could have been found. Where the employer offers the employee a chance to mitigate damages by returning to work for the employer, the central issue is whether a reasonable person would accept such an opportunity. A reasonable person should be expected to do so where the salary offered is the same, where the working conditions are not substantially different or the work demeaning, and where the personal relationships involved are not acrimonious. Other relevant factors include the history and nature of the employment, whether or not the employee has commenced litigation, and whether the offer of re-employment was made while the employee was still working for the employer or only after he or she had already left. The critical element is that an employee not be obliged to mitigate by working in an atmosphere of hostility, embarrassment or humiliation. Although an objective standard must be used to evaluate whether a reasonable person in the employee's position would have accepted the employer's offer, it is extremely important that the non-tangible elements of the situation — including work atmosphere, stigma and loss of dignity — be included in the evaluation. [30]

Here, the evidence does not support the conclusion that E's circumstances, viewed objectively, justified his refusal to resume employment with the union. E's requests for rescission of the letter of termination and re-establishment as an indefinite term employee were unreasonable since their effect would simply have been to extend his notice period to 29 months. The requirement that E's wife be given a new contract of employment was also unreasonable, as this had no relationship to the conditions under which E himself would be continuing his employment relationship with the union. Moreover, the particular aspects of E's testimony that were retained by the trial judge do not reflect an objective evaluation of the reasonableness of E's decision to refuse employment in order to mitigate his damages. The trial judge erred in law in applying a purely subjective test and failing to consider relevant evidence. As the Court of Appeal recognized, there was strong evidence that E was prepared to resume his old job and that he understood the May 23 letter to be an invitation to do so. Furthermore, his concerns about returning to work were never invoked in the various negotiations with the union. Although the fears expressed by E may have been subjectively justified, there was no evidence of acrimony between the incoming president and E, and no evidence that E would be unable to perform his duties in the future. The fact that E was at one time prepared

Il incombe à l'employeur de démontrer, d'une part, que l'employé n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver du travail et, d'autre part, qu'il aurait pu en trouver. Si l'employeur offre à l'employé la possibilité de limiter son préjudice en revenant travailler pour lui, la question centrale à trancher est de savoir si une personne raisonnable accepterait une telle offre. Il faut s'attendre à ce qu'une personne raisonnable le fasse si le salaire offert est le même, si les conditions de travail ne sont pas sensiblement différentes ou le travail n'est pas dégradant, et si les relations personnelles ne sont pas acrimonieuses. Il existe d'autres facteurs pertinents, notamment l'historique et la nature de l'emploi, le fait que l'employé ait ou non tenté une action, et le fait que l'offre de reprise de l'emploi ait été faite pendant que l'employé travaillait encore pour l'employeur ou seulement après son départ. L'élément essentiel, c'est que l'employé ne doit pas être obligé, pour limiter son préjudice, de travailler dans un climat d'hostilité, de gêne ou d'humiliation. Même s'il y a lieu de recourir à un critère objectif pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation que l'employé aurait accepté l'offre de l'employeur, il est de la plus haute importance de prendre en compte, dans l'évaluation, les aspects non tangibles de la situation — y compris le climat de travail, la stigmatisation et la perte de dignité. [30]

En l'espèce, la preuve ne permet pas de conclure que la situation de E, considérée objectivement, justifiait son refus de recommencer à travailler pour le syndicat. Les demandes de E concernant l'annulation de la lettre de congédiement et sa réintégration à titre d'employé à durée indéterminée étaient déraisonnables puisqu'elles auraient simplement eu pour effet de prolonger la période de préavis jusqu'à 29 mois. L'exigence relative à la conclusion d'un nouveau contrat de travail avec l'épouse de E était elle aussi déraisonnable, étant sans lien aucun avec les conditions auxquelles lui-même continuerait sa relation d'emploi avec le syndicat. En outre, les éléments précis du témoignage de E retenus par le juge de première instance ne cadrent pas avec une évaluation objective du caractère raisonnable de sa décision de refuser de reprendre son travail afin de limiter son préjudice. Le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu'il a appliqué un critère purement subjectif et qu'il n'a pas pris en considération des éléments de preuve pertinents. La Cour d'appel a reconnu l'existence d'une preuve convaincante indiquant que E était disposé à reprendre son ancien travail et qu'il a vu dans la lettre du 23 mai une invitation en ce sens. De plus, ses préoccupations relatives à son retour au travail n'ont jamais été invoquées au cours des diverses négociations avec le syndicat. Même si les craintes exprimées par E peuvent avoir été

to return to work if his wife was guaranteed the same term also demonstrates that the reasons given by the trial judge to justify the refusal found no support in the evidence. The relationship between E and the union was not seriously damaged. Given that the terms of employment were the same, it was not objectively unreasonable for E to return to work to mitigate his damages. [37-38] [47-48] [50]

Per Abella J. (dissenting): When an employee is fired without cause and without reasonable notice, the dismissal is, at law, “wrongful”. The employee is immediately entitled to an action in damages. Such an employee should not be expected or required to mitigate any damages by remaining in the workplace from which he or she has been dismissed. To do so disregards the uniqueness of an employment contract as one of personal service. [106-108]

A purely objective test should not be applied to E’s decision not to return to the workplace from which he had been fired. Both objective and subjective factors are relevant in evaluating what a reasonable person in the position of the employee would do and whether a particular dismissed employee should be obliged to mitigate any damages by working in an atmosphere of hostility, embarrassment or humiliation. Different employees will be differently affected by a dismissal, and are entitled to consideration being given to the reality of their own experience and reaction. [109] [113]

The trial judge rejected the union’s argument that the purpose of the January 2 phone call was to negotiate a period of working notice. There is no reason to disturb this finding. The trial judge also construed the union’s letter of May 23 as a demand that E return to work, not an offer. It is difficult to read it any other way, particularly since the letter said he would be dismissed for cause if he did not return on the specific date. The union could have told E on January 2 that his employment would end two years later, or that his employment would be terminated immediately with two years’ pay in lieu of notice. What it could not do was fire him without notice on January 2, and then, when negotiations failed, fire him unlawfully again when he failed to accept the union’s *ex post facto* acknowledgment that as of January 2, he was entitled to 24 months’

subjectivement justifiées, il n’y avait aucune preuve de relations acrimonieuses entre le nouveau président et E, ni aucune preuve que E serait incapable d’accomplir ses fonctions à l’avenir. Le fait que E ait été à un moment disposé à retourner au travail si l’on garantissait à son épouse le maintien de son emploi pour la même durée montre également que les raisons données par le juge de première instance pour justifier le refus n’étaient pas étayées par la preuve. La relation entre E et le syndicat n’était pas gravement détériorée. Comme les conditions d’emploi étaient les mêmes, il n’était pas objectivement déraisonnable que E reprenne son travail pour limiter son préjudice. [37-38] [47-48] [50]

La juge Abella (dissidente) : Lorsqu’un employé est congédié sans motif valable et sans préavis, il s’agit en droit d’un congédiement « injustifié ». L’employé a immédiatement le droit d’intenter une action en dommages-intérêts. Il ne faudrait pas s’attendre de cet employé qu’il limite son préjudice en restant au lieu de travail où il a été congédié, ni exiger qu’il le fasse. On se trouverait alors à ne faire aucun cas du caractère tout à fait particulier du contrat de travail individuel. [106-108]

Un critère purement objectif ne devrait pas être appliqué à l’égard de la décision de E de ne pas retourner travailler pour l’employeur qui l’avait congédié. Les facteurs objectifs comme les facteurs subjectifs sont pertinents lorsqu’il s’agit d’évaluer ce que ferait une personne raisonnable dans la même situation que l’employé et si un employé qui a été congédié devrait être obligé, pour limiter son préjudice, de travailler dans un climat d’hostilité, de gêne ou d’humiliation. Les employés ne sont pas tous touchés de la même manière par un congédiement et ils sont en droit de s’attendre à ce qu’on prenne en considération la réalité de leur propre expérience et de leur propre façon de réagir. [109] [113]

Le juge de première instance a rejeté l’argument du syndicat selon lequel par son appel téléphonique du 2 janvier, il avait pour objectif de négocier un préavis. Aucune raison ne justifie de modifier cette conclusion. Le juge de première instance a également interprété la lettre du 23 mai du syndicat comme un ordre donné à E de retourner au travail, et non comme une offre. Il est difficile de l’interpréter autrement, en particulier puisque la lettre dit que E sera congédié pour un motif valable s’il ne rentre pas au travail à une date donnée. On aurait pu lui dire le 2 janvier que son emploi prendrait fin deux ans plus tard, ou qu’il prendrait fin immédiatement avec une indemnité de préavis de deux ans. Ce qu’on ne pouvait pas faire, c’était le congédier sans préavis le 2 janvier pour ensuite, après l’échec des négociations, le congédier de nouveau d’une façon illégale

notice, but had to spend it working for the union. [117] [119-121]

The trial judge's findings on the reasonableness of E's refusal to mitigate by returning to his former employer rested on nine factors, all of which were supported by the evidence. Likewise, there is no basis for overturning the trial judge's factual finding that E acted reasonably in his negotiations with the union. There can be no significance attached to the fact that E did not, during the negotiations, expressly articulate the nine factors identified by the trial judge as justification for his refusal to return to work. Nor does the fact that E was prepared to return to work if his termination letter was rescinded constitute either an unreasonable expectation or an admission that his working relationships remained unaffected by the dismissal. [135-136]

The burden was on the employer to demonstrate that E had failed to make reasonable efforts to find work. The trial judge concluded that E had made sufficient effort but that, given the size of the community, his age, and the unique nature of his job as a business agent among other things, no alternative jobs were available. The fact that the wrongful dismissal resulted in a paucity of alternative employment opportunities did not entitle the employer, in its own financial interests, to direct E to mitigate his damages by serving out the notice period in the workplace from which he had been wrongfully dismissed. [126] [137]

The trial judge's reasons in this case reflect a thoughtful and thorough review of the evidence. He made no errors of law and his findings with respect to the reasonableness of E's decision not to accede to the union's demand that he mitigate his damages by returning to the workplace or face dismissal for cause, are amply supported in the evidence. Therefore, the trial judge's decision should be restored. [116] [140]

Cases Cited

By Bastarache J.

Referred to: *Cox v. Robertson* (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640; *Michaud v. RBC Dominion Securities Inc.*, [2003] C.L.L.C. ¶ 210-015, 2002 BCCA 630; *Christianson v. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747; *Farquhar v. Butler Brothers Supplies*

lorsqu'il a refusé d'accepter que le syndicat reconnaisse *ex post facto* qu'il avait droit le 2 janvier à un préavis de 24 mois, mais qu'il devait travailler pour le syndicat pendant ce temps-là. [117] [119-121]

La décision du juge de première instance relative au caractère raisonnable du refus de E de limiter son préjudice en retournant au travail chez son ancien employeur reposait sur neuf facteurs, tous étayés par la preuve. De même, il n'y a aucune raison d'infirmer la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle E a agi d'une façon raisonnable lors de ses négociations avec le syndicat. On ne peut attacher d'importance au fait que E n'a pas expressément formulé, pendant les négociations, les neuf raisons mentionnées par le juge de première instance comme justification de son refus de retourner au travail. Le fait que E était disposé à retourner au travail si l'on annulait sa lettre de congédiement ne constitue pas non plus une attente déraisonnable, ni un aveu que le congédiement n'a pas eu d'incidence sur ses relations de travail. [135-136]

Il incombait à l'employeur de démontrer que E n'avait pas fait des efforts raisonnables pour trouver un emploi. Le juge de première instance a conclu que E avait fait des efforts suffisants mais que, compte tenu de la taille de la collectivité, de l'âge de E et du caractère particulier de son travail d'agent d'affaires, aucun autre emploi ne s'offrait à lui. Le fait que le congédiement injustifié ait eu pour conséquence une rareté des possibilités d'emploi de remplacement n'autorisait pas l'employeur, dans son propre intérêt financier, à ordonner à E de limiter son préjudice en travaillant durant toute sa période de préavis à l'endroit où il avait été injustement congédié. [126] [137]

Les motifs du juge de première instance en l'espèce témoignent d'un examen réfléchi et approfondi de la preuve. Il n'a commis aucune erreur de droit et ses conclusions relatives au caractère raisonnable de la décision de E de ne pas donner suite à la demande du syndicat de limiter son préjudice en reprenant son poste sans quoi il ferait l'objet d'un congédiement motivé sont largement étayées par la preuve. Par conséquent, la décision du juge de première instance devrait être rétablie. [116] [140]

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Cox c. Robertson* (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640; *Michaud c. RBC Dominion Securities Inc.*, [2003] C.L.L.C. ¶ 210-015, 2002 BCCA 630; *Christianson c. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747; *Farquhar c. Butler*

Ltd. (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89; *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Mifsud v. MacMillan Bathurst Inc.* (1989), 70 O.R. (2d) 701; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

By Abella J. (dissenting)

Cox v. Robertson (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640; *Farquhar v. Butler Brothers Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Machtlinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Cemco Electrical Manufacturing Co. v. Van Snellenberg*, [1947] S.C.R. 121; *Christianson v. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747; *Smith v. Aker Kvaerner Canada Inc.*, [2005] B.C.J. No. 150 (QL), 2005 BCSC 117; *De Francesco v. Barnum* (1890), 45 Ch. D. 430; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; *Forshaw v. Aluminex Extrusions Ltd.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 140; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802.

Authors Cited

Cheshire, G. C., C. H. S. Fifoot and M. P. Furmston. *The Law of Contract*, 8th ed. London: Butterworths, 1972.

England, Geoffrey. “Recent Developments in the Law of the Employment Contract: Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm” (1994-95), 20 *Queen’s L.J.* 557.

Fudge, Judy. “The Limits of Good Faith in the Contract of Employment: From *Addis* to *Vorvis* to *Wallace* and Back Again?” (2007), 32 *Queen’s L.J.* 529.

Harris, David. *Wrongful Dismissal*, vol. 2, loose-leaf ed. Toronto: Thomson Carswell (updated 2005, release 8).

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book (updated October 2004, release 13).

APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (Saunders, Smith and Thackray JJ.A.) (2006), 231 B.C.A.C. 19, 381 W.A.C. 19, 53 C.C.E.L. (3d) 177, [2006] C.L.L.C. ¶ 210-045, [2006] Y.J. No. 90 (QL), 2006 CarswellYukon 86, 2006 YKCA 14, reversing a decision of Gower J., [2005] Y.J.

Brothers Supplies Ltd. (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89; *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Mifsud c. MacMillan Bathurst Inc.* (1989), 70 O.R. (2d) 701; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Cox c. Robertson (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640; *Farquhar c. Butler Brothers Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Machtlinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Darbishire c. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Cemco Electrical Manufacturing Co. c. Van Snellenberg*, [1947] R.C.S. 121; *Christianson c. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747; *Smith c. Aker Kvaerner Canada Inc.*, [2005] B.C.J. No. 150 (QL), 2005 BCSC 117; *De Francesco c. Barnum* (1890), 45 Ch. D. 430; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; *Forshaw c. Aluminex Extrusions Ltd.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 140; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802.

Doctrine

Cheshire, G. C., C. H. S. Fifoot and M. P. Furmston. *The Law of Contract*, 8th ed. London : Butterworths, 1972.

England, Geoffrey. « Recent Developments in the Law of the Employment Contract : Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm » (1994-1995), 20 *Queen’s L.J.* 557.

Fudge, Judy. « The Limits of Good Faith in the Contract of Employment : From *Addis* to *Vorvis* to *Wallace* and Back Again? » (2007), 32 *Queen’s L.J.* 529.

Harris, David. *Wrongful Dismissal*, vol. 2, loose-leaf ed. Toronto : Thomson Carswell (updated 2005, release 8).

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto : Canada Law Book (updated October 2004, release 13).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Yukon (les juges Saunders, Smith et Thackray) (2006), 231 B.C.A.C. 19, 381 W.A.C. 19, 53 C.C.E.L. (3d) 177, [2006] C.L.L.C. ¶ 210-045, [2006] Y.J. No. 90 (QL), 2006 CarswellYukon 86, 2006 YKCA 14, qui a infirmé une décision du juge Gower,

No. 106 (QL), 2005 YKSC 71. Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Eugene Meehan, Q.C., and Marie-France Major, for the appellant.

Leo B. McGrady, Q.C., and Christopher J. Foy, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Rothstein JJ. was delivered by

[1] BASTARACHE J. — This appeal concerns an employee’s duty to mitigate damages for wrongful dismissal. In particular, the Court is asked to determine whether an employee who has been wrongfully dismissed is required to mitigate damages by returning to work for the same employer who terminated the employment contract.

Facts

[2] The appellant, Donald Evans, was employed for over 23 years as a business agent in the respondent union’s Whitehorse office. He was one of two employees in this office; the other was his wife, Ms. Barbara Evans. Mr. Evans was dismissed on January 2, 2003 after the election of a new union executive. During the election campaign, held in December 2002, Mr. Evans supported the incumbent president, who was defeated.

[3] Prior to taking office on January 1, 2003, the incoming president, Mr. Hennessy, asked the union’s legal counsel, Mr. McGrady, for an opinion regarding the termination of six employees, including Mr. Evans and three other business agents located in other cities. In a letter dated December 31, 2002, counsel suggested that a court would find that Mr. Evans was an “indefinite term employee” and that the union’s severance pay plan was “not a substitute for the Local’s obligation to provide working notice or pay in lieu of notice”. He also suggested the wording of a letter to be sent to the four business agents.

[2005] Y.J. No. 106 (QL), 2005 YKSC 71. Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Eugene Meehan, c.r., et Marie-France Major, pour l’appelant.

Leo B. McGrady, c.r., et Christopher J. Foy, pour l’intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Rothstein rendu par

[1] LE JUGE BASTARACHE — Ce pourvoi concerne l’obligation pour un employé de limiter le préjudice causé par un congédiement injustifié. On demande plus précisément à la Cour de déterminer si un employé congédié sans motif valable peut être tenu de limiter son préjudice en recommençant à travailler pour l’employeur qui avait mis fin au contrat de travail.

Les faits

[2] L’appelant, M. Donald Evans, a été employé pendant plus de 23 ans à titre d’agent d’affaires au bureau du syndicat intimé situé à Whitehorse. Il était l’un des deux employés travaillant à ce bureau; l’autre était son épouse, M^{me} Barbara Evans. M. Evans a été congédié le 2 janvier 2003 après l’élection des nouveaux dirigeants syndicaux. Pendant la campagne électorale, qui s’est déroulée en décembre 2002, M. Evans avait soutenu le président sortant, qui a été défait.

[3] Avant son entrée en fonction le 1^{er} janvier 2003, le nouveau président, M. Hennessy, a demandé à l’avocat du syndicat, M. McGrady, un avis sur le licenciement de six employés, notamment M. Evans et trois autres agents d’affaires exerçant leurs fonctions dans d’autres villes. Dans une lettre datée du 31 décembre 2002, l’avocat a indiqué qu’un tribunal conclurait selon lui que M. Evans était un [TRADUCTION] « employé à durée indéterminée » et que le régime d’indemnité de départ du syndicat « ne pouvait pas remplacer l’obligation du syndicat de donner un préavis ou une indemnité de préavis ». Il a également suggéré la formulation de la lettre qui devrait être envoyée aux quatre agents d’affaires.

[4] On January 2, 2003, Mr. Hennessy faxed a letter to Mr. Evans. This letter was almost entirely in the form suggested by counsel, but did not include the clause regarding working notice. The letter could not have come as a surprise to Mr. Evans because earlier that day he had received a copy of Mr. McGrady's opinion letter, "leaked" by somebody at the union's main office in Delta.

[5] As promised in his letter, Mr. Hennessy telephoned Mr. Evans later that same day to "commence . . . discussions". This conversation was surreptitiously tape recorded by Mr. Evans.

[6] Mr. Evans' legal counsel, Mr. Macdonald, wrote a letter to Mr. Hennessy on January 3, 2003. He submitted that Mr. Evans was entitled to reasonable notice of the termination of his employment. He said that Mr. Evans was prepared to accept 24 months' notice of termination and suggested that this could be granted through 12 months of continued employment followed by a payment of 12 months of salary in lieu of notice.

[7] Subsequent to this proposal there was a continuing exchange of correspondence between the lawyers, but no resolution was reached. Mr. McGrady insisted that the original letter of January 2, 2003 "was not intended as a termination without notice", while Mr. Macdonald questioned that position, but pushed for negotiations. In the meantime, the union continued to pay Mr. Evans his salary and benefits, a fact which added a wrinkle to the ongoing discussions. Further, Mr. Evans stated during this period that he wanted a settlement which would see him retire and his wife replace him as the union's business agent.

[8] Mr. McGrady stated the following in a letter dated May 23, 2003:

I am replying to your letter of May 12, 2003. My client is unable to agree to Ms. Evans' demands, for reasons that are too extensive to enumerate. There appears to be no basis for further negotiations.

[4] Le 2 janvier 2003, M. Hennessy a fait parvenir par télécopieur une lettre à M. Evans. Cette lettre reprenait presque intégralement la formulation suggérée par l'avocat, mais sans la clause relative au préavis. La réception de cette lettre ne pouvait être une surprise pour M. Evans, qui avait reçu plus tôt le même jour une copie de l'avis de M. McGrady par l'entremise d'une personne se trouvant au bureau principal du syndicat à Delta.

[5] Ainsi qu'il l'annonçait dans sa lettre, M. Hennessy a téléphoné à M. Evans plus tard le même jour pour [TRADUCTION] « amorcer des discussions ». Cette conversation a été enregistrée par M. Evans sans qu'il en informe son interlocuteur.

[6] L'avocat de M. Evans, M. Macdonald, a écrit à M. Hennessy le 3 janvier 2003. Il faisait valoir dans sa lettre que M. Evans avait droit à un préavis raisonnable de congédiement. Il précisait que M. Evans était disposé à accepter un préavis de 24 mois, en indiquant que cela pourrait prendre la forme d'un maintien en poste de 12 mois suivi du versement d'une indemnité de préavis de 12 mois de salaire.

[7] Cette proposition a été suivie d'une correspondance entre les avocats, sans qu'on parvienne à une solution. M. McGrady a souligné que la lettre initiale du 2 janvier 2003 [TRADUCTION] « n'était pas censée constituer un congédiement sans préavis », alors que M. Macdonald a mis en question cette affirmation, tout en se montrant très désireux de négocier. Dans l'intervalle, le syndicat a continué de verser à M. Evans son salaire et ses avantages sociaux, ce qui a ajouté à la difficulté des discussions en cours. En outre, M. Evans a déclaré pendant cette période souhaiter arriver à un règlement suivant lequel il prendrait sa retraite et son épouse le remplacerait au poste d'agent d'affaires du syndicat.

[8] Monsieur McGrady a écrit ce qui suit dans une lettre datée du 23 mai 2003 :

[TRADUCTION] En réponse à votre lettre du 12 mai 2003, mon client est incapable d'accéder aux demandes de M^{me} Evans, pour des raisons qu'il serait trop long d'énumérer. Rien ne semble justifier la poursuite des négociations.

On behalf of the Local, we request that Mr. Evans return to his employment no later than June 1, 2003, to serve out the balance of his notice period of 24 months. To be clear, the total notice period is the 24 months from January 1, 2003 until and including December 31, 2004.

If Mr. Evans refuses to return no later than June 1, 2003, my client will treat that refusal as just cause, and formally terminate him without notice.

We will also amend the Statement of [Defence] adding a claim, amongst others, that he has failed to mitigate his loss by rejecting this return to work.

[9] Mr. Macdonald, in a letter also dated May 23, 2003, asked to be provided with documentation “evidencing that Mr. Evans was ever given 24 months notice of termination of his employment”. Mr. Macdonald wrote a second letter to Mr. McGrady on the same date in which he said:

At this time, we consider the employer’s position outlined in your May 23, 2003 letter to be an attempt to accept the settlement proposal that was conveyed to Mr. Hennessy by our letter dated January 3, 2003. You will recall that in that letter we indicated that Mr. Evans was prepared to accept 24 months notice of termination of employment as an alternative to litigation.

If Mr. Evans is now to consider accepting the employer’s offer to mitigate his damages by continuing his employment for a period of 24 months commencing January 1, 2003, one issue that must also be resolved is the continued status of Ms. Evans.

[10] Mr. McGrady replied on May 27, 2003 that the union had “no plans to suspend, discipline or lay off Ms. Evans”, but that it was not prepared to negotiate any special arrangements with her. It thus appeared to Mr. McGrady that “there is no further point in negotiating with respect to Ms. Evans, or Mr. Evans”. In a second letter of the same date, Mr. McGrady informed Mr. Macdonald that the union was requesting that Mr. Evans return to work on June 1, 2003 and that in doing so he would “be working through the 24-month notice period

Au nom du syndicat local, nous demandons que M. Evans réintègre son emploi au plus tard le 1^{er} juin 2003, pour s’acquitter du reste de sa période de préavis de 24 mois. Pour que tout soit bien clair, le préavis est d’une durée totale de 24 mois, à compter du 1^{er} janvier 2003 jusqu’au 31 décembre 2004 inclusivement.

Si M. Evans refuse de reprendre le travail au plus tard le 1^{er} juin 2003, mon client considérera ce refus comme un motif valable et mettra officiellement fin à son emploi, sans préavis.

Nous modifierons aussi la [défense] en y ajoutant notamment qu’il a refusé de limiter son préjudice en rejetant ce retour au travail.

[9] Dans une lettre elle aussi datée du 23 mai 2003, M. Macdonald a demandé à son confrère de lui fournir des documents [TRADUCTION] « établissant que l’on aurait donné à M. Evans un préavis de congédiement de 24 mois ». M. Macdonald a fait parvenir le même jour une seconde lettre à M. McGrady, dans laquelle il écrivait ce qui suit :

[TRADUCTION] À l’heure actuelle, nous considérons la position de l’employeur décrite dans votre lettre du 23 mai 2003 comme une tentative en vue d’accepter la proposition de règlement communiquée à M. Hennessy dans notre lettre du 3 janvier 2003. Comme vous vous en souviendrez, nous indiquions dans cette lettre que M. Evans était disposé à accepter un préavis de cessation d’emploi de 24 mois plutôt que de recourir aux tribunaux.

Pour que M. Evans envisage maintenant d’accepter l’offre de l’employeur de limiter son préjudice en continuant d’exercer son emploi pour une période de 24 mois à compter du 1^{er} janvier 2003, une question qui devra également être résolue est celle du maintien de l’emploi de M^{me} Evans.

[10] Le 27 mai 2003, M. McGrady répondait que le syndicat n’envisageait aucunement [TRADUCTION] « de suspendre M^{me} Evans, de prendre des mesures disciplinaires contre elle ou de la licencier », mais n’était pas disposé pour autant à négocier à son égard des mesures spéciales, quelles qu’elles soient. M. McGrady en concluait que [TRADUCTION] « il n’était plus utile de négocier au sujet de M^{me} Evans ou de M. Evans ». Dans une seconde lettre envoyée le même jour, M. McGrady informait M. Macdonald que le syndicat demandait à M. Evans

from January 1, 2003 through to December 31, 2004”.

[11] Mr. Macdonald responded on May 30, 2003, stating that Mr. Evans would return to work provided the union “immediately rescinds and withdraws” its termination letter of January 2, 2003. Mr. McGrady replied that the union was not prepared to withdraw its notice of termination. Mr. Macdonald then declared that Mr. Evans had never “received 24 months notice of the termination of his employment”, and therefore “he cannot rationally be expected to respond positively to your client’s directive to return to work”.

[12] The exchange of correspondence ended with a letter from Mr. McGrady to Mr. Macdonald dated June 2, 2003 in which he stated that the union would be pleading that Mr. Evans had failed to mitigate his loss by declining to return to work.

Judicial History

Yukon Territory Supreme Court, [2005] Y.J. No. 106 (QL), 2005 YKSC 71

[13] Gower J. found that the termination letter of January 2, 2003 had the effect of repudiating the employment contract and putting it to an end. He also found that Mr. Evans was an indefinite term employee and that the union was obliged to provide him with reasonable notice or pay in lieu of notice.

[14] With respect to the telephone conversation between Mr. Hennessy and Mr. Evans on January 2, 2003, Gower J. found that Mr. Hennessy was attempting to negotiate a renewal of Mr. Evans’ employment for a fixed term. He concluded that what the union had done was terminate Mr. Evans with the letter and then attempt to rehire him for an additional term with the phone call. However, the negotiations to enter into the new contract of employment ultimately failed. Thus, the union’s

de reprendre le travail le 1^{er} juin 2003, et qu’il se trouverait ainsi à [TRADUCTION] « travailler pendant toute la période de préavis de 24 mois, soit du 1^{er} janvier 2003 au 31 décembre 2004 ».

[11] Monsieur Macdonald a répondu le 30 mai 2003 en disant que M. Evans retournerait au travail à la condition que le syndicat [TRADUCTION] « annule et retire immédiatement » sa lettre de congédiement du 2 janvier 2003. M. McGrady a répondu que le syndicat n’entendait pas retirer son avis de congédiement. M. Macdonald a alors déclaré que M. Evans n’avait jamais [TRADUCTION] « reçu un avis de congédiement de 24 mois » et que par conséquent, [TRADUCTION] « on ne peut rationnellement s’attendre à une réponse positive de sa part à la directive de votre client concernant son retour au travail ».

[12] La correspondance s’est terminée par une lettre de M. McGrady à M. Macdonald datée du 2 juin 2003. Il y écrivait que le syndicat plaiderait que M. Evans, en refusant de reprendre son travail, n’avait pas tenté de limiter son préjudice.

Les décisions des tribunaux inférieurs

Cour suprême du Territoire du Yukon, [2005] Y.J. No. 106 (QL), 2005 YKSC 71

[13] Le juge Gower a conclu que la lettre de congédiement du 2 janvier 2003 a entraîné la résiliation du contrat de travail et y a mis fin. Il a également conclu que M. Evans était un employé à durée indéterminée et que le syndicat était tenu de lui donner un préavis raisonnable ou de lui verser une indemnité de préavis.

[14] En ce qui a trait à la conversation téléphonique du 2 janvier 2003 entre M. Hennessy et M. Evans, le juge Gower a estimé que M. Hennessy avait essayé de négocier le renouvellement de l’emploi de M. Evans pour une durée déterminée. Selon le juge, le syndicat a congédié M. Evans par la lettre, puis a tenté de l’engager de nouveau pour une durée additionnelle lors de la conversation téléphonique. Mais les négociations sur la conclusion d’un nouveau contrat de travail n’ont finalement pas abouti.

termination of Mr. Evans' employment on January 2, 2003 was without cause and without reasonable notice and therefore constituted a wrongful dismissal.

[15] Gower J. found that the appropriate period of notice for Mr. Evans was 22 months. He was, however, unable to conclude that the union had acted in bad faith in the manner of its termination and, as a result of this finding, declined to extend the required notice period to account for the nature of the dismissal.

[16] Regarding whether Mr. Evans had failed to mitigate his damages, Gower J. stated the following (at para. 67):

... I was not particularly impressed by the efforts of Mr. Evans to obtain alternate employment. However, I am also not satisfied that the Union has met the "relatively high standard of proof" that not only did Mr. Evans fail to make reasonable efforts to find work, but that had he done so, he likely would have found comparable alternative employment in the Yukon. I agree that he put minimal effort into the task, but there is little or no evidence that it would have made a difference if he had done more.

[17] Gower J. also noted, with respect to Mr. Evans' failure to return to work with the union on June 2, 2003, that Mr. Evans had been prepared to resume his employment, providing the union rescinded the termination letter and he was able to return to his previous status as an indefinite term employee, as was the case with Mr. Owens (another of the terminated business agents). In the view of Gower J., these were not unreasonable expectations, nor was Mr. Evans' decision not to return to work when the union refused to meet the requests. He further found that although the union had argued extensively that there was ample evidence showing that Mr. Evans had nothing to fear from a continued relationship with Mr. Hennessy and the new executive, there were in fact a number of factors supporting the reasonableness of Mr. Evans' apprehensions.

[18] In his discussion of the mitigation issue, Gower J. acknowledged a number of cases that the

Le congédiement de M. Evans par le syndicat le 2 janvier 2003 était donc injustifié, étant donné l'absence de motif valable et de préavis raisonnable.

[15] Le juge Gower est arrivé à la conclusion que M. Evans aurait dû recevoir un préavis de 22 mois. Il s'est cependant déclaré incapable de conclure que le syndicat avait fait preuve de mauvaise foi dans la manière dont il avait procédé au congédiement, et a pour cette raison refusé de prolonger la période de préavis requise pour tenir compte de la nature du congédiement.

[16] Au sujet de l'absence de limitation de son préjudice par M. Evans, le juge Gower a déclaré ce qui suit (par. 67) :

[TRADUCTION] ... je n'ai pas été particulièrement impressionné par les efforts de M. Evans pour trouver un autre emploi. Par contre, je ne suis pas non plus convaincu que le syndicat ait satisfait à la « norme de preuve relativement élevée » suivant laquelle, non seulement M. Evans n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver un emploi, mais s'il l'avait fait, il aurait sans doute trouvé un autre emploi comparable au Yukon. Je conviens qu'il a consacré bien peu d'efforts à cette recherche, mais il n'y a pas vraiment de preuve que le résultat aurait été différent s'il en avait fait davantage.

[17] Le juge Gower a aussi souligné, au sujet du refus de M. Evans de retourner travailler pour le syndicat le 2 juin 2003, que ce dernier était disposé à reprendre son travail, à la condition que le syndicat annule la lettre de congédiement et qu'il puisse retrouver sa situation d'employé à durée indéterminée, comme M. Owens (un autre des agents d'affaires congédiés). De l'avis du juge Gower, ces attentes n'avaient rien de déraisonnable, non plus que la décision de M. Evans de ne pas retourner au travail lorsque le syndicat a refusé d'accéder à ses demandes. Et bien que le syndicat eût plaidé avec insistance qu'il avait été amplement établi que M. Evans n'avait rien à craindre du maintien de la relation avec M. Hennessy et la nouvelle direction, plusieurs facteurs indiquaient selon le juge que les craintes de M. Evans étaient fondées.

[18] Dans son analyse de la question de la limitation du préjudice, le juge Gower a pris acte d'un

union said indicated that a dismissed employee may have a duty to mitigate by returning to the same employer who dismissed him or her, even where a wrongful dismissal action has been commenced. He pointed out, however, that most of those cases were constructive dismissal situations and that they were therefore distinguishable for that reason alone. Further, in *Cox v. Robertson* (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640, one of the few cases on this point that did not involve a constructive dismissal, it had been held that the duty to accept employment “will arise infrequently” (para. 11). Finally, *Michaud v. RBC Dominion Securities Inc.*, [2003] C.L.L.C. ¶ 210-015, 2002 BCCA 630, was also distinguishable since Mr. Evans believed the working relationship had been poisoned by the circumstances surrounding his termination, while in *Michaud* the relationship between employee and employer remained amicable. Gower J. stated that while some of Mr. Evans’ fears about his relationship with the union may have been overstated in this case, they were not without foundation and were therefore not unreasonable. He concluded as follows (at para. 93):

Reading all of these cases together, it appears that it is truly the rare case when wrongfully dismissed employees will be considered in breach of their duty to mitigate their damages by failing to return to the employment from which they had been dismissed. I find that, in all of the circumstances, Mr. Evans did not breach his duty to mitigate by failing to return to the Union’s employment after he was terminated.

[19] Gower J. ultimately found that the union had not satisfied the relatively high standard of proof required to show that Mr. Evans had failed to mitigate his damages.

Yukon Court of Appeal (2006), 231 B.C.A.C. 19, 2006 YKCA 14

[20] Thackray J.A., writing for a unanimous court, noted that the trial judge had found that Mr. Evans was not qualified for other jobs in Whitehorse and

certain nombre de décisions qui, selon le syndicat, indiquaient qu’un employé congédié peut avoir l’obligation de limiter son préjudice en retournant travailler pour l’employeur qui l’a congédié, même lorsqu’une action en congédiement injustifié a été intentée. Le juge a souligné toutefois que la plupart de ces décisions portaient sur des cas de congédiement déguisé et que, pour cette seule raison, elles n’étaient pas applicables en l’espèce. En outre, il avait été décidé dans *Cox c. Robertson* (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640, une des rares décisions sur cette question ne portant pas sur un congédiement déguisé, que l’obligation d’accepter un emploi [TRADUCTION] « ne se présentera pas souvent » (par. 11). Finalement, l’arrêt *Michaud c. RBC Dominion Securities Inc.*, [2003] C.L.L.C. ¶ 210-15, 2002 BCCA 630, n’était pas non plus applicable puisque M. Evans croyait que la relation de travail avait été empoisonnée par les circonstances de son congédiement, alors que dans *Michaud* la relation entre l’employé et l’employeur était restée amicale. Le juge Gower a estimé que, même si certaines des craintes de M. Evans au sujet de sa relation avec le syndicat ont peut-être été exagérées en l’espèce, elles n’étaient pas sans fondement et, partant, n’étaient pas déraisonnables. Il a conclu ce qui suit (par. 93) :

[TRADUCTION] Il ressort de ces décisions, prises dans leur ensemble, que des employés congédiés sans motif valable seront très rarement considérés comme ayant manqué à leur obligation de limiter leur préjudice pour n’avoir pas réintégré l’emploi dont ils avaient été congédiés. Je conclus que, dans l’ensemble des circonstances, M. Evans n’a pas manqué à son obligation de limitation du préjudice en ne retournant pas travailler pour le syndicat après avoir été congédié.

[19] Le juge Gower est en dernière analyse arrivé à la conclusion que le syndicat n’avait pas satisfait à la norme de preuve relativement élevée exigée pour démontrer que M. Evans n’avait pas limité son préjudice.

Cour d’appel du Yukon (2006), 231 B.C.A.C. 19, 2006 YKCA 14

[20] Le juge Thackray, qui a rédigé la décision unanime de la Cour d’appel, a constaté que, selon le juge de première instance, M. Evans n’était pas

had not even attempted to seek alternate employment. In his view, these factual determinations were highly relevant to the legal question of whether Mr. Evans had a legal duty to mitigate his damages by accepting re-employment with the union. Thackray J.A. stated the following (at paras. 38-39):

When all of the evidence is considered, it is clear that there was a job open for Mr. Evans and that he would be paid for two years from 1 January 2003. It is equally clear that this was known to Mr. Evans. The job was available to Mr. Evans on essentially the same terms that he had held it before. Thus, the trial judge overlooked important relevant evidence and, as a result, reached an erroneous conclusion on this question that is “plainly seen”: see *Housen v. Nikolaisen et al.*, [2002] 2 S.C.R. 235; . . . at paras. 6, 10.

The key difference, of course, was that he would be working in a politically charged environment under the ticking clock of a two-year notice period. This raises the second part of the equation: namely, was it reasonable of Mr. Evans, in these circumstances, to refuse the job?

[21] Thackray J.A. agreed with the union’s position that “there was a bona fide opportunity for Mr. Evans to accept the position of business agent on June 2, 2003 in order to mitigate his damages” (para. 41). He held that while the trial judge was correct in finding that Mr. Evans was prepared to return to work if the union rescinded the termination letter, this condition was, on the evidence, an unreasonable expectation.

[22] He also referenced the cases the union had relied on to show that a former employee may have a duty to mitigate by returning to work for the same employer, even where a wrongful dismissal action has been commenced. The trial judge had said that most of those cases were constructive dismissal situations and were therefore distinguishable for that reason alone. Thackray J.A. rejected this conclusion, stating (at para. 52):

qualifié pour exercer d’autres emplois à Whitehorse et n’avait même pas essayé de trouver un autre travail. Or pour le juge Thackray, ces conclusions de fait étaient extrêmement pertinentes par rapport à la question de savoir si M. Evans était légalement tenu de limiter son préjudice en acceptant de réintégrer son emploi auprès du syndicat. Il s’est exprimé en ces termes (par. 38-39) :

[TRADUCTION] Il ressort clairement de l’ensemble de la preuve qu’un poste était offert à M. Evans et qu’il serait rémunéré pour une période de deux ans à compter du 1^{er} janvier 2003. Il est tout aussi clair que M. Evans était au courant de ces faits. Le poste était offert à M. Evans essentiellement aux mêmes conditions que celui qu’il avait occupé auparavant. Le juge de première instance a ainsi négligé de tenir compte d’importants éléments pertinents et, par conséquent, est arrivé sur cette question à une conclusion erronée qui est « évidente » : voir *Housen c. Nikolaisen et al.*, [2002] 2 R.C.S. 235; [. . .] par. 6 et 10.

La principale différence, naturellement, c’est qu’il aurait alors travaillé dans un climat politiquement tendu, sous le coup d’un préavis inexorable de deux ans. Ce qui nous amène à la deuxième partie de l’équation, à savoir était-il raisonnable pour M. Evans, dans les circonstances, de refuser le poste?

[21] Le juge Thackray a accepté la thèse du syndicat, pour qui [TRADUCTION] « M. Evans s’est vu offrir une véritable possibilité d’accepter le poste d’agent d’affaires le 2 juin 2003 afin de limiter son préjudice » (par. 41). Il a estimé que si le juge de première instance avait eu raison de conclure que M. Evans était disposé à reprendre le travail si le syndicat annulait la lettre de congédiement, cette condition constituait, selon la preuve, une attente déraisonnable.

[22] Il a également fait état des décisions invoquées par le syndicat pour établir qu’un ancien employé peut avoir l’obligation de limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur, même lorsqu’une action pour congédiement injustifié a déjà été engagée. Le juge de première instance avait indiqué que la plupart de ces décisions concernaient des cas de congédiement déguisé et qu’elles étaient inapplicables en l’espèce pour ce seul motif. Le juge Thackray a rejeté cette conclusion en affirmant ce qui suit (par. 52) :

I cannot find any support in the case law for the proposition that constructive dismissal cases are distinguishable from express dismissal cases per se. While it is a distinguishing factor, the principles are the same in both types of dismissal. Nor do I find support for the proposition that it will only be the “rare” case where a terminated employee is not obliged to return to his former employer in order to mitigate his damages. Where the facts of the case, viewed objectively, warrant it, mitigation requires just that.

[23] Ultimately, Thackray J.A. held that the evidence did not support the conclusion that Mr. Evans’ circumstances, viewed objectively, justified his refusal to resume employment with the union. He noted that the fact that Mr. Evans was prepared to resume his old job was never in doubt and it had never been contended otherwise. Mr. Evans had failed to act reasonably with respect to the job offer made to him by the union, and this constituted a failure to mitigate his damages.

Analysis

[24] On appeal to this Court, the appellant argues that cases requiring that an employee mitigate damages by returning to the same employer deal primarily with individuals who have been constructively dismissed. He says that the trial judge was correct in finding that those cases must be distinguished from others in which the employee has been wrongfully dismissed. In support of this position, the appellant cites a judgment by the Alberta Court of Appeal in which it was held that in wrongful dismissal cases “the plaintiff need not mitigate damages by . . . going back to the employer who fired him or her” (*Christianson v. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747, at p. 750). The British Columbia Court of Appeal appeared to make a similar finding in *Farquhar v. Butler Brothers Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89, at p. 93, stating that although a constructively dismissed employee may at times be required to mitigate by returning to the same employer, there is “normally no question” that an employee will be

[TRANSCRIPTION] Je ne trouve dans la jurisprudence rien qui puisse justifier la proposition suivant laquelle les causes de congédiement déguisé doivent en soi être distinguées des causes de congédiement explicite. Bien qu’il s’agisse d’un facteur de différenciation, les principes sont les mêmes dans les deux types de congédiement. Je ne trouve rien non plus qui puisse justifier la proposition suivant laquelle il serait « rare » qu’un employé congédié ne soit pas tenu de retourner travailler pour son ancien employeur afin de limiter son préjudice. Lorsque les faits de l’espèce, considérés objectivement, le justifient, c’est précisément ce qu’exige la limitation du préjudice.

[23] Le juge Thackray a finalement estimé que la preuve ne permettait pas de conclure que la situation de M. Evans, considérée objectivement, justifiait son refus de reprendre son emploi auprès du syndicat. Il a souligné que le fait que M. Evans était disposé à reprendre son ancien travail n’avait jamais fait le moindre doute et que nul n’avait jamais prétendu le contraire. M. Evans n’avait pas agi d’une manière raisonnable quant à l’offre d’emploi du syndicat et avait ainsi omis de limiter son préjudice.

Analyse

[24] Dans son pourvoi devant cette Cour, l’appelant soutient que la jurisprudence selon laquelle l’employé est tenu de limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur concerne principalement des personnes victimes d’un congédiement déguisé. D’après lui, le juge de première instance a eu raison de conclure que ces décisions doivent être distinguées de certaines autres dans lesquelles l’employé avait été congédié sans motif valable. À l’appui de cette prétention, l’appelant cite un jugement de la Cour d’appel de l’Alberta selon lequel, dans les cas de congédiement injustifié, [TRANSCRIPTION] « le demandeur n’a pas à limiter son préjudice en [. . .] retournant travailler pour l’employeur qui l’a congédié » (*Christianson c. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747, p. 750). La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a semblé arriver à une conclusion analogue dans *Farquhar c. Butler Brothers Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89, p. 93, en déclarant que, si un employé ayant fait l’objet d’un congédiement

required to do so where there has been a wrongful dismissal.

[25] Ten years after *Farquhar*, however, the British Columbia Court of Appeal accepted that even a wrongfully dismissed employee could be required to mitigate by accepting re-employment with his or her former employer on a temporary basis. While the court in *Cox* held that on the facts before it a dismissed dental assistant did not need to return to work for the same dentist, its decision clearly contemplated that such mitigation may in some circumstances be required of wrongfully dismissed employees. In that case, the court applied the same principles it articulated in *Farquhar*, notwithstanding the fact that the earlier case dealt with a constructive dismissal while the facts before it concerned a wrongful dismissal.

[26] In my view, the British Columbia Court of Appeal was correct to apply the same principles to both constructively dismissed and wrongfully dismissed employees. The key element is that in both situations the employer has ended the employment contract without notice. Indeed the very purpose behind recognizing constructive dismissal is to acknowledge that where an employer unilaterally imposes substantive changes to an employment contract, the employee has the right to treat the imposition of those changes as termination. This termination is every bit as “real” as if the employee were actually told of the dismissal and is, accordingly, accompanied by the same right to claim for damages in lieu of notice:

Where an employer decides unilaterally to make substantial changes to the essential terms of an employee’s contract of employment and the employee does not agree to the changes and leaves his or her job, the

déguisé peut dans certains cas avoir l’obligation de limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur, il [TRADUCTION] « n’est normalement pas question » qu’un employé soit tenu de le faire dans le cas d’un congédiement injustifié.

[25] Dix ans après *Farquhar*, cependant, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique reconnaissait que même un employé victime d’un congédiement injustifié pouvait être tenu de limiter son préjudice en acceptant de reprendre temporairement son emploi auprès de son ancien employeur. Même si la cour, dans *Cox*, a conclu au vu des faits de l’espèce qu’une assistante dentaire congédiée n’était pas tenue de retourner travailler pour le même dentiste, il ressort clairement de sa décision qu’une telle limitation du préjudice pourrait dans certaines circonstances être exigée d’un employé congédié sans motif valable. Dans cette affaire, la Cour d’appel a appliqué les principes qu’elle avait énoncés dans *Farquhar*, en dépit du fait que cette dernière cause portait sur un congédiement déguisé alors que les faits dont elle était saisie concernaient un congédiement injustifié.

[26] À mon avis, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a eu raison d’appliquer les mêmes principes tant aux employés ayant fait l’objet d’un congédiement déguisé qu’à ceux ayant fait l’objet d’un congédiement injustifié. L’élément clé réside dans le fait que dans les deux situations, l’employeur a mis fin au contrat de travail sans préavis. Du reste, si l’on admet la notion de congédiement déguisé, c’est justement pour reconnaître que lorsqu’un employeur impose unilatéralement des modifications importantes à un contrat de travail, l’employé a le droit de considérer cela comme un congédiement. Ce congédiement est tout aussi « réel » que si l’on annonçait effectivement à l’employé qu’il est congédié, et il entraîne pour cette raison le même droit de réclamer une indemnité de préavis :

Lorsqu’un employeur décide unilatéralement de modifier de façon substantielle les conditions essentielles du contrat de travail de son employé et que celui-ci n’accepte pas ces modifications et quitte son emploi,

employee has not resigned, but has been dismissed. Since the employer has not formally dismissed the employee, this is referred to as “constructive dismissal”. By unilaterally seeking to make substantial changes to the essential terms of the employment contract, the employer is ceasing to meet its obligations and is therefore terminating the contract. The employee can then treat the contract as resiliated for breach and can leave. In such circumstances, the employee is entitled to compensation in lieu of notice and, where appropriate, damages.

(*Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846, at para. 24)

[27] Given that both wrongful dismissal and constructive dismissal are characterized by employer-imposed termination of the employment contract (without cause), there is no principled reason to distinguish between them when evaluating the need to mitigate. Although it may be true that in some instances the relationship between the employee and the employer will be less damaged where constructive rather than wrongful dismissal has occurred, it is impossible to say with certainty that this will always be the case. Accordingly, this relationship is best considered on a case-by-case basis when the reasonableness of the employee’s mitigation efforts is being evaluated, and not as a basis for creating a different approach for each type of dismissal.

[28] In my view, the courts have correctly determined that in some circumstances it will be necessary for a dismissed employee to mitigate his or her damages by returning to work for the same employer. Assuming there are no barriers to re-employment (potential barriers to be discussed below), requiring an employee to mitigate by taking temporary work with the dismissing employer is consistent with the notion that damages are meant to compensate for lack of notice, and *not* to penalize the employer for the dismissal itself. The notice period is meant to provide employees with sufficient opportunity to seek new employment and arrange their personal affairs, and employers who provide sufficient working notice are not required to pay an employee just because they have chosen to terminate the contract. Where notice is not given, the employer is required

son départ constitue non pas une démission, mais un congédiement. Vu l’absence de congédiement formel de la part de l’employeur, on qualifie cette situation de « congédiement déguisé ». En effet, en voulant de manière unilatérale modifier substantiellement les conditions essentielles du contrat d’emploi, l’employeur cesse de respecter ses obligations; il se trouve donc à dénoncer ce contrat. Il est alors loisible à l’employé d’invoquer la résiliation pour bris de contrat et de quitter. L’employé a alors droit à une indemnité qui tient lieu de délai-congé et, s’il y a lieu, à des dommages.

(*Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, par. 24)

[27] Comme le congédiement injustifié et le congédiement déguisé sont tous deux caractérisés par la résiliation (sans motif valable) du contrat de travail imposée par l’employeur, il n’existe sur le plan des principes aucune raison de faire une distinction entre eux lorsqu’on évalue la nécessité de la limitation du préjudice. S’il est sans doute vrai que la relation entre l’employé et l’employeur sera parfois moins détériorée par un congédiement déguisé que par un congédiement injustifié, on ne saurait dire avec certitude que ce sera toujours le cas. Aussi vaut-il mieux considérer cette relation au cas par cas lorsqu’on évalue le caractère raisonnable des efforts de l’employé pour limiter le préjudice, et non établir selon ce critère une approche différente pour chaque type de congédiement.

[28] Selon moi, les tribunaux ont à juste titre déterminé que dans certaines circonstances l’employé congédié devra limiter son préjudice en retournant travailler pour le même employeur. Dans l’hypothèse où il n’existe pas d’obstacles à la reprise de l’emploi (je reviendrai sur les obstacles possibles), le fait de demander à un employé de limiter son préjudice en acceptant un travail temporaire auprès de l’employeur qui l’a congédié s’accorde avec l’idée que les dommages-intérêts constituent une indemnité pour l’absence de préavis, et *ne* visent *pas* à pénaliser l’employeur pour le congédiement lui-même. Le préavis a pour objet de donner à l’employé une possibilité suffisante de chercher un nouvel emploi et d’organiser ses affaires personnelles; l’employeur qui donne un préavis suffisant n’est pas tenu de verser de l’argent à l’employé du simple

to pay damages in lieu of notice, but that requirement is subject to the employee making a reasonable effort to mitigate the damages by seeking an alternate source of income.

[29] There appears to be very little practical difference between informing an employee that his or her contract will be terminated in 12 months' time (i.e. giving 12 months of working notice) and terminating the contract immediately but offering the employee a new employment opportunity for a period of up to 12 months. In both situations, it is expected that the employee will be aware that the employment relationship is finite, and that he or she will be seeking alternate work during the 12-month period. It can also be expected that in both situations the employee will find that continuing to work may be difficult. Nonetheless, it is an accepted principle of employment law that employers are entitled (indeed encouraged) to give employees working notice and that, absent bad faith or other extenuating circumstances, they are not required to financially compensate an employee simply because they have terminated the employment contract. It is likewise appropriate to assume that in the absence of conditions rendering the return to work unreasonable, on an objective basis, an employee can be expected to mitigate damages by returning to work for the dismissing employer. Finding otherwise would create an artificial distinction between an employer who terminates and offers re-employment and one who gives notice of termination and offers working notice. In either case, the employee has an opportunity to continue working for the employer while he or she arranges other employment, and I believe it nonsensical to say that when this ongoing relationship is termed "working notice" it is acceptable but when it is termed "mitigation" it is not.

[30] I do not mean to suggest with the above analysis that an employee should always be required to return to work for the dismissing employer and my qualification that this should only occur where there are no barriers to re-employment is significant. This

fait d'avoir choisi de mettre fin au contrat. Lorsque aucun préavis n'est donné, l'employeur est tenu de verser une indemnité de préavis, à la condition toutefois que l'employé fasse des efforts raisonnables pour limiter le préjudice en cherchant une autre source de revenu.

[29] Il semble y avoir bien peu de différence en pratique entre le fait d'annoncer à un employé que son contrat sera résilié dans 12 mois (c'est-à-dire donner un préavis de 12 mois) et le fait de résilier son contrat immédiatement tout en lui offrant la possibilité d'exercer un nouvel emploi pendant une période maximale de 12 mois. Dans les deux cas, on s'attend à ce que l'employé comprenne que la relation d'emploi a une durée limitée et qu'il lui faudra chercher un autre travail pendant la période de 12 mois. On peut aussi penser que dans les deux cas, l'employé constatera qu'il peut lui être difficile de continuer à travailler. Il n'en demeure pas moins que selon un principe reconnu en droit du travail, les employeurs ont le droit (et y sont en fait encouragés) de donner à leurs employés des préavis et, sauf mauvaise foi ou autres circonstances atténuantes, ils ne sont pas obligés d'indemniser financièrement un employé pour la seule raison qu'ils ont résilié le contrat de travail. Il convient de même de supposer qu'en l'absence de circonstances qui rendent le retour au travail déraisonnable, d'un point de vue objectif, on s'attendra à ce que l'employé limite le préjudice en retournant travailler pour l'employeur qui l'a congédié. Car sinon, on se trouverait à établir une distinction artificielle entre l'employeur qui congédie son employé puis offre de le reprendre à son service, et celui qui donne un avis de cessation d'emploi et offre un préavis. Dans les deux cas, l'employé a la possibilité de continuer à travailler pour l'employeur pendant qu'il cherche un autre emploi, et il serait absurde, je pense, de dire que le maintien de cette relation est acceptable lorsqu'il est qualifié de « préavis » mais ne l'est pas lorsqu'il est qualifié de « limitation du préjudice ».

[30] Il ne faudrait cependant pas déduire de mon analyse qu'un employé devrait toujours être tenu de recommencer à travailler pour l'employeur qui l'a congédié. J'ai précisé que cette obligation vaut uniquement s'il n'existe pas d'obstacle à la reprise

Court has held that the employer bears the onus of demonstrating both that an employee has failed to make reasonable efforts to find work and that work could have been found (*Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324). Where the employer offers the employee a chance to mitigate damages by returning to work for him or her, the central issue is whether a reasonable person would accept such an opportunity. In 1989, the Ontario Court of Appeal held that a reasonable person should be expected to do so “[w]here the salary offered is the same, where the working conditions are not substantially different or the work demeaning, and where the personal relationships involved are not acrimonious” (*Mifsud v. MacMillan Bathurst Inc.* (1989), 70 O.R. (2d) 701, at p. 710). In *Cox*, the British Columbia Court of Appeal held that other relevant factors include the history and nature of the employment, whether or not the employee has commenced litigation, and whether the offer of re-employment was made while the employee was still working for the employer or only after he or she had already left (paras. 12-18). In my view, the foregoing elements all underline the importance of a multi-factored and contextual analysis. The critical element is that an employee “not [be] obliged to mitigate by working in an atmosphere of hostility, embarrassment or humiliation” (*Farquhar*, at p. 94), and it is that factor which must be at the forefront of the inquiry into what is reasonable. Thus, although an objective standard must be used to evaluate whether a reasonable person in the employee’s position would have accepted the employer’s offer (*Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880), it is extremely important that the non-tangible elements of the situation — including work atmosphere, stigma and loss of dignity, as well as nature and conditions of employment, the tangible elements — be included in the evaluation.

[31] I note that the nature of this inquiry increases the likelihood that individuals who are dismissed as a result of a change to their position (motivated, for example, by legitimate business needs rather than by concerns about performance) will

de l’emploi, et cette réserve est importante. Notre Cour a déjà conclu qu’il incombe à l’employeur de démontrer, d’une part, que l’employé n’a pas fait d’efforts raisonnables pour trouver du travail et, d’autre part, qu’il aurait pu en trouver (*Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324). Si l’employeur offre à l’employé la possibilité de limiter son préjudice en revenant travailler pour lui, la question centrale à trancher est de savoir si une personne raisonnable accepterait une telle offre. En 1989, la Cour d’appel de l’Ontario a estimé qu’il faut s’attendre à ce qu’elle le fasse [TRADUCTION] « [s]i le salaire offert est le même, si les conditions de travail ne sont pas sensiblement différentes ou le travail n’est pas dégradant, et si les relations personnelles ne sont pas acrimonieuses » (*Mifsud c. MacMillan Bathurst Inc.* (1989), 70 O.R. (2d) 701, p. 710). Dans *Cox*, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a énoncé d’autres facteurs pertinents : l’historique et la nature de l’emploi, le fait que l’employé ait ou non intenté une action, et le fait que l’offre de reprise de l’emploi ait été faite pendant que l’employé travaillait encore pour l’employeur ou seulement après son départ (par. 12-18). Selon moi, tous ces éléments soulignent l’importance d’une analyse contextuelle tenant compte de plusieurs facteurs. L’élément essentiel, c’est que l’employé ne doit pas [TRADUCTION] « être obligé, pour limiter son préjudice, de travailler dans un climat d’hostilité, de gêne ou d’humiliation » (*Farquhar*, p. 94), et c’est en fonction de ce facteur avant tout qu’il faut déterminer ce qui est raisonnable. Ainsi, même s’il y a lieu de recourir à un critère objectif pour déterminer si une personne raisonnable placée dans la même situation que l’employé aurait accepté l’offre de l’employeur (*Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880), il est de la plus haute importance de prendre en compte, dans l’évaluation, les aspects non tangibles de la situation — y compris le climat de travail, la stigmatisation et la perte de dignité, tout autant que la nature et les conditions de l’emploi, les aspects tangibles.

[31] La nature de cet examen accroît la probabilité qu’on exige plus souvent des personnes congédiées par suite d’un changement apporté à leur poste (motivé, par exemple, par les besoins légitimes de l’entreprise plutôt que par des préoccupations de

be required to mitigate by returning to the same employer more often than those employees who are terminated for some other reason. This is not, however, because these individuals have been constructively dismissed rather than wrongfully dismissed, but rather because the circumstances surrounding the termination of their contract may be far less personal than when dismissal relates more directly to the individuals themselves. This point is illustrated by *Michaud* in which a bank executive was constructively dismissed as a result of an organizational restructuring. The evidence showed that the bank offered the employee another executive position and was anxious to have him continue working for them. Importantly, there was no evidence that the relationship between the employee and the bank was acrimonious or that he would suffer any humiliation or loss of dignity by returning to work while he looked for new employment. As a result, mitigation was required.

[32] I also note parenthetically that I do not believe that damages awarded by lengthening the notice period because of bad faith conduct in the manner of dismissal (*Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701) should ever be subject to mitigation. These damages, though expressed in terms of an extension to the “notice period”, are in fact awarded as a result of the manner in which the employee is terminated and not in recognition of the fact that he or she is entitled to an opportunity to arrange his or her affairs prior to losing all employment income. As a result, the employee’s ability to replace the lost income through mitigation is irrelevant, as this does not alter the suffering caused by the means of dismissal. In my view, *Wallace* damages ought therefore to be completely exempt from the need to mitigate.

[33] In sum, I believe that although both constructively dismissed and wrongfully dismissed

rendement) qu’elles limitent leur préjudice en retournant travailler pour le même employeur, qu’on ne l’exigera des employés congédiés pour un autre motif. Ce n’est cependant pas parce que ces personnes ont été victimes d’un congédiement déguisé plutôt que d’un congédiement injustifié. C’est plutôt parce que les circonstances de la résiliation de leur contrat peuvent avoir un caractère bien moins personnel que lorsque le congédiement est lié plus directement à la personne elle-même. On en trouve une illustration dans l’affaire *Michaud*, dans laquelle un cadre bancaire a fait l’objet d’un congédiement déguisé à la suite d’une restructuration organisationnelle. D’après la preuve, la banque avait offert à son employé un autre poste de cadre et tenait beaucoup à ce qu’il demeure à son service. Fait important, rien dans la preuve n’indiquait que la relation entre l’employé et la banque était acrimonieuse ou qu’il subirait une quelconque humiliation ou atteinte à sa dignité s’il revenait au travail pendant sa recherche d’un nouvel emploi. Dans ces conditions, la limitation du préjudice a été jugée nécessaire.

[32] Je signale aussi, entre parenthèses, qu’à mon avis, l’attribution de dommages-intérêts sous la forme d’une prolongation de la période de préavis en raison d’une conduite de mauvaise foi dans la façon de congédier (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701) ne devrait jamais être subordonnée à la limitation du préjudice. Ces dommages-intérêts, bien qu’ils soient exprimés en termes de prolongation du « préavis », sont en fait accordés en raison de la façon dont l’employé a été congédié, et non parce que l’on reconnaît qu’il a droit de se voir donner l’occasion d’organiser ses affaires avant de perdre tout revenu d’emploi. La capacité de l’employé de remplacer le revenu perdu par la limitation du préjudice est par conséquent sans pertinence, car elle ne change rien à la souffrance résultant de la façon dont le congédiement a été effectué. Selon moi, les dommages-intérêts du type de ceux dont il était question dans *Wallace* ne devraient donc être aucunement soumis à la nécessité de limiter le préjudice.

[33] En résumé, j’estime que si les employés victimes d’un congédiement déguisé comme d’un

employees may be required to mitigate their damages by returning to work for the dismissing employer, they are only required to do so where the conditions discussed in para. 30 above are met and the factors mentioned in *Cox* are considered. This kind of mitigation requires “a situation of mutual understanding and respect, and a situation where neither the employer nor the employee is likely to put the other’s interests in jeopardy” (*Farquhar*, at p. 95). Further, the reasonableness of an employee’s decision not to mitigate will be assessed on an objective standard.

[34] In this case, the trial judge cited case law referring to the requisite objective standard, a fact acknowledged by the Court of Appeal, at para. 47. Gower J. then analysed whether or not Mr. Evans’ fears about the acrimonious work environment were “without foundation” and “unreasonable”. He concluded that they were not. In reaching this conclusion, the judge considered a large number of factors which, in his view, indicated that Mr. Evans could reasonably consider the relationship with the employer to be damaged. These included the fact that Mr. Evans had a copy of the leaked letter from the union’s legal counsel, the fact that he was not informed of an audit conducted by KPMG, and the fact that he was aware of the uneven treatment of several of his colleagues after the change in union leadership. I note also that the trial judge took into account the adversarial nature of the political process within the union more generally, and cited the incoming and outgoing presidents as saying that the election was “hard worked” and “contentious”, and ultimately resulted in the candidates not even speaking to each other.

[35] It is the union that bears the onus of proving that a reasonable person in the place of Mr. Evans would have returned to work, and the trial judge determined that the union had not discharged its burden. This was a finding of mixed fact and law

congédiement sans motif valable peuvent être tenus de limiter leur préjudice en retournant travailler pour l’employeur qui les a congédiés, cette obligation existe uniquement si les conditions dont il est question au par. 30 ci-dessus sont remplies et si les facteurs mentionnés dans *Cox* sont pris en compte. Ce type de limitation du préjudice suppose [TRADUCTION] « une situation de compréhension et de respect mutuel, et une situation où ni l’employeur ni l’employé n’est susceptible de mettre en péril les intérêts de l’autre » (*Farquhar*, p. 95). C’est en outre par référence à une norme objective que l’on appréciera le caractère raisonnable de la décision de l’employé de ne pas limiter son préjudice.

[34] En l’espèce, le juge de première instance a cité des décisions faisant état du critère objectif applicable, ce que la Cour d’appel a reconnu au par. 47. Le juge Gower s’est alors demandé si les craintes de M. Evans au sujet du climat de travail acrimonieux étaient [TRADUCTION] « sans fondement » et [TRADUCTION] « déraisonnables ». Son analyse l’a amené à conclure qu’elles ne l’étaient pas. Pour arriver à cette conclusion, le juge a pris en considération plusieurs éléments indiquant selon lui que M. Evans pouvait raisonnablement estimer que sa relation avec l’employeur s’était dégradée. Parmi ces éléments, il y avait la lettre de l’avocat du syndicat dont il avait obtenu une copie, le fait qu’il n’avait pas été informé d’une vérification effectuée par KPMG et le fait qu’il était au courant du traitement inégal réservé à quelques-uns de ses collègues après le changement à la direction au syndicat. Je signale également que le juge de première instance a pris en considération le climat d’affrontement qui, d’une manière plus générale, caractérisait le processus politique au sein du syndicat, et a mentionné que le nouveau président comme le président sortant avaient dit que l’élection avait été [TRADUCTION] « âprement disputée » « dans un climat d’antagonisme » et que les candidats avaient fini par ne plus même s’adresser la parole.

[35] Le syndicat a le fardeau de prouver qu’une personne raisonnable, dans la situation de M. Evans, serait retournée au travail, et le juge de première instance a estimé que le syndicat ne s’était pas acquitté de cette obligation. Il s’agit là d’une

and is therefore only subject to appellate intervention if there is a palpable and overriding error:

Where the legal principle is not readily extricable, then the matter is one of “mixed law and fact” and is subject to a more stringent standard. The general rule . . . is that, where the issue on appeal involves the trial judge’s interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error.

(*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33, at para. 36)

[36] In overturning the trial judge, the Court of Appeal placed significant weight on the fact that the appellant had agreed to return to work if certain conditions were met (these included, at various times, a renegotiation of the terms of his wife’s employment contract and a rescission of his letter of termination). The fact that an employee may be willing to return to work if certain terms are met does not, however, automatically lead to the conclusion that the employment relationship has not been severely harmed. Indeed, just because a wrongfully dismissed employee is *willing* to return to work notwithstanding a damaged relationship does not mean that the law ought to *require* him to do so. The question is one of reasonableness in all of the circumstances (*Christianson v. North Hill News*, at p. 750). One important issue, of course, is the nature of the terms of re-employment that the employee wishes to put in place. The question here is whether these conditions are designed to mitigate some of the humiliation and embarrassment which would otherwise result from returning to work.

[37] I agree with the Court of Appeal that Mr. Evans’ requests for rescission of the letter of termination and re-establishment as an indefinite term employee were unreasonable since their effect would simply have been to extend his notice period to 29 months (see para. 41). Mr. Evans himself recognized this (reasons of the Court of Appeal, at

conclusion mixte de fait et de droit, qui de ce fait peut être infirmée en appel seulement en cas d’erreur manifeste et dominante :

Si le principe juridique n’est pas facilement isolable, il s’agit alors d’une « question mixte de fait et de droit », assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse. Selon la règle générale [. . .], si la question litigieuse en appel soulève l’interprétation de l’ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l’absence d’erreur manifeste et dominante.

(*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33, par. 36)

[36] En infirmant la décision du juge de première instance, la Cour d’appel a accordé une grande importance au fait que l’appelant avait accepté de retourner au travail si certaines conditions étaient remplies (parmi lesquelles figuraient, selon le moment, la renégociation des clauses du contrat de travail de son épouse et l’annulation de la lettre de congédiement qu’il avait reçue). Le fait qu’un employé soit disposé à reprendre le travail si certaines conditions sont remplies n’entraîne cependant pas automatiquement la conclusion que la relation d’emploi n’a pas été gravement détériorée. Ce n’est pas parce qu’un employé congédié sans motif valable est *disposé* à reprendre le travail malgré la détérioration de la relation avec l’employeur qu’il devrait en droit être *obligé* de le faire. La question est plutôt de savoir ce qui est raisonnable dans l’ensemble des circonstances (*Christianson c. North Hill News*, p. 750). Un aspect important consiste naturellement dans la nature des conditions de retour au travail que l’employé souhaite voir mises en place. Il s’agit dans ce contexte de savoir si ces conditions sont susceptibles d’atténuer dans une certaine mesure l’humiliation et la gêne qui résulteraient autrement du retour au travail.

[37] Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que les demandes de M. Evans concernant l’annulation de la lettre de congédiement et sa réintégration à titre d’employé à durée indéterminée étaient déraisonnables puisqu’elles auraient simplement eu pour effet de prolonger la période de préavis jusqu’à 29 mois (voir para. 41). M. Evans

para. 43), as did the trial judge, who discussed at para. 98 of his reasons the consequences of a return to work on the length of the notice period. The requirement that Mr. Evans' wife would be given a new contract of employment was also unreasonable, as this had no relationship to the conditions under which he himself would be continuing his employment relationship with the union.

[38] The main issue is therefore whether, notwithstanding these unreasonable conditions, the particular aspects of Mr. Evans' testimony that were retained by the trial judge reflect an objective evaluation of the reasonableness of his decision to refuse employment in order to mitigate his damages. I will not discuss here the failure to take an alternative position in Prince George, accepting the finding that this did not constitute a serious offer by the union (see para. 74). The trial judge said, with regard to re-employment in the same position in Whitehorse (at para. 88):

[Mr. Evans] believed the working relationship had been poisoned by the circumstances that led up to and followed his termination on January 2, 2003. While some of Mr. Evans' fears in that regard may have been overstated, they were not without foundation and were therefore not unreasonable.

[39] The Court of Appeal commented as follows (at para. 47):

From this Mr. Evans submits that the judge looked beyond the subjective and applied an objective approach to find that his position was not unreasonable. I fail to see how that conclusion can be drawn from that paragraph or, indeed, from any other passage in the reasons for judgment. Although the trial judge quoted passages from *Cox v. Robertson* . . . and from *Farquhar v. Butler Brothers Supplies Ltd.* . . . that refer to an objective test, he failed to apply that test and, to the contrary, found that from Mr. Evans' perspective the "fears" were not without foundation and were therefore not unreasonable. That was a purely subjective approach.

[40] Accepting that it is for the union to prove that Mr. Evans has failed in his duty to mitigate his

lui-même l'a reconnu (motifs de la Cour d'appel, par. 43), comme le juge de première instance, qui a abordé au par. 98 de ses motifs les conséquences d'un retour au travail sur la durée du préavis. L'exigence relative à la conclusion d'un nouveau contrat de travail avec l'épouse de M. Evans était elle aussi déraisonnable, étant sans lien aucun avec les conditions auxquelles lui-même continuerait sa relation d'emploi avec le syndicat.

[38] La principale question à trancher est donc celle de savoir si, malgré ces conditions déraisonnables, les éléments précis du témoignage de M. Evans retenus par le juge de première instance cadrent avec une évaluation objective du caractère raisonnable de sa décision de refuser de reprendre son travail afin de limiter son préjudice. Je ne traiterai pas ici du refus d'accepter un autre poste à Prince George, car j'accepte la conclusion qu'il ne s'agissait pas d'une offre sérieuse de la part du syndicat (voir par. 74). Au sujet de la possibilité de reprendre le même poste à Whitehorse, le juge de première instance a écrit (par. 88) :

[TRADUCTION] [Monsieur Evans] pensait que la relation de travail avait été empoisonnée par les circonstances qui ont conduit à son congédiement le 2 janvier 2003 et celles qui l'ont suivi. Même si certaines des craintes de M. Evans à ce propos ont peut-être été exagérées, elles n'étaient pas sans fondement et, partant, n'étaient pas déraisonnables.

[39] Voici les observations de la Cour d'appel sur cette conclusion (par. 47) :

[TRADUCTION] Monsieur Evans soutient, en s'appuyant sur ce passage, que le juge est allé au-delà de l'analyse subjective et a conclu selon une approche objective que son attitude n'était pas déraisonnable. Je ne vois pas comment on peut tirer cette conclusion de ce paragraphe ni, du reste, de quelque autre passage des motifs du jugement. Même si le juge de première instance a cité des passages de *Cox c. Robertson* [. . .] et de *Farquhar c. Butler Brothers Supplies Ltd.* [. . .] dans lesquels il est fait mention d'un critère objectif, il n'a pas appliqué ce critère et a au contraire conclu que du point de vue de M. Evans, les « craintes » n'étaient pas sans fondement et, partant, n'étaient pas déraisonnables. Il s'agissait là d'une approche purement subjective.

[40] Si l'on accepte qu'il appartient au syndicat de prouver que M. Evans a manqué à son obligation

damages (*Red Deer College*, at p. 332), it is instructive, I believe, to consider the reasons the appellant says the prospect of returning to work for the union made him apprehensive. He mentions in his factum:

- (a) he was terminated without cause;
- (b) the termination was planned and deliberate;
- (c) he was “treated like a dog” in the telephone conversation of January 2;
- (d) no mention was made of working notice or payment in lieu of notice in the telephone conversation with Mr. Hennessy;
- (e) an audit of the Whitehorse office was commissioned in March 2003 under the guise of assessing property management issues;
- (f) he was being treated differently than other business agents who were terminated on the same day;
- (g) he had lost the respect of employers as the termination by the union was well known in Whitehorse;
- (h) he felt ostracized because he had supported the outgoing president.

And later adds the fact of pending litigation and apprehended difficulty in working with the new executive.

[41] The first two of these reasons are, in my view, entirely irrelevant. The trial judge concluded that there was no bad faith in the termination, and that finding is not under appeal — the issue is solely that of mitigation. In evaluating the mitigation requirement, the trial judge had to consider the other reasons listed above by taking into account all of the evidence and the entire context in which the termination occurred. It is therefore important to note that the written notice of termination was followed immediately by a telephone call whose object was

de limiter son préjudice (*Red Deer College*, p. 332), il est utile, je crois, d’examiner les raisons pour lesquelles, selon l’appelant, la perspective d’un retour au travail auprès du syndicat lui causait des appréhensions. Il mentionne ce qui suit dans son mémoire :

- a) il a été congédié sans motif valable;
- b) le congédiement était planifié et délibéré;
- c) on l’a [TRADUCTION] « traité comme un chien » lors de la conversation téléphonique du 2 janvier;
- d) il n’a pas été question de préavis ou d’indemnité de préavis dans la conversation téléphonique avec M. Hennessy;
- e) une vérification auprès du bureau de Whitehorse a été demandée en mars 2003 sous le couvert d’une évaluation de questions touchant la gestion immobilière;
- f) on ne le traitait pas de la même façon que d’autres agents d’affaires congédiés le même jour;
- g) il avait perdu le respect des employeurs, car son congédiement par le syndicat était bien connu à Whitehorse;
- h) il s’estimait ostracisé du fait d’avoir appuyé le président sortant.

Et il ajoute plus loin le fait qu’une poursuite était engagée et qu’il craignait qu’il soit difficile de travailler avec la nouvelle direction.

[41] Les deux premières de ces raisons sont à mon avis dénuées de toute pertinence. Le juge de première instance a conclu à l’absence de mauvaise foi dans le congédiement, et cette conclusion n’a pas été portée en appel — le débat porte uniquement sur la limitation du préjudice. Pour l’évaluation de l’exigence relative à la limitation du préjudice, le juge de première instance devait examiner les autres raisons énumérées ci-dessus en prenant en compte l’ensemble de la preuve et du contexte dans lequel a eu lieu le congédiement. Il importe par

to engage Mr. Evans in negotiations about a possible rehiring.

[42] The trial judge did not find that there was any acrimony between Mr. Hennessy and Mr. Evans, or, for that matter, between Mr. Evans and anyone else at the union. On the contrary, he said there was no bad faith on the part of the union in the negotiations. The evidence was that the tone of the conversation of January 2, 2003 was respectful and friendly (A.R., at p. 401). There is certainly no support for the allegation that Mr. Evans was “treated like a dog”. This claim had to be addressed on an objective basis.

[43] With regard to the KPMG audit, the union states that Mr. Evans was not notified of this event simply because he was not attending work at that time. There is nothing in the record to substantiate the reason why Mr. Evans felt threatened by the holding of the audit, and the cross-examination of Mr. Hennessy on this point is totally inconclusive (A.R., at pp. 337-38). Moreover, the legal director of the union explained the reason for the audit, and his evidence was not challenged (R.R., at p. 78). With regard to the other dismissed employees, there was evidence of legitimate reasons for them being treated differently from Mr. Evans and, in any event, the union had every right to negotiate with each employee individually. As for the apprehended difficulty in working with the new executive, there was also strong evidence showing that this was not founded, as discussed hereafter.

[44] Other evidence of the work situation also had to be considered — Mr. Evans affirmed in his examination for discovery of June 2, 2005, for example, that his work environment had not changed in May of 2003 (R.R., at p. 103). This is relevant to the reasonableness of his feelings of ostracization and claims that he would find it difficult to work with the new executive. It appears that the feelings

conséquent de souligner que l’avis écrit de congédiement a été immédiatement suivi d’un appel téléphonique dont l’objet consistait à amorcer avec M. Evans des négociations au sujet de la possibilité de le réengager.

[42] Le juge de première instance n’a conclu à l’existence d’aucune acrimonie entre M. Hennessy et M. Evans, ni du reste entre M. Evans et quelque autre personne du syndicat. Au contraire, il a déclaré que le syndicat n’avait pas fait preuve de mauvaise foi dans les négociations. Selon la preuve, la conversation du 2 janvier 2003 s’est déroulée sur un ton respectueux et amical (d.a., p. 401). Absolument rien n’indique que M. Evans, comme il le prétend, ait été [TRADUCTION] « traité comme un chien ». Cette prétention devait être examinée objectivement.

[43] En ce qui concerne la vérification effectuée par KPMG, le syndicat déclare que M. Evans n’en a pas été avisé simplement parce qu’il n’était pas au travail à ce moment-là. Rien dans le dossier n’indique que M. Evans pouvait avoir une raison de se sentir menacé par cette vérification et le contre-interrogatoire de M. Hennessy sur ce point n’est absolument pas probant (d.a., p. 337-338). Qui plus est, le directeur des services juridiques du syndicat a expliqué la raison de la vérification, et son témoignage n’a pas été contesté (d.i., p. 78). En ce qui a trait aux autres employés congédiés, la preuve indiquait l’existence de motifs légitimes pour les traiter différemment de M. Evans, et de toute façon, le syndicat avait tout à fait le droit de négocier avec chaque employé individuellement. Quant à la crainte qu’il soit difficile de travailler avec la nouvelle direction, il y avait également des éléments de preuve convaincants indiquant que cette crainte n’était pas fondée, comme je l’explique ci-après.

[44] D’autres éléments de preuve concernant la situation de travail devaient aussi être pris en considération — M. Evans a affirmé lors de son interrogatoire préalable du 2 juin 2005, par exemple, que son environnement de travail n’avait pas changé en mai 2003 (d.i., p. 103). Ce fait est pertinent pour l’appréciation du caractère raisonnable de son sentiment d’être ostracisé et de son affirmation selon

of ostracization related more to the fact that Mr. Evans had spoken to other dismissed employees who felt ostracized than to his own experiences with the union. Mr. Evans refers specifically, in this regard, to Mr. Fairbrother (A.R., at pp. 107-9), a union dispatcher of the Vancouver office who told Mr. Evans that he was being ostracized. The trial judge, however, does not seem to have given any attention to the fact that Mr. Fairbrother had had a poor relationship with support staff in Vancouver prior to 2003 and that he worked in a separate dispatch building, not in the general Vancouver office. Further, the value of that evidence and its relevance to the Whitehorse state of affairs is not apparent. The trial judge apparently ignored the fact that there seemed to be no difficulty in the relationship of other dismissed employees with the new union executive, such as Mr. Owens, Mr. Ellis, Mr. Kelava and Mr. Cooper (R.R., at pp. 41-43, 80-81, 83-85, 95 and 98).

[45] Mr. Evans' belief that he would no longer have the respect of employers and would be unable to perform effectively as a business agent in Whitehorse would also seem to be an entirely subjective concern since there is no evidence in the record to demonstrate that there was a reasonable basis for this belief. Furthermore, Mr. Evans operated in a highly independent way and offered to go back to work without mentioning this difficulty, under conditions he had set himself.

[46] With regard to the fact that Mr. Evans had started legal proceedings, I would note that this course of action can have an effect on the relationship between the parties and that this should be taken into account in each case, but that starting an action does not by itself relieve the employee from the duty to mitigate his or her damages. Again, I reiterate that it is the entirety of the situation that must be evaluated in every case (see *Cox*, at paras. 13-18).

[47] I recognize that it is not for the Court of Appeal to substitute its opinion for that of the trial

laquelle il craignait qu'il soit difficile de travailler avec la nouvelle direction. Ce sentiment d'être ostracisé tenait semble-t-il davantage à des conversations de M. Evans avec d'autres employés congédiés qui se sentaient victimes d'ostracisme, qu'à ce qu'il avait lui-même vécu avec le syndicat. M. Evans mentionne spécifiquement à cet égard le cas de M. Fairbrother (d.a., p. 107-109), un répartiteur du syndicat au bureau de Vancouver qui avait dit à M. Evans être ostracisé. Le juge de première instance ne semble pourtant avoir prêté aucune attention au fait que M. Fairbrother avait eu de mauvaises relations avec le personnel de soutien à Vancouver avant 2003 et qu'il travaillait dans un immeuble distinct où s'effectuait la répartition, et non au bureau général de Vancouver. En outre, la valeur de ce témoignage et sa pertinence quant à la situation qui régnait à Whitehorse ne sont pas évidentes. Le juge de première instance n'a apparemment pas du tout tenu compte du fait que les relations entre la nouvelle direction du syndicat et d'autres employés congédiés, comme M. Owens, M. Ellis, M. Kelava et M. Cooper, ne semblaient pas avoir été difficiles (d.i., p. 41-43, 80-81, 83-85, 95 et 98).

[45] Monsieur Evans croyait qu'il n'aurait plus le respect des employeurs et qu'il serait incapable de travailler efficacement à titre d'agent d'affaires à Whitehorse. Cette crainte semble elle aussi avoir été entièrement subjective puisque rien dans la preuve ne démontre qu'elle reposait sur des motifs raisonnables. En outre, M. Evans a agi d'une façon extrêmement indépendante et a offert de reprendre le travail sans mentionner cette difficulté, à des conditions fixées par lui-même.

[46] En ce qui concerne le fait que M. Evans avait engagé une action en justice, je dirais que, si un tel geste peut avoir une incidence sur les rapports entre les parties et que cela doit être pris en compte dans chaque cas, le fait d'avoir intenté une action ne dégage pas en soi l'employé de l'obligation de limiter son préjudice. Je le redis, il faut dans chaque cas évaluer la situation dans son ensemble (voir *Cox*, par. 13 à 18).

[47] Je reconnais qu'il n'appartient pas à la Cour d'appel de substituer son opinion à celle du juge de

judge on findings of fact. In this case, however, the Court of Appeal found that the trial judge applied a purely subjective test (at paras. 47, 54-55) and that he failed to consider relevant evidence (at para. 56), both of which are errors of law. I agree with those conclusions.

[48] In my view, the most significant aspect of the Court of Appeal's decision is however its recognition that there was strong evidence that Mr. Evans was prepared to resume his old job, that he understood the May 23 letter to be an invitation to do so, and that the concerns discussed above were never invoked in the various negotiations with the union. The court writes (at para. 57):

The evidence does not support the conclusion that Mr. Evans' circumstances, viewed objectively, justified his refusal to resume employment with the union. The fact that Mr. Evans was prepared to resume his old job was never in doubt and it was never contended otherwise. His counsel as early as 3 January 2003 wrote that Mr. Evans "would be prepared to remain working as a Business Agent throughout 2003". This was consistently maintained throughout the negotiations which at no time explored the nine reasons for apprehension that subsequently emerged in the judge's reasons.

[49] I agree with the Court of Appeal that on an objective test, a reasonable person would have viewed the union's May 23, 2003 letter as a *bona fide* employment opportunity. Although the request to return to work should have been drafted differently, Mr. Evans clearly understood that this was a unique position and that he had no work alternative if he were to remain in Whitehorse. The request fulfilled the 24 months' notice that Mr. Evans had offered on January 3, 2003. He had been paid full salary and benefits for 5 months and the duration of his employment with the union would be for an additional 19 months. The trial judge had found that during the January 2, 2003 telephone conversation, Mr. Hennessy was attempting to negotiate an alternative to the immediate cessation of employment.

première instance au sujet des conclusions de fait. Dans la présente affaire, toutefois, la Cour d'appel est arrivée à la conclusion que le juge de première instance avait appliqué un critère purement subjectif (par. 47, 54-55) et n'avait pas pris en considération des éléments de preuve pertinents (par. 56). Il s'agit là de deux erreurs de droit. Je souscris à ces conclusions.

[48] À mon avis, l'aspect le plus important de la décision de la Cour d'appel réside toutefois dans le fait qu'elle a reconnu l'existence d'une preuve convaincante indiquant que M. Evans était disposé à reprendre son ancien travail, qu'il a vu dans la lettre du 23 mai une invitation en ce sens, et que les préoccupations dont il a été question plus haut n'ont jamais été invoquées au cours des diverses négociations avec le syndicat. La cour écrit ce qui suit (par. 57) :

[TRADUCTION] La preuve ne permet pas de conclure que la situation de M. Evans, considérée objectivement, justifiait son refus de recommencer à travailler pour le syndicat. Le fait que M. Evans était disposé à reprendre son emploi n'a jamais été mis en doute et nul n'a jamais prétendu le contraire. Son avocat a écrit, dès le 3 janvier 2003, que M. Evans « serait disposé à continuer à travailler en tant qu'agent d'affaires pendant toute l'année 2003 ». Cela a toujours été maintenu pendant les négociations, au cours desquelles il n'a jamais été question des neuf raisons à l'origine des appréhensions [de M. Evans] qui ont par la suite fait leur apparition dans les motifs du juge.

[49] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour conclure que, suivant un critère objectif, une personne raisonnable aurait vu dans la lettre du syndicat datée du 23 mai 2003 une possibilité d'emploi offerte de bonne foi. Même si la demande de retour au travail aurait dû être rédigée autrement, M. Evans a manifestement compris qu'il s'agissait d'un poste unique et qu'il n'avait aucune autre possibilité de travail s'il restait à Whitehorse. La demande couvrait le préavis de 24 mois que M. Evans avait offert le 3 janvier 2003. Il avait reçu un plein salaire avec avantages sociaux pendant 5 mois, et son emploi auprès du syndicat durerait 19 mois de plus. Le juge de première instance avait conclu que lors de la conversation téléphonique du 2 janvier 2003, M. Hennessy essayait

The union had then and there demonstrated that it wanted Mr. Evans to continue his work with the organization.

[50] Although the fears expressed by Mr. Evans may have been subjectively justified, there was no evidence of acrimony between Mr. Hennessy and Mr. Evans, and no evidence that Mr. Evans would be unable to perform his duties in the future. In fact, Mr. Evans had himself suggested that he could continue to perform his work. I do not accept that the withdrawal of the January 2, 2003 termination letter, requested by Mr. Evans as a condition of returning to work, had anything to do with re-establishing his dignity — on his own admission, this request was meant to obtain an extension of the notice period. The fact that Mr. Evans was at one time prepared to return to work if his wife was guaranteed the same term also demonstrates that the reasons given by the trial judge to justify the refusal found no support in the evidence. This is all the more obvious when one considers the examination for discovery of June 2, 2005 where Mr. Evans was asked whether he wanted the old job back without any notice at all and answered: “Yeah, or start the notice from that day” (R.R., at p. 104). In my view, this evidence makes it clear that the relationship between Mr. Evans and the union was not seriously damaged and, given that the terms of employment were the same, it was not objectively unreasonable for him to return to work to mitigate his damages.

Conclusion

[51] For the above reasons, I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[52] ABELLA J. (dissenting) — After 23½ years of service as a business agent and at the age of 58, Donald Evans was fired without notice by Teamsters Local No. 31 immediately following the

de négocier une solution de rechange à la cessation d’emploi immédiate. Le syndicat avait démontré à ce moment-là qu’il souhaitait voir M. Evans continuer son travail au sein de l’organisation.

[50] Même si les craintes exprimées par M. Evans peuvent avoir été subjectivement justifiées, il n’y avait aucune preuve de relations acrimoineuses entre M. Hennessy et M. Evans, ni aucune preuve que M. Evans serait incapable d’accomplir ses fonctions à l’avenir. En fait, M. Evans avait lui-même indiqué qu’il pourrait continuer à faire son travail. Le retrait de la lettre de congédiement du 2 janvier 2003, condition posée par M. Evans pour son retour au travail, n’avait selon moi rien à voir avec le rétablissement de sa dignité — de son propre aveu, cette demande visait à obtenir une prolongation du préavis. Le fait que M. Evans ait été à un moment disposé à retourner au travail si l’on garantissait à son épouse le maintien de son emploi pour la même durée montre également que les raisons données par le juge de première instance pour justifier le refus n’étaient pas étayées par la preuve. Cela est encore plus évident si l’on tient compte de l’interrogatoire préalable du 2 juin 2005, au cours duquel M. Evans, à qui l’on demandait s’il souhaitait reprendre son ancien emploi sans aucun préavis, a répondu : [TRADUCTION] « Oui, ou alors commencer le préavis ce jour-là » (d.i., p. 104). À mon avis, ce témoignage indique clairement que la relation entre M. Evans et le syndicat n’était pas gravement détériorée, et comme les conditions d’emploi étaient les mêmes, il n’était pas objectivement déraisonnable qu’il reprenne son travail pour limiter son préjudice.

Conclusion

[51] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[52] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Après avoir exercé pendant 23 ans et demi la fonction d’agent d’affaires, et à l’âge de 58 ans, Donald Evans a été congédié sans préavis par la section locale n° 31

bitterly fought election of a new executive whose candidacy he had opposed.

[53] Mr. Evans commenced a wrongful dismissal action against the Teamsters. After 5 months of negotiations, the Teamsters sent him a letter telling him that if he refused to come back to work for the balance of a 24-month work period, he would be fired. Again. At no time before sending this letter did the Teamsters ever indicate to Mr. Evans that he was entitled to 24 months' notice, in the form of either working notice or pay in lieu of notice.

[54] The trial judge found that Mr. Evans' decision not to return to his former workplace to mitigate his damages was a reasonable one. Based on the evidence, I see no error in this conclusion.

[55] I have had the benefit of reading the reasons of the majority. With respect, I do not share the view that the Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge made a legal error. Nor do I think the Court of Appeal was justified in reinterpreting the evidence and reversing the trial judge's factual findings, all of which were manifestly supported by the record.

Background

[56] Mr. Evans had been a member of the Teamsters since 1969 when he moved to Whitehorse and took a job as a truck driver. In 1979, he was appointed as a business agent for Teamsters Local No. 31 in the Yukon region. He remained in that position until he was fired on January 2, 2003.

[57] Mr. Evans' responsibilities as a business agent included organizing workers, negotiating and drafting collective agreements, handling grievances, attending arbitrations, and assisting Teamsters members with other matters. He became well known as the "Teamsters rep" in the

des Teamsters tout juste après l'élection âprement disputée de nouveaux dirigeants syndicaux à la candidature desquels il s'était opposé.

[53] Monsieur Evans a intenté une action pour congédiement injustifié contre les Teamsters. Après 5 mois de négociations, les Teamsters l'ont avisé par lettre que s'il refusait de reprendre le travail pour le reste d'une période de 24 mois, il serait congédié. Encore une fois. À aucun moment avant de lui envoyer cette lettre, les Teamsters ne lui avaient indiqué qu'il avait droit à un préavis de 24 mois ou à une indemnité de préavis correspondante.

[54] Le juge de première instance est arrivé à la conclusion que la décision de M. Evans de ne pas reprendre ses anciennes fonctions afin de limiter son préjudice était raisonnable. À la lumière de la preuve, cette conclusion ne me semble pas erronée.

[55] J'ai pris connaissance des motifs de la majorité. Avec égards, je ne partage cependant pas le point de vue selon lequel la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge de première instance a fait une erreur de droit. Je ne pense pas non plus que la Cour d'appel était fondée à réinterpréter la preuve et à annuler les conclusions de fait du juge de première instance, qui étaient toutes manifestement étayées par le dossier.

Contexte

[56] Monsieur Evans était membre des Teamsters depuis 1969 lorsqu'il s'est installé à Whitehorse et a pris un emploi de chauffeur de camion. En 1979, il a été nommé agent d'affaires de la section locale n° 31 des Teamsters dans la région du Yukon. Il est demeuré à ce poste jusqu'à son congédiement le 2 janvier 2003.

[57] Les fonctions de M. Evans à titre d'agent d'affaires consistaient notamment à organiser les travailleurs, à négocier et à rédiger les conventions collectives, à s'occuper des griefs, à assister aux séances d'arbitrage et à aider d'autres façons les membres des Teamsters. Il était bien connu comme

Whitehorse community where he lived and worked. His wife, Barb Evans, worked as a secretary in the Whitehorse office with him. They were the only employees in that office.

[58] In December 2002, Teamsters Local No. 31 held an election to elect a new executive. During the campaign, Mr. Evans had supported the incumbent, Garnet Zimmerman, and actively campaigned on his behalf. The election was hard fought. Ultimately, the former executive was ousted and replaced by a new slate led by Stan Hennessy. Mr. Hennessy was elected president on December 16 and formally took office on January 2, 2003.

[59] On December 23, 2002, Mr. Hennessy met with a lawyer, Leo McGrady, Q.C., to discuss the possible application of s. 13 of the union's Bylaws to six employees of the Teamsters, all of whom had supported the incumbent president in the election. Section 13, passed in March 2000, links the term of appointment of the business agents to the term of the executive which had appointed them and states, in part:

“Business Agents and Assistant Business Agents shall be appointed and may be removed at will only by the appointing authority. . . .” Appointed Business Agents cannot be appointed for a period beyond the term of office of the appointing authority.

Four of the six employees Mr. Hennessy asked about were business agents outside Vancouver (Mr. Evans, Ron Owens, John Ellis and Jim Jeffery). Two others who worked in the Vancouver offices (Jim Fairbrother and Jure Kelava) were not business agents.

[60] Mr. McGrady, in a letter dated December 31, 2002, cautioned Mr. Hennessy about the application of s. 13 of the Bylaws to Mr. Evans who, given his length of service, was more likely to be found to be an indefinite term employee. His advice to Mr. Hennessy was as follows:

« le représentant des Teamsters » dans la collectivité de Whitehorse où il vivait et travaillait. Son épouse, Barb Evans, travaillait avec lui au bureau de Whitehorse, à titre de secrétaire. Ils étaient les seuls employés de ce bureau.

[58] En décembre 2002, la section locale n° 31 des Teamsters a tenu des élections pour désigner de nouveaux dirigeants. Pendant la campagne électorale, M. Evans avait appuyé M. Garnet Zimmerman, le président sortant, et avait fait activement campagne pour lui. L'élection a été âprement disputée. Finalement, les anciens dirigeants ont été renvoyés et ont été remplacés par une nouvelle équipe dirigée par M. Stan Hennessy. M. Hennessy a été élu président le 16 décembre et est entré officiellement en fonction le 2 janvier 2003.

[59] Le 23 décembre 2002, M. Hennessy a rencontré un avocat, M. Leo McGrady, c.r., pour discuter de la possible application de l'art. 13 des statuts du syndicat à six employés des Teamsters qui avaient tous appuyé le président sortant lors des élections. L'article 13, adopté en mars 2000, lie la durée du mandat des agents d'affaires à celle des dirigeants qui les ont nommés; en voici des extraits :

[TRADUCTION] « Les agents d'affaires et leurs adjoints sont nommés par l'autorité responsable des nominations et ne peuvent être destitués que par elle, à son gré. . . . » Les agents d'affaires qui sont nommés ne peuvent être nommés pour une période s'étendant au-delà du mandat de l'autorité responsable des nominations.

Quatre des six employés auxquels s'intéressait M. Hennessy étaient des agents d'affaires de l'extérieur de Vancouver (M. Evans, M. Ron Owens, M. John Ellis et M. Jim Jeffery). Les deux autres qui travaillaient aux bureaux de Vancouver (M. Jim Fairbrother et M. Jure Kelava) n'étaient pas des agents d'affaires.

[60] Dans une lettre datée du 31 décembre 2002, M. McGrady a mis en garde M. Hennessy au sujet de l'application de l'art. 13 des statuts à M. Evans qui, vu ses états de service, avait de très bonnes chances d'être considéré comme un employé à durée indéterminée. Voici la teneur des conseils qu'il a donnés à M. Hennessy :

While the Local may legally be entitled to take the [position that Section 13 applied to the business agents and ended their appointment], I have serious reservations about whether they would be successful at trial, if the business representatives chose to sue. There are a number of reasons for that opinion. While the language of Section 13 ties the duration of the business agents' appointment to the duration of the term of office of the appointing authority, that language appears for the first time in the March 17, 2000 revision of the Bylaws. I have examined the relevant provisions in prior version[s] of the Bylaws, dated July 22, 1993, June 9, 1978, November 21, 1972, and January 11, 1967. There is no corresponding language.

There is provision in the current Bylaws, Section 14 which limits the authority of the Local executive board to bind the Local Union with respect to personal service contracts only for the term of their office. Similar language is found in the 1993 version. However, the language is at best ambiguous. The courts have consistently held that it takes express and clear language to deprive an employee of the protection of the common law regarding reasonable notice of termination

In addition, I understand that there has been no formal termination and renewal of these employees over the elections during which they have been employed. This could be considered as a waiver of any fixed term to the contract of employment.

In conclusion on this point, while it is open to the Local to take the position that they are on fixed term contracts, I do not recommend that course. That is particularly so with respect to Messrs Evans and Owens. Both of these individuals are long ter[m] employees (27 years [sic] and 26 years respectively). Both are either at or very close to retirement age. These two factors would carry a great deal of weight in a court's determination of whether these were fixed term employees or indefinite term employees.

You may wish to place reliance on Section 13 as an initial position, but abandon that position in the course of negotiations should either of these two individuals make a sustained claim to indefinite term status. [Emphasis added.]

[61] Mr. McGrady also addressed the option of providing the business agents with working notice

[TRADUCTION] Bien que la section locale ait peut-être le droit d'adopter le [point de vue selon lequel l'article 13 s'appliquait aux agents d'affaires et mettait fin à leur mandat], j'ai des réserves sérieuses sur leurs chances de succès dans un procès si les représentants d'affaires décidaient d'intenter une action. Mes réserves tiennent à plusieurs raisons. La formulation de l'article 13 lie la durée de la nomination des agents d'affaires à celle du mandat de l'autorité responsable des nominations, mais cette formulation figure pour la première fois dans la révision du 17 mars 2000 des statuts. J'ai examiné les dispositions pertinentes des versions antérieures des statuts, datées du 22 juillet 1993, du 9 juin 1978, du 21 novembre 1972 et du 11 janvier 1967. La formulation en question y est absente.

Dans les statuts actuels, il y a l'article 14 qui restreint le pouvoir du conseil de direction de la section locale de lier cette dernière à l'égard des contrats de travail personnels à la durée de son mandat. Une disposition semblable figure dans la version de 1993. Mais la rédaction en est pour le moins ambiguë. Les tribunaux ont invariablement jugé qu'il faut des clauses expresses et claires pour priver un employé de la protection de la common law en matière de préavis raisonnable de congédiement

En outre, il ne semble pas qu'on ait officiellement congédié puis réengagé ces employés lors des élections pendant lesquelles ils étaient employés. Cela pourrait être considéré comme une renonciation à un quelconque contrat de travail à durée déterminée.

Pour conclure sur cette question, la section locale peut sans doute soutenir qu'il s'agit de contrats à durée déterminée, mais ce n'est pas la ligne de conduite que je recommande. Particulièrement en ce qui concerne MM. Evans et Owens. Ces deux personnes sont des employés de longue date (27 ans [sic] et 26 ans respectivement). Les deux ont soit atteint l'âge de la retraite, soit en sont très proches. Ces deux éléments auraient une importance considérable dans le cas où un tribunal devrait déterminer s'il s'agissait d'employés à durée déterminée ou d'employés à durée indéterminée.

Vous pourriez souhaiter vous fonder au départ sur l'article 13, puis renoncer à cette position dans le cours des négociations si l'une ou l'autre de ces deux personnes revendiquait de façon soutenue le statut d'employé à durée déterminée. [Je souligne.]

[61] Monsieur McGrady a également abordé la solution consistant à donner aux agents d'affaires un

or pay in lieu of notice, suggesting that working notice would be the more economical option. He recommended to Mr. Hennessy that the employees be given a simple termination letter, designed to “maximize the Local’s options and to minimize its exposure to liability”, and proposed the following language:

As you know, a new executive board was elected and took office today, January 2, 2003. Pursuant to Section 13 of the Bylaws your appointment as a Business Agent ceases as of this date.

As a member of the Teamsters’ Joint Council No. 36 Severance Pay Plan, you are entitled to a significant severance payment.

In addition, we are prepared to meet and discuss with you the time required for you to wind up outstanding matters.

[62] He advised that if the Teamsters chose to provide the employees with working notice, the following specific language be included:

Our expectation is that you will remain in your current position receiving your current wages and benefits during the period of working notice. We should also point out that we expect that you will perform your duties in the normal course during this period.

[63] The letter containing this legal advice was leaked to Mr. Evans and the other targeted employees on the morning of January 2. Later that same day, Mr. Evans received a letter from Mr. Hennessy advising him that “[p]ursuant to Section 13 of the Bylaws”, his employment was terminated. Despite Mr. McGrady’s advice, there was no mention of a notice period in the termination letter. Three of the four business agents from outside Vancouver were fired by Mr. Hennessy in the same manner.

[64] Shortly after receiving the termination letter, Mr. Evans was told to stand by for a phone call from Mr. Hennessy. The two spoke by phone that afternoon. Mr. Hennessy confirmed the termination, making no mention of a notice period.

[65] Mr. Evans immediately retained counsel, Grant Macdonald, Q.C. The next day, January 3,

préavis ou une indemnité de préavis, en suggérant que le préavis serait plus économique. Il a recommandé à M. Hennessy qu’on donne aux employés une lettre de congédiement simple, rédigée de manière à [TRADUCTION] « maximiser les choix de la section locale et à réduire au minimum le risque de responsabilité », et a proposé le libellé suivant :

[TRADUCTION] Comme vous le savez, un nouveau conseil de direction a été élu et est entré en fonction aujourd’hui, 2 janvier 2003. Aux termes de l’article 13 des statuts, votre nomination à titre d’agent d’affaires prend fin à cette date.

À titre d’adhérents au régime d’indemnité de départ du conseil mixte n° 36 des Teamsters, vous avez droit à une indemnité de départ substantielle.

Nous sommes par ailleurs disposés à vous rencontrer et à discuter avec vous du temps qu’il vous faudra pour régler les questions en suspens.

[62] Dans le cas où les Teamsters décideraient de donner un préavis aux employés, il conseillait de faire figurer dans la lettre le passage suivant :

[TRADUCTION] Nous nous attendons à ce que vous demeuriez à votre poste actuel, en continuant à toucher le même salaire et les mêmes avantages sociaux durant la période de préavis. Nous soulignons d’autre part que nous nous attendons à ce que vous accomplissiez vos fonctions de la façon normale pendant cette période.

[63] Une fuite a permis à M. Evans et aux autres employés visés de prendre connaissance de la lettre contenant cette opinion juridique le matin du 2 janvier. Plus tard le même jour, M. Evans a reçu de M. Hennessy une lettre l’informant que [TRADUCTION] « [a]ux termes de l’art. 13 des statuts », il était mis fin à son emploi. En dépit des conseils de M. McGrady, la lettre de congédiement ne faisait mention d’aucun préavis. Trois des quatre agents d’affaires de l’extérieur de Vancouver ont été congédiés de la même manière par M. Hennessy.

[64] Peu après avoir reçu la lettre de congédiement, M. Evans s’est fait dire d’attendre un appel téléphonique de M. Hennessy. Ils se sont parlé au téléphone en après-midi. M. Hennessy a confirmé le congédiement sans faire mention d’un préavis.

[65] Monsieur Evans a immédiatement retenu les services d’un avocat, M. Grant Macdonald, c.r. Le

Mr. Macdonald wrote to Mr. Hennessy, informing him that Mr. Evans was prepared to accept 24 months' notice of termination:

In our opinion, separate and apart from the severance payment, Mr. Evans is entitled to reasonable notice of termination of his employment.

. . . As you know, Mr. Evans has served Teamsters Local Union No. 31 loyally and professionally for the past 23½ years. Separate and apart from legal principles, he deserves more than termination without notice.

Mr. Evans is prepared to accept 24 months notice of termination of his employment. He remains loyal to the union and desirous of representing union members in the Yukon and, for this reason, is quite prepared to accept a combination of working notice and/or pay in lieu of notice.

[66] Mr. McGrady responded on behalf of the Teamsters by letter on January 13, stating that Mr. Hennessy's letter of January 2 "was not intended as a termination without notice. Rather, it was the notice the newly-installed Executive of the Local is obliged to provide pursuant to Section 13 of the Bylaws." No notice period is stipulated in s. 13.

[67] Mr. McGrady confirmed that Mr. Evans would continue to be paid while the Teamsters considered its position. Mr. Macdonald, in a letter to Mr. McGrady dated January 14, responded that the January 2 letter could only be seen as terminating Mr. Evans' employment without notice. The same day, he indicated that no legal action would be taken before January 20, in order to give the Teamsters time "to consider Mr. Evans' proposal" that he would accept 24 months' notice.

[68] Mr. Evans subsequently learned that on January 16, the Teamsters had rescinded the letter of termination for the business agent for Vancouver Island, Mr. Owens. He also learned that Mr. Jeffery, the business agent in Prince George, was reinstated with seven months' working notice.

lendemain, le 3 janvier, M. Macdonald a écrit à M. Hennessy pour l'informer que M. Evans était disposé à accepter un préavis de 24 mois :

[TRADUCTION] À notre avis, M. Evans a droit, indépendamment de l'indemnité de départ, à un préavis raisonnable de cessation d'emploi.

. . . Comme vous le savez, M. Evans est au service de la section locale n° 31 des Teamsters depuis 23 ans et demi, d'une façon loyale et professionnelle. Indépendamment des principes de droit, il mérite mieux qu'un congédiement sans préavis.

Monsieur Evans est disposé à accepter un préavis de cessation d'emploi de 24 mois. Il demeure loyal envers le syndicat et désireux de représenter les membres de celui-ci au Yukon et, pour cette raison, il est tout à fait disposé à accepter un préavis et ou une indemnité de préavis ou l'un d'eux.

[66] Monsieur McGrady a répondu au nom des Teamsters par une lettre datée du 13 janvier, dans laquelle il disait que la lettre du 2 janvier de M. Hennessy [TRADUCTION] « n'était pas censée constituer un congédiement sans préavis. Il s'agissait plutôt de l'avis que la nouvelle direction de la section locale est tenue de donner en vertu de l'art. 13 des statuts. » Aucune période de préavis n'est précisée à l'art. 13.

[67] Monsieur McGrady a confirmé que M. Evans continuerait à être rémunéré pendant que les Teamsters réexamineraient son poste. Dans une lettre à M. McGrady datée du 14 janvier, M. Macdonald a répondu qu'il était impossible de voir dans la lettre du 2 janvier autre chose que le congédiement sans préavis de M. Evans. Le même jour, il a indiqué qu'aucune action en justice ne serait intentée avant le 20 janvier, pour donner aux Teamsters le temps [TRADUCTION] « d'étudier la proposition de M. Evans » suivant laquelle il accepterait un préavis de 24 mois.

[68] Monsieur Evans a appris ultérieurement que le 16 janvier, les Teamsters avaient annulé la lettre de congédiement transmise à l'agent d'affaires de l'île de Vancouver, M. Owens. Il a aussi appris que M. Jeffery, l'agent d'affaires à Prince George, avait été réintégré dans son poste avec un préavis de sept mois.

[69] On January 27, 2003, Mr. Evans commenced this action for wrongful dismissal.

[70] In March, the Teamsters directed KPMG Chartered Accountants to perform an audit of the Whitehorse office. Mr. Evans and his wife, the only employees in that office, were given no notice of this audit. The trial judge found that Mr. Evans felt “threatened and demeaned” by the experience, especially since the auditors acted like a “forensic team” in their search ([2005] Y.J. No. 106 (QL), 2005 YKSC 71, at para. 83).

[71] A settlement meeting was held with Mr. Hennessy, Mr. Evans and their respective counsel on April 3. It was unsuccessful. On Mr. Evans’ behalf, Mr. Macdonald strongly maintained that Mr. Evans was entitled to 24 months’ notice. In response, Mr. McGrady replied:

I am instructed to say, at the outset with respect to your comments about the strength of Mr. Evans’ case, that my client respectfully but emphatically disagrees both with the assessment of the case as a strong one, and with the suggestion that somehow Mr. Evans is entitled to 24 months’ salary. In the event of the parties being unable to reach agreement, the Local will vigorously pursue its defence that Mr. Evans abandoned his position without notice and has left the members, for which he was responsible, unrepresented and unserved. We will also vigorously advance the other breaches of his employment contract as set out in the balance of paragraph 8 of the Statement of Defence.

Mr. Evans raised the possibility that his wife be appointed business agent in his stead, in return for which he would not pursue his lawsuit. The Teamsters, in turn, proposed a draft contract of employment for her. The parties were unable to agree on its terms.

[72] On May 23, Mr. McGrady wrote a letter to Mr. Macdonald saying there was no basis for further negotiations and that Mr. Evans was expected to return to work for an additional 19 months:

[69] Le 27 janvier 2003, M. Evans a intenté l’action pour congédiement injustifié à l’origine du présent pourvoi.

[70] En mars, les Teamsters ont demandé au cabinet d’experts-comptables KPMG d’effectuer une vérification au bureau de Whitehorse. M. Evans et son épouse, les seuls employés de ce bureau, n’ont pas été avisés de la tenue de cette vérification. Le juge de première instance a estimé que M. Evans s’était senti [TRADUCTION] « menacé et humilié » par cette expérience, en particulier parce que les vérificateurs ont fait leur travail en se comportant comme une [TRADUCTION] « équipe de juricomptables » ([2005] Y.J. No. 106 (QL), 2005 YKSC 71, par. 83).

[71] Monsieur Hennessy, M. Evans et leurs avocats se sont rencontrés le 3 avril pour essayer d’arriver à un arrangement, mais en vain. M. Macdonald a soutenu vigoureusement, au nom de M. Evans, que ce dernier avait droit à un préavis de 24 mois. À cela, M. McGrady a répondu ceci :

[TRADUCTION] J’ai pour instruction de dire d’emblée, en ce qui concerne vos propos sur la solidité de la cause de M. Evans, que mon client conteste énergiquement à la fois cette assertion et l’affirmation selon laquelle M. Evans aurait droit d’une manière ou d’une autre à 24 mois de salaire. Dans le cas où les parties ne parviendraient pas à un arrangement, la section locale plaidera vigoureusement, à titre de moyen de défense, que M. Evans a abandonné son poste sans préavis, ce qui a privé de représentation et de services les membres à l’égard desquels il était responsable. Nous invoquerons vigoureusement, aussi, ses autres manquements au contrat de travail, décrits dans le reste du paragraphe 8 de la défense.

Monsieur Evans a évoqué la possibilité que son épouse soit nommée agent d’affaires à sa place, en retour de quoi il ne donnerait pas suite à son action judiciaire. Les Teamsters ont alors proposé un projet de contrat de travail pour elle. Les parties ont été incapables de s’entendre sur les clauses de ce contrat.

[72] Le 23 mai, M. McGrady faisait parvenir à M. Macdonald une lettre dans laquelle il disait que rien ne justifiait la poursuite des négociations et que ses clients s’attendaient à ce que M. Evans revienne au travail pour une période additionnelle de 19 mois :

On behalf of the Local, we request that Mr. Evans return to his employment no later than June 1, 2003 [this was later changed to June 2], to serve out the balance of his notice period of 24 months. To be clear, the total notice period is the 24 months from January 1, 2003 until and including December 31, 2004.

If Mr. Evans refuses to return no later than June 1, 2003, my client will treat that refusal as just cause, and formally terminate him without notice.

We will also amend the Statement of [Defence] adding a claim, amongst others, that he has failed to mitigate his loss by rejecting this return to work. [Emphasis added.]

[73] This was the first time that the Teamsters acknowledged that Mr. Evans was entitled to a 24-month notice period, causing Mr. Macdonald to respond on behalf of Mr. Evans, asking:

... would you be so kind as to immediately provide any documentation in the possession or control of Teamsters Local Union No. 31 evidencing that Mr. Evans was ever given 24 months notice of termination of his employment. We are unaware of such notice being given to Mr. Evans so we are somewhat taken aback by your letter.

[74] On May 30, Mr. Macdonald wrote to Mr. McGrady:

Would you be so kind as to advise Teamsters Local Union No. 31 that if Teamsters Local Union No. 31 immediately rescinds and withdraws the termination letter dated January 2, 2003, Mr. Evans will return to his position effective June 2, 2003.

This request was denied in a letter from Mr. McGrady on the same day:

Local 31 is not prepared to accept the conditions or the proposal that you make in your letter. My client requires Mr. Evans to report for work on Monday, June 2, 2003. He will be working through the 24-month notice period from January 1, 2003 through to December 31, 2004. [Emphasis added.]

[75] In reply, Mr. Macdonald reiterated his position that Mr. Evans had never been given 24 months' notice and that, in the circumstances, "he

[TRADUCTION] Au nom du syndicat local, nous demandons que M. Evans réintègre son emploi au plus tard le 1^{er} juin 2003 [date ultérieurement remplacée par le 2 juin], pour s'acquitter du reste de sa période de préavis de 24 mois. Pour que tout soit bien clair, le préavis est d'une durée totale de 24 mois, à compter du 1^{er} janvier 2003 jusqu'au 31 décembre 2004 inclusivement.

Si M. Evans refuse de reprendre le travail au plus tard le 1^{er} juin 2003, mon client considérera ce refus comme un motif valable et mettra officiellement fin à son emploi, sans préavis.

Nous modifierons aussi la [défense] en y ajoutant notamment qu'il a refusé de limiter son préjudice en rejetant ce retour au travail. [Je souligne.]

[73] C'était la première fois que les Teamsters reconnaissaient que M. Evans avait droit à un préavis de 24 mois, ce qui a amené M. Macdonald à répondre à cette lettre au nom de M. Evans en demandant ceci :

[TRADUCTION] ... auriez-vous l'amabilité de fournir tout document en possession ou sous le contrôle de la section locale n° 31 des Teamsters établissant que l'on aurait donné à M. Evans un préavis de congédiement de 24 mois? À notre connaissance, aucun préavis semblable n'a été donné à M. Evans, aussi sommes-nous quelque peu surpris par la teneur de votre lettre.

[74] Le 30 mai, M. Macdonald a écrit à M. McGrady :

[TRADUCTION] Auriez-vous l'amabilité d'informer la section locale n° 31 des Teamsters que si cette dernière annule et retire immédiatement la lettre de congédiement datée du 2 janvier 2003, M. Evans réintégrera son poste à compter du 2 juin 2003.

Cette demande a été rejetée dans une lettre de M. McGrady datée du même jour :

[TRADUCTION] La section locale n° 31 n'est pas disposée à accepter les conditions ou la proposition contenue dans votre lettre. Mon client exige que M. Evans se présente au travail le lundi 2 juin 2003. Il travaillera pendant la période de préavis de 24 mois, soit du 1^{er} janvier 2003 au 31 décembre 2004. [Je souligne.]

[75] En réponse, M. Macdonald a répété que selon lui, on n'avait jamais donné à M. Evans un préavis de 24 mois et que, dans les circonstances,

cannot rationally be expected to respond positively to your client's directive to return to work".

[76] When Mr. Evans failed to come to work on June 2, 2003, the Teamsters sent Mr. Macdonald a letter the same day, purporting to terminate Mr. Evans for cause. The letter stated: "The immediate cause [for dismissal] is the fact that he is AWOL, and guilty of insubordination."

[77] On June 3, the Teamsters posted a notice to its members that it was accepting applications for the position of business representative in the Yukon Territory.

Prior Proceedings

[78] On March 11, 2004, Veale J. made a pre-trial order declaring that Mr. Evans' employment was terminated by the Teamsters on January 2, 2003.

[79] The trial took place before Gower J. of the Yukon Territory Supreme Court. He found that Mr. Evans was dismissed without notice, and, therefore, wrongfully, on January 2, 2003.

[80] At trial, the Teamsters argued that the purpose of Mr. Hennessy's phone call to Mr. Evans on January 2 was to negotiate a period of working notice. That argument was firmly rejected by Gower J., who concluded that Mr. Hennessy's intention during that call was to continue to rely on s. 13 of the Bylaws as authority for terminating Mr. Evans that day without notice.

[81] The Teamsters also argued that Mr. Evans had received 24 months' working notice, including the 5 months of pay in lieu of notice while the parties were negotiating, and 19 months' working notice commencing June 2. They also submitted that it was "completely unreasonable" for Mr. Evans to refuse the offer made in the letter of May 23. In so doing, he failed to take reasonable steps to mitigate his damages.

[TRANSDUCTION] « on ne saurait s'attendre rationnellement à ce qu'il réponde positivement à la directive de retour au travail donnée par votre client ».

[76] Monsieur Evans ne s'étant pas présenté au travail le 2 juin 2003, les Teamsters ont envoyé le jour même à M. Macdonald une lettre faisant état du congédiement motivé de M. Evans. Il était indiqué dans cette lettre que [TRANSDUCTION] « [l]e motif immédiat [du congédiement] réside dans le fait qu'il est absent sans autorisation et qu'il est coupable d'insubordination. »

[77] Le 3 juin, les Teamsters affichaient un avis informant leurs membres qu'ils acceptaient les candidatures au poste de représentant d'affaires dans le territoire du Yukon.

Historique des procédures

[78] Le 11 mars 2004, le juge Veale a déclaré, dans une ordonnance préalable au procès, que les Teamsters avaient congédié M. Evans le 2 janvier 2003.

[79] Le procès s'est déroulé devant le juge Gower de la Cour suprême du Yukon. Il a conclu que M. Evans avait été congédié sans préavis, et donc de manière injustifiée, le 2 janvier 2003.

[80] Au procès, les Teamsters ont fait valoir que l'appel téléphonique de M. Hennessy à M. Evans le 2 janvier avait pour objet de négocier une période de préavis. Cet argument a été rejeté fermement par le juge Gower qui a conclu que, lors de cet appel, M. Hennessy avait l'intention de continuer à invoquer l'art. 13 des statuts pour justifier le congédiement sans préavis de M. Evans ce jour-là.

[81] Les Teamsters ont aussi fait valoir que M. Evans avait reçu un préavis de 24 mois, y compris les 5 mois d'indemnité de préavis pendant que les parties négociaient, et un préavis de 19 mois commençant le 2 juin. Ils ont également soutenu qu'il était [TRANSDUCTION] « tout à fait déraisonnable » de la part de M. Evans de refuser l'offre faite dans la lettre du 23 mai. Il avait ainsi omis de prendre des mesures raisonnables pour limiter son préjudice.

[82] Gower J. also categorically rejected this submission. He found that the letter of May 23 was “entirely incapable of being interpreted as an offer of re-employment”. Rather, he found it to be a “demand which, if refused, would result in Mr. Evans’ termination” (para. 81). He held that it was not an unreasonable position for Mr. Evans to return to work if his termination letter was rescinded, based on Mr. Evans’ knowledge that the termination letter of Mr. Owens was rescinded.

[83] He also found that it was reasonable for Mr. Evans to refuse the Teamsters’ demand to return to work on June 2. He gave nine reasons for this conclusion:

1. From Mr. Evans’ subjective perspective, he had been “treated like a dog” by Mr. Hennessy when he was terminated without cause or notice on January 2nd.
2. Mr. Evans also knew, from the opportunity to review Mr. McGrady’s legal opinion of December 31, 2002, that this was a planned and deliberate course of action by the Union.
3. When Mr. Hennessy called Mr. Evans on the telephone to discuss the matter, he made no mention whatsoever about working notice or pay in lieu of notice. Rather, as I have found, the only accommodation Mr. Hennessy was prepared to make, and even that was less than clear, was to mention the possibility of re-hiring Mr. Evans for a renewed fixed term of employment.
4. In March 2003, the Union sent in KPMG Chartered Accountants to perform an audit of the Whitehorse office without any prior notice whatsoever to Mr. Evans. Although the Union’s evidence was that this was done strictly for the purpose of assessing property management issues relating to the Union’s office building, it appears as though the auditors acted more like a forensic team in their comprehensive search and seizure of documents. Understandably, Mr. Evans felt threatened and demeaned by the audit and his concerns in that regard were no doubt exacerbated by the fact that Mr. McGrady’s letters of April 3rd, May 5th and May 23rd, 2003 were all prefaced as regarding the “KPMG Report”.

[82] Le juge Gower a également rejeté catégoriquement cette thèse. Selon lui, la lettre du 23 mai [TRADUCTION] « ne pouvait absolument pas être interprétée comme une offre de réengagement ». Il s’agissait plutôt pour lui d’une [TRADUCTION] « exigence qui, si elle était refusée, entraînerait le congédiement de M. Evans » (par. 81). Il a jugé qu’il n’était pas déraisonnable de la part de M. Evans de dire qu’il retournerait au travail si la lettre de congédiement était annulée, puisqu’il savait que la lettre de congédiement de M. Owens avait été annulée.

[83] Il a également jugé raisonnable le refus de M. Evans de se plier à l’exigence des Teamsters concernant son retour au travail le 2 juin. Il a invoqué neuf raisons pour justifier cette conclusion :

[TRADUCTION]

1. Du point de vue subjectif de M. Evans, il avait été « traité comme un chien » par M. Hennessy lorsque ce dernier l’a congédié sans motif valable ni préavis le 2 janvier.
2. Monsieur Evans savait aussi, ayant eu l’occasion d’examiner l’opinion juridique de M. McGrady datée du 31 décembre 2002, qu’il s’agissait d’une ligne de conduite délibérée de la part du syndicat.
3. Lorsque M. Hennessy a téléphoné à M. Evans pour discuter de l’affaire, il n’a fait aucune mention d’un préavis ou d’une indemnité de préavis. Le seul compromis auquel s’est montré disposé M. Hennessy, selon ma conclusion — et encore, ce n’était pas clair — a plutôt consisté à mentionner la possibilité de réengager M. Evans pour une durée déterminée.
4. En mars 2003, le syndicat a envoyé des experts-comptables de KPMG procéder à une vérification au bureau de Whitehorse, sans en avoir aucunement avisé M. Evans au préalable. Même si la preuve présentée par le syndicat indiquait que cette vérification portait strictement sur des questions relatives à la gestion de l’immeuble du syndicat, il semble que les vérificateurs aient plutôt agi comme une équipe de juricomptables se livrant à la recherche et à la saisie systématique de documents. On peut comprendre que M. Evans se soit senti menacé et humilié par la vérification, et ses craintes à cet égard ont certainement été exacerbées par le fait que les lettres de M. McGrady datées des 3 avril, 5 mai et 23 mai 2003 commençaient toutes par une mention indiquant qu’elles concernaient le « rapport de KPMG ».

5. Mr. Evans' fellow business agent in Prince George, Jim Jeffery, who had also been terminated on January 2, 2003, was re-instated effective January 15th with seven months working notice. However, he was subsequently terminated for cause and he telephoned Mr. Evans to inform him of this turn of events.
 6. On the other hand, another of Mr. Evans fellow business agents, Ron Owens, who was also terminated on January 2, 2003, had been re-instated effective January 16th and his termination letter had been rescinded. Mr. Evans could not fathom why he was being treated differently from Mr. Owens. Thus, it is understandable that he would have assumed the worst about the Union's motives towards him.
 7. There is evidence from Mr. Evans that it was well known in Whitehorse that he had been terminated by the Union. Consequently, Mr. Evans' belief that he would no longer have the respect of employers and would not be able to perform effectively as a business agent was not without foundation.
 8. There was also evidence from Jim Fairbrother, the Union's dispatcher in the Vancouver office, that after the election of the new executive, he felt ostracized because he had previously supported the outgoing president, Mr. Zimmerman. He felt the conditions in the Vancouver office were "quite bad" and that he found it difficult to work under those conditions. Further, Mr. Fairbrother was of the view that Mr. Hennessy and Mr. Peterson, the newly elected secretary treasurer, both had "an absolute hatred" towards the appointed business agents. Finally, after Mr. Fairbrother learned that Mr. Evans had been terminated, he telephoned him and talked to him about what was happening in the Vancouver office. The Union's counsel argued that, viewed objectively, Mr. Fairbrother's complaints about being treated badly in the Vancouver office were over-stated and without foundation. While that may be, there is no reason that Mr. Evans should have known that at the time he received this information from Mr. Fairbrother. Therefore, it was not unreasonable for Mr. Evans to consider this information and rely upon it as part of his overall assessment of whether he could continue to work with the Union in all of the circumstances.
 9. Further, the outgoing president, Garnet Zimmerman, testified that the campaign prior to the election in December 2002 had been hard fought and difficult. In direct examination he said:
5. Le collègue de M. Evans occupant le poste d'agent d'affaires à Prince George, Jim Jeffery, qui avait lui aussi été congédié le 2 janvier 2003, a été réintégré dans son poste le 15 janvier avec un préavis de sept mois. Il a cependant été congédié pour un motif valable par la suite et il a téléphoné à M. Evans pour l'informer de ce qui lui arrivait.
 6. Par ailleurs, un autre collègue de M. Evans exerçant les fonctions d'agent d'affaires, Ron Owens, également congédié le 2 janvier 2003, avait été réintégré dans son poste le 16 janvier et sa lettre de congédiement avait été annulée. M. Evans ne comprenait pas du tout pourquoi il était traité différemment de M. Owens. On peut donc comprendre qu'il ait supposé le pire quant aux intentions du syndicat à son endroit.
 7. D'après le témoignage de M. Evans, il était bien connu à Whitehorse qu'il avait été congédié par le syndicat. Par conséquent, ce n'était pas sans raison que M. Evans croyait qu'il ne jouirait plus du respect des employeurs et qu'il ne serait pas en mesure d'exercer efficacement la fonction d'agent d'affaires.
 8. Il y avait également le témoignage de Jim Fairbrother, le répartiteur du syndicat au bureau de Vancouver, selon lequel il s'est senti ostracisé après l'élection des nouveaux dirigeants pour avoir auparavant appuyé le président sortant, M. Zimmerman. Il estimait que la situation au bureau de Vancouver était « très mauvaise » et il trouvait difficile de travailler dans de telles conditions. M. Fairbrother était en outre d'avis que M. Hennessy et M. Peterson, le secrétaire-trésorier nouvellement élu, vouaient tous deux « une haine absolue » aux agents d'affaires nommés. Finalement, lorsque M. Fairbrother a appris le congédiement de M. Evans, il a téléphoné à ce dernier pour lui raconter ce qui se passait au bureau de Vancouver. L'avocat du syndicat a soutenu que, considérées objectivement, les plaintes de M. Fairbrother quant au mauvais traitement dont il aurait fait l'objet au bureau de Vancouver étaient exagérées et sans fondement. C'est possible, mais M. Evans n'avait aucune raison de le savoir lorsqu'il a reçu cette information de M. Fairbrother. Il n'était donc pas déraisonnable de la part de M. Evans de prendre cette information en considération lorsqu'il lui a fallu décider s'il pouvait continuer à travailler pour le syndicat à la lumière de l'ensemble des circonstances.
 9. En outre, le président sortant, M. Garnet Zimmerman, a témoigné que la campagne en vue des élections de décembre 2002 avait été âprement disputée et difficile. Lors de son interrogatoire principal, il a déclaré :

“... Teamster politics are tough at the best of times, but this was a fairly contentious -- I think it was nasty election. It certainly wasn't run on the cleanest fronts, I will say, with our opposition. I think that they used every trick in the book that they could and ultimately were successful in it”.

Mr. Hennessy was asked in cross-examination whether the election was “bitterly contested”. He replied, “It was a hard worked election, yes”, and that he and Mr. Zimmerman were not really on speaking terms afterwards. Mr. Evans had been a supporter of Mr. Zimmerman during the campaign and the two spoke over the telephone about the issue of Mr. Evans' termination. Mr. Evans was aware of the contentious nature of the election and it was not unreasonable for him to factor this into his consideration of whether to return to the Union's employment. [para. 83]

[84] Gower J. concluded that in these circumstances, the Teamsters had not satisfied their burden of showing that Mr. Evans acted unreasonably in refusing to come back to his former workplace. He distinguished those cases relied on by the Teamsters — holding that an employee's failure to accept work with the employer who terminated him may constitute a failure to mitigate — on the basis that they were constructive dismissals. Citing *Cox v. Robertson* (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640, he concluded that in cases of wrongful dismissal, it would be rare to find that the duty to mitigate requires a return to the former workplace. In most cases, he observed, the relationship is so frayed that no reasonable person would expect the parties to work together again harmoniously. Employees cannot be required to return to “an atmosphere of hostility, embarrassment or humiliation” (*Farquhar v. Butler Brothers Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89 (C.A.), at p. 94).

[85] Gower J. also rejected the Teamsters' argument that by demanding reinstatement, Mr. Evans was attempting to obtain 29 months' notice; that is, that he was requesting reinstatement in order to get 24 months' notice of termination in addition to

« ... La politique, chez les Teamsters, est rude dans le meilleur des cas, mais ces élections-là se sont déroulées dans un climat d'antagonisme -- je dirais de méchanceté. Elles n'ont certainement pas été conduites de la façon la plus propre, je dirais, quant à notre opposition. Je pense qu'ils ont eu recours à tous les trucs possibles, et ils ont fini par l'emporter ».

On a demandé à M. Hennessy, lors du contre-interrogatoire, si l'élection avait été « âprement disputée ». Il a répondu : « Ça été des élections difficiles, en effet », et a ajouté que lui et M. Zimmerman n'avaient plus vraiment envie de s'adresser la parole par la suite. M. Evans avait appuyé M. Zimmerman lors de la campagne électorale, et les deux se sont parlé au téléphone au sujet du congédiement de M. Evans. M. Evans était au courant de l'antagonisme qui avait marqué les élections et il n'était pas déraisonnable de sa part de tenir compte de ce fait lorsqu'il lui a fallu décider s'il devait recommencer à travailler pour le syndicat. [par. 83]

[84] Le juge Gower a conclu que, dans ces circonstances, les Teamsters n'avaient pas établi, comme il leur incombait, que M. Evans avait agi d'une façon déraisonnable en refusant de reprendre son poste. Il a établi une distinction avec les décisions invoquées par les Teamsters — selon lesquelles le refus d'un employé d'accepter de travailler pour l'employeur qui l'a congédié peut constituer un refus de limiter son préjudice — au motif qu'il s'agissait de congédiements déguisés. En citant *Cox c. Robertson* (1999), 69 B.C.L.R. (3d) 65, 1999 BCCA 640, il a déclaré que dans les causes de congédiement injustifié, on conclura rarement que l'obligation de limiter le préjudice suppose un retour de l'ex-employé à son ancien poste. Dans la plupart des cas, a-t-il précisé, la relation est si détériorée qu'une personne raisonnable ne s'attendrait pas à voir les parties travailler ensemble de nouveau dans l'harmonie. On ne peut exiger des employés qu'ils retournent travailler dans [TRADUCTION] « un climat d'hostilité, de gêne ou d'humiliation » (*Farquhar c. Butler Brothers Supplies Ltd.* (1988), 23 B.C.L.R. (2d) 89 (C.A.), p. 94).

[85] Le juge Gower a aussi rejeté l'argument des Teamsters suivant lequel M. Evans, en exigeant sa réintégration, tentait d'obtenir un préavis de 29 mois; autrement dit, qu'il demandait sa réintégration afin d'obtenir un préavis de congédiement

the months he was paid while the negotiations were taking place. He found that Mr. Evans' true motivation was not a desire for a "longer notice period" (para. 99), but to be treated the same way as his fellow business agent, Ron Owens, whose letter of termination had been rescinded in January. In any event, he found it "highly unlikely that Mr. Evans would have been able to successfully argue for an *additional* period of 24 months notice . . . especially so when both parties agree that 24 months notice, regardless of whether it is a combination of working notice or pay in lieu, is the probable maximum in these circumstances" (para. 98 (emphasis in original)).

[86] Gower J., while not "particularly impressed" with Mr. Evans' efforts to get alternate employment, found that the Teamsters had not discharged their burden of showing that "not only did Mr. Evans fail to make reasonable efforts to find work, but that had he done so, he likely would have found comparable alternative employment in the Yukon" (para. 67). As a result, he held that Mr. Evans was entitled to 22 months' notice, and awarded him \$100,008.79 in damages, representing the salary and allowances owed to him.

[87] This decision was overturned on appeal by the Yukon Court of Appeal ((2006), 231 B.C.A.C. 19, 2006 YKCA 14). Emphasizing Gower J.'s factual findings that Mr. Evans was not qualified for other jobs in Whitehorse and that his efforts to find alternative employment were less than impressive, the Court of Appeal drew the inference that "Mr. Evans knew that a return to his previous employer was the only way he had to fulfil this obligation [to mitigate his damages]" (para. 31). It concluded that the letter of May 23 made it clear to Mr. Evans, and Mr. Evans understood, that there was a job open to him, and that he would be paid for two years from January 2, 2003. In those circumstances, the Court of Appeal found Gower J.'s finding that there was

de 24 mois en plus des mois pendant lesquels il avait été rémunéré alors que les négociations se déroulaient. Il a conclu que ce qui motivait véritablement M. Evans n'était pas le désir d'avoir un [TRADUCTION] « préavis plus long » (par. 99), mais celui d'être traité de la même manière que son collègue, l'agent d'affaires Ron Owens, dont la lettre de congédiement avait été annulée en janvier. De toute façon, il a conclu qu'il était [TRADUCTION] « très improbable que M. Evans aurait pu faire valoir avec succès qu'il avait droit à une période *additionnelle* de préavis de 24 mois . . . surtout lorsque les deux parties s'entendent pour dire qu'un préavis de 24 mois, peu importe qu'il soit constitué d'un préavis et d'une indemnité de préavis, est le maximum probable dans de telles circonstances » (par. 98 (en italique dans l'original)).

[86] Le juge Gower, tout en disant n'être [TRADUCTION] « pas particulièrement impressionné » par les efforts de M. Evans pour trouver un autre emploi, a estimé que les Teamsters n'avaient pas établi, comme il leur incombait, que [TRADUCTION] « non seulement M. Evans n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver un emploi, mais [que] s'il l'avait fait, il aurait vraisemblablement trouvé un autre emploi comparable au Yukon » (par. 67). Il a par conséquent conclu que M. Evans avait droit à un préavis de 22 mois et lui a accordé 100 008,79 \$ en dommages-intérêts, somme correspondant au salaire et aux indemnités qui lui étaient dus.

[87] Cette décision a été infirmée en appel par la Cour d'appel du Yukon ((2006), 231 B.C.A.C. 19, 2006 YKCA 14). Soulignant les conclusions de fait du juge Gower selon lesquelles M. Evans n'était pas qualifié pour exercer d'autres emplois à Whitehorse et ses efforts pour trouver un autre emploi n'étaient pas très impressionnants, la Cour d'appel en a inféré que [TRADUCTION] « M. Evans savait que la seule façon dont il pouvait s'acquitter de cette obligation [de limiter son préjudice] était de retourner travailler pour son ancien employeur » (par. 31). Elle a conclu que la lettre du 23 mai indiquait clairement à M. Evans — ce qu'il a du reste compris — qu'un poste lui était offert et qu'il serait payé pendant deux ans à partir du 2 janvier 2003. La Cour d'appel a

no genuine offer of re-employment to be “clearly wrong”.

[88] The Court of Appeal found that Gower J. had also erred in applying a “purely subjective” test when he concluded that Mr. Evans’ “fears” were not without foundation (para. 47). In its view, Mr. Evans’ refusal to return to work was objectively unreasonable:

The evidence does not support the conclusion that Mr. Evans’ circumstances, viewed objectively, justified his refusal to resume employment with the union. [para. 57]

[89] Nor did the Court of Appeal agree with Gower J.’s conclusion that there was a distinction between wrongful and constructive dismissals in assessing the duty to mitigate. In particular, it disagreed with the conclusion that in the case of wrongful dismissals, employees will rarely be required to return to their former employers to mitigate damages, concluding instead: “Where the facts of the case, viewed objectively, warrant it, mitigation requires just that” (para. 52).

[90] Notwithstanding the trial judge’s express findings to the contrary, the Court of Appeal also concluded that Mr. Evans’ demand that he be reinstated as an indefinite term employee was an unreasonable expectation designed to give Mr. Evans the opportunity to extend his notice period to 29 months. Stating that it was not open to the trial judge “to find other than that it was unreasonable for Mr. Evans to refuse the offer”, the Court of Appeal concluded that Mr. Evans “should have returned to employment for the union shortly after his termination on 2 January 2003” (paras. 55 and 59). Because “Mr. Evans failed to act reasonably with respect to the job offer made to him by the union”, the damages award was set aside in its entirety (para. 59).

estimé que, vu ces circonstances, la conclusion du juge Gower quant à l’absence d’une véritable offre de réengagement était [TRADUCTION] « clairement erronée ».

[88] Le juge Gower avait aussi fait une erreur, selon la Cour d’appel, en appliquant un critère [TRADUCTION] « purement subjectif » pour conclure que les [TRADUCTION] « craintes » de M. Evans n’étaient pas sans fondement (par. 47). Selon elle, le refus de M. Evans de retourner au travail était objectivement déraisonnable :

[TRADUCTION] La preuve ne permet pas de conclure que la situation de M. Evans, considérée objectivement, justifiait son refus de reprendre son emploi auprès du syndicat. [par. 57]

[89] La Cour d’appel n’était pas non plus d’accord avec le juge Gower pour conclure que, pour l’appréciation de l’obligation de limiter le préjudice, il fallait distinguer les congédiements injustifiés et les congédiements déguisés. Elle ne souscrivait pas, en particulier, à la conclusion suivant laquelle l’employé victime d’un congédiement injustifié sera rarement tenu de retourner travailler pour son ancien employeur afin de limiter son préjudice, estimant plutôt que [TRADUCTION] « [l]orsque les faits de l’espèce, considérés objectivement, le justifient, c’est précisément ce qu’exige la limitation du préjudice » (par. 52).

[90] Malgré les conclusions contraires explicites du juge de première instance, la Cour d’appel a également vu, dans la demande de M. Evans concernant sa réintégration à titre d’employé à durée indéterminée, une attente déraisonnable visant à lui donner la possibilité de faire passer à 29 mois la durée de son préavis. En déclarant qu’il n’était pas loisible au juge de première instance [TRADUCTION] « de ne pas conclure qu’il était déraisonnable de la part de M. Evans de refuser l’offre », la Cour d’appel est arrivée à la conclusion que M. Evans [TRADUCTION] « aurait dû retourner travailler pour le syndicat peu après son congédiement le 2 janvier 2003 » (par. 55 et 59). Parce que [TRADUCTION] « M. Evans n’avait pas agi d’une manière raisonnable quant à l’offre du syndicat », la Cour d’appel a annulé en totalité les dommages-intérêts qui lui avaient été accordés (par. 59).

Analysis

[91] The issue in this appeal centres on the trial judge's conclusion that it was not unreasonable for Mr. Evans to refuse to return to work on June 2. In particular, the issue is whether the decision not to return to work constitutes a failure by Mr. Evans to take reasonable steps to mitigate his damages.

[92] In my view, the result of the Court of Appeal's decision is that the Teamsters have been permitted to unilaterally transform their unlawful treatment of Mr. Evans on January 2, which had entitled him to a considerable period of notice, into a lawful dismissal on June 2 which entitled him to no notice. With respect, this flies in the face not only of the law of wrongful dismissal, but also of the trial judge's factual findings.

[93] This Court has recognized employment contracts as a unique subset of contracts marked by an inherent imbalance of bargaining power, making the wholesale, uncritical acceptance of principles from contract law inappropriate (*Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986). The uniqueness of employment contracts was well explained by Professor Judy Fudge as follows:

Both the nature of the employment relationship, that is, the rights and duties that define it, and the nature of the commodity sold, which is the human capacity to work, create pressures that are hard to contain within the conceptual boundaries of contract. Historically, the employment contract emerged out of, and was infused with, master and servant law. Employment is an asymmetrical relationship in which the employee implicitly cedes authority to the employer. Inequality is not just a question of bargaining power; it is an essential institutional feature of employment that the employer has a unilateral and residual right of control and the employee has an open-ended duty of obedience. Moreover, concepts of contract law must accommodate the distinctive object of the exchange in employment — the capacity of human beings to labour. In a liberal society, human

Analyse

[91] La question à trancher dans le présent pourvoi concerne essentiellement la conclusion du juge de première instance selon laquelle il n'était pas déraisonnable de la part de M. Evans de refuser de retourner au travail le 2 juin. Il s'agit en particulier de déterminer si sa décision de ne pas le faire constituait de sa part un refus de prendre des mesures raisonnables pour limiter son préjudice.

[92] La décision de la Cour d'appel a eu pour résultat, selon moi, de permettre aux Teamsters de transformer unilatéralement la façon illicite dont ils ont traité M. Evans le 2 janvier, qui lui donnait droit à un préavis d'une durée considérable, en un congédiement légal, le 2 juin, qui ne lui donnait droit à aucun préavis. Avec égards, cela à mon avis va à l'encontre non seulement des règles de droit relatives au congédiement injustifié, mais aussi des conclusions de fait du juge de première instance.

[93] Notre Cour a reconnu que les contrats de travail forment un sous-ensemble tout à fait particulier de contrats, caractérisé par un déséquilibre inhérent dans le pouvoir de négociation qui rend inappropriée l'acceptation en bloc et sans réserve des principes du droit des contrats (*Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986). La professeure Judy Fudge a bien expliqué ce caractère tout à fait particulier des contrats de travail :

[TRADUCTION] Tant la nature de la relation d'emploi, à savoir les droits et les obligations qui la définissent, que la nature de ce qui est vendu, soit la capacité humaine de travail, créent des pressions difficiles à circonscrire dans les limites conceptuelles du contrat. Historiquement, le contrat de travail est issu du droit relatif à la relation de commettant à préposé et il en est imprégné. La relation d'emploi est une relation asymétrique dans laquelle l'employé cède implicitement une autorité à l'employeur. L'inégalité n'est pas simplement une question de pouvoir de négociation; une caractéristique institutionnelle essentielle de la relation d'emploi consiste dans le fait que l'employeur jouit d'un droit de contrôle unilatéral et résiduel, tandis que l'employé a une obligation d'obéissance indéfinie. En outre, les concepts du droit des contrats doivent être adaptés

beings are to be treated with dignity and respect. The employee is both the subject and object of the employment contract, with the result that the employment relationship helps to define an individual employee's self-worth.

(Judy Fudge, "The Limits of Good Faith in the Contract of Employment: From *Addis* to *Vorvis* to *Wallace* and Back Again?" (2007), 32 *Queen's L.J.* 529, at p. 530)

[94] Because of the inherent imbalance in bargaining power, the central role that work plays in the individual's sense of identity, and the recognition that "[t]he point at which the employment relationship ruptures is the time when the employee is most vulnerable and hence, most in need of protection", this Court has sought to "encourage conduct that minimizes the damage and dislocation (both economic and personal)" inherent in the termination of employment (*Wallace*, per Iacobucci J., at para. 95).

[95] The law has, accordingly, imposed "an implied obligation in the employment contract to give reasonable notice of an intention to terminate the relationship (or pay in lieu thereof) in the absence of just cause for dismissal" (*Wallace*, per McLachlin J., at para. 115). This period of reasonable notice aims to "cushion the blow of unemployment" (G. England, "Recent Developments in the Law of the Employment Contract: Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm" (1994-95), 20 *Queen's L.J.* 557, p. 599).

[96] The majority's reasons in this Court suggest that there is "little practical difference" between terminating an employee by giving notice and dismissing an employee without notice but later offering re-employment for a period of time that would have constituted reasonable notice (para. 29). In suggesting that it is "nonsensical to say that when this ongoing relationship is termed 'working notice' it is acceptable but when it is termed 'mitigation' it

à l'objet distinctif de l'échange dans la relation d'emploi — la capacité de travail des êtres humains. Dans une société libérale, les êtres humains doivent être traités avec dignité et respect. L'employé est à la fois le sujet et l'objet du contrat de travail, si bien que la relation d'emploi contribue à définir la valeur personnelle de l'employé.

(Judy Fudge, « The Limits of Good Faith in the Contract of Employment : From *Addis* to *Vorvis* to *Wallace* and Back Again? » (2007), 32 *Queen's L.J.* 529, p. 530)

[94] Étant donné le déséquilibre inhérent dans le pouvoir de négociation, le rôle central du travail dans le sentiment d'identité de l'individu et la reconnaissance du fait que « [l]e moment où il y a rupture de la relation entre l'employeur et l'employé est celui où l'employé est le plus vulnérable et a donc le plus besoin de protection », notre Cour a voulu « encourager les comportements qui réduisent au minimum le préjudice et le bouleversement (tant économique que personnel) » inhérents à la cessation d'emploi (*Wallace*, le juge Iacobucci, par. 95).

[95] Le droit a pour cette raison imposé une « obligation implicite du contrat de travail de donner un préavis raisonnable de l'intention de mettre fin à la relation employeur-employé (ou de verser un salaire tenant lieu de préavis) en l'absence d'un motif valable de congédiement » (*Wallace*, la juge McLachlin, par. 115). Ce préavis raisonnable vise à [TRADUCTION] « amortir le choc du chômage » (G. England, « Recent Developments in the Law of the Employment Contract : Continuing Tension Between the Rights Paradigm and the Efficiency Paradigm » (1994-1995), 20 *Queen's L.J.* 557, p. 599).

[96] Selon les motifs des juges majoritaires de notre Cour, il y aurait « peu de différence en pratique » entre le fait de congédier un employé en lui donnant un préavis et le fait de le congédier sans préavis mais de lui offrir par la suite de le réengager pour une période qui aurait constitué un préavis raisonnable (par. 29). En avançant qu'il est « absurde [...] de dire que le maintien de cette relation est acceptable lorsqu'il est qualifié de "préavis" mais ne

is not”, the majority, with respect, fundamentally changes the obligations of an employer upon termination and appears to remove critical protection from an employee at a time when, as this Court observed in *Wallace*, “the employee is most vulnerable” (para. 95).

[97] Mitigation is a limiting principle in damages, imported into the employment context from contract law (*Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 65). Professor Waddams explored the basis of the rule of mitigation in his work on *The Law of Damages* (loose-leaf):

A plaintiff is not entitled to recover compensation for loss that could, by taking reasonable action, have been avoided. This rule rests partly on the principle of causation: losses that could reasonably have been avoided are caused by the plaintiff’s inaction rather than by the defendant’s wrong and partly on a policy of avoiding economic waste. [¶ 15.70]

In *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), Pearson L.J. explained:

... it is important to appreciate the true nature of the so-called “duty to mitigate the loss” or “duty to minimise the damage.” The plaintiff is not under any actual obligation to adopt the cheaper method: if he wishes to adopt the more expensive method, he is at liberty to do so and by doing so he commits no wrong against the defendant or anyone else. The true meaning is that the plaintiff is not entitled to charge the defendant by way of damages with any greater sum than that which he reasonably needs to expend for the purpose of making good the loss. [Emphasis added; p. 1075.]

[98] The leading judgment from this Court explaining how the principle of mitigation is to be applied in the employment context is *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324, at pp. 329-30, where Laskin C.J. (writing for the majority) approved the following statement from Rand J., dissenting, in *Cemco Electrical Manufacturing Co. v. Van Snellenberg*, [1947] S.C.R. 121:

l’est pas lorsqu’il est qualifié de “limitation du préjudice” », j’estime avec égards que la majorité modifie fondamentalement les obligations de l’employeur au moment du congédiement, et elle semble retirer à l’employé une protection cruciale à un moment où, comme l’a souligné la Cour dans *Wallace*, « l’employé est le plus vulnérable » (par. 95).

[97] La limitation du préjudice est un principe du droit des contrats qui a été repris dans le contexte du contrat de travail (*Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 65). Le professeur Waddams s’est penché sur le fondement de la règle de la limitation du préjudice dans son ouvrage *The Law of Damages* (feuilles mobiles) :

[TRADUCTION] Un demandeur n’a pas le droit d’obtenir une indemnisation à l’égard d’une perte qu’il aurait pu éviter en prenant des mesures raisonnables. Cette règle repose en partie sur le principe de la causalité : les pertes qui auraient pu raisonnablement être évitées sont causées par l’inaction du demandeur plutôt que par le délit du défendeur, et en partie sur le souci d’éviter un gaspillage économique. [¶ 15.70]

Dans *Darbishire c. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), le lord juge Pearson a donné cette explication :

[TRADUCTION] ... il est important de saisir la vraie nature de ce qu’on appelle « l’obligation de réduire les pertes » ou « l’obligation de limiter le préjudice. » Le demandeur n’a pas d’obligation contractuelle de choisir la méthode la plus économique : s’il souhaite adopter la méthode plus coûteuse, il a la liberté de le faire et ne commet pas de faute contre le défendeur ou qui que ce soit d’autre en le faisant. Cela signifie en réalité que le demandeur n’a pas le droit de faire payer au défendeur, sous forme de dommages-intérêts, une somme plus considérable que celle dont il a raisonnablement besoin pour réparer la perte subie. [Je souligne; p. 1075.]

[98] L’arrêt de notre Cour faisant autorité sur la manière dont il convient d’appliquer le principe de la limitation du préjudice dans le contexte de la relation de travail est *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, p. 329-330. Le juge en chef Laskin (s’exprimant au nom de la majorité) y a approuvé les observations suivantes du juge Rand, dissident, dans *Cemco Electrical Manufacturing Co. c. Van Snellenberg*, [1947] R.C.S. 121 :

The principle of mitigation is a necessary corollary of the basis of damages, namely, that they have arisen in a legal sense from a violation of a right. Underlying this is the assumption that a person must concern himself with his own interest if he would seek from the law the vindication of his civil engagements. In a contract of employment, the remuneration is either for work done or for the commitment to work. Upon a dismissal which is a repudiation of the obligation to accept the one or the other, as the remedy of specific performance is not available, the employee's capacity to work is now released to him to be used as he sees fit. He may decide to waste it or he may demand that the employer make good its full utility. In that event, he must act reasonably in seeking to employ it as he would or might have had the particular engagement not been made. It is the loss of earnings resulting from a denial of a right to use or commit his working capacity profitably that is the substance of his claim, and as he must prove his damages, it must appear that they arose from the breach of contract. [Emphasis added; p. 128.]

Laskin C.J. framed the "duty" to mitigate as a qualification of the "primary rule in breach of contract cases, that a wronged plaintiff is entitled to be put in as good a position as he would have been in if there had been proper performance by the defendant". The duty underscores the notion that "the defendant cannot be called upon to pay for avoidable losses which would result in an increase in the quantum of damages payable to the plaintiff" (p. 330).

[99] In *Red Deer College*, at p. 332, the Court held that the burden of proving that an employee has failed to mitigate his or her damages lies with the employer. Laskin C.J. cited Cheshire and Fifoot's *The Law of Contract* (8th ed. 1972), to explain the nature of the burden:

... the burden which lies on the defendant of proving that the plaintiff has failed in his duty of mitigation is by no means a light one, for this is a case where a party already in breach of contract demands positive action from one who is often innocent of blame. [p. 599]

As this passage suggests, the burden of proof is onerous. This is consistent with the approach to

[TRADUCTION] Le principe de mitigation est un corollaire nécessaire du concept de dommages-intérêts, c'est-à-dire que ces derniers découlent, au sens juridique, de la violation d'un droit. Sous-jacente à cette affirmation il y a le postulat qu'une personne se doit de veiller à son propre intérêt si elle désire que la loi assure l'exécution de ses obligations civiles. Dans un contrat de travail, la rémunération est offerte en retour d'un travail effectué ou d'un engagement à effectuer un travail. Lorsqu'il y a licenciement, c'est-à-dire répudiation de l'obligation d'accepter l'un ou l'autre, et puisqu'on ne peut recourir à une action en exécution même de l'obligation, l'employé est dorénavant libre de mettre à profit, comme il l'entend, sa capacité de travailler. Il peut choisir de la gaspiller ou il peut demander à l'employeur de compenser son plein rendement. Dans cette alternative, l'employé doit raisonnablement chercher à mettre à profit sa capacité comme il le ferait ou l'aurait fait s'il n'avait pas été embauché. Le fondement de sa réclamation doit être la perte de revenu découlant du déni du droit de mettre à profit sa capacité de travailler, et puisqu'il doit prouver les dommages qu'il a subis, il doit être clair qu'ils découlent de la violation du contrat. [Je souligne; p. 128.]

Le juge en chef Laskin a envisagé l'« obligation » de limiter le préjudice comme une réserve à « la règle fondamentale » selon laquelle, dans une « affaire d'inexécution contractuelle, [...] un demandeur lésé a le droit d'être mis dans une position aussi favorable que s'il y avait eu exécution régulière de la part du défendeur ». L'obligation met en évidence le principe suivant lequel « le défendeur ne peut être appelé à défrayer toute perte évitable qui résulterait en une augmentation du quantum des dommages-intérêts payables au demandeur » (p. 330).

[99] Dans *Red Deer College*, p. 332, la Cour a déclaré qu'il incombe à l'employeur de prouver que l'employé a négligé son devoir de limiter son préjudice. Le juge en chef Laskin a cité le traité de Cheshire et Fifoot *The Law of Contract* (8^e éd. 1972) pour expliquer la nature de l'obligation :

[TRADUCTION] ... l'obligation qui incombe au défendeur de prouver que le demandeur a négligé son devoir de limiter son préjudice n'est certes rien de facile car il s'agit d'une situation où une partie, déjà coupable d'inexécution, demande à l'autre partie, qui souvent n'a rien à se reprocher, d'accomplir des gestes concrets. [p. 599]

Comme il ressort de ce passage, il s'agit là d'un lourd fardeau de preuve. Cela cadre avec la façon

mitigation as a principle in damages more generally. As Waddams observed: “In case of doubt, the plaintiff will usually receive the benefit, because it does not lie in the mouth of the defendant to be over-critical of good faith attempts by the plaintiff to avoid difficulty caused by the defendant’s wrong” (¶ 15.140).

[100] An employer alleging a failure to mitigate must prove two things: that the employee did not make a reasonable effort to find new work and that had the employee done so, he or she would likely have been able to obtain comparable alternative employment. In other words: that the loss was avoidable.

[101] The question has occasionally arisen whether employees are required to mitigate their losses by accepting re-employment with the same employer who fired them. Beginning in the 1980s, some courts came to accept that in cases of constructive dismissal in which the employment relationship remained one of “mutual understanding and respect”, an employee may be expected to accept alternative employment with the employer to mitigate his or her losses (*Farquhar*, at p. 95).

[102] Counsel for the Teamsters conceded before us, graciously, that he knew of no case where this principle has been applied when an employee has been wrongfully dismissed. This is not surprising, given that courts have consistently acknowledged the conceptual difference between the two forms of dismissal.

[103] As the Alberta Court of Appeal said in *Christianson v. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747:

In wrongful dismissal cases, . . . the plaintiff need not mitigate damages by taking a significant demotion, or by going back to the employer who fired him or her. All that is trite law. [p. 750]

The same principle was expressed in *Farquhar* by Lambert J.A.:

dont la limitation du préjudice est abordée en tant que principe en matière plus générale de dommages-intérêts. Comme Waddams l’a fait remarquer, [TRADUCTION] « [e]n cas de doute, on en donnera habituellement le bénéfice au demandeur, parce que le défendeur ne peut pas se montrer trop critique à l’égard des tentatives faites de bonne foi par le demandeur pour se soustraire aux difficultés causées par la faute du défendeur » (¶ 15.140).

[100] L’employeur qui allègue l’absence de limitation du préjudice doit prouver deux choses : que l’employé n’a pas fait d’efforts raisonnables pour trouver un nouveau travail et que, l’eût-il fait, il lui aurait vraisemblablement été possible de trouver un emploi comparable. Autrement dit : que le préjudice était évitable.

[101] On s’est demandé à l’occasion si des employés sont tenus de limiter leur préjudice en acceptant d’être réengagés par l’employeur qui les a congédiés. À partir des années 1980, certains tribunaux en sont venus à accepter que, dans des affaires de congédiement déguisé où la relation d’emploi demeurerait empreinte de [TRADUCTION] « compréhension et de respect mutuel », on puisse attendre d’un employé qu’il accepte un autre emploi auprès de l’employeur afin de limiter son préjudice (*Farquhar*, p. 95).

[102] L’avocat des Teamsters a admis de bonne grâce devant nous n’être au fait d’aucune décision dans laquelle ce principe aurait été appliqué dans le contexte d’un congédiement injustifié. Cela n’a rien d’étonnant, les tribunaux ayant reconnu d’une façon constante la différence conceptuelle entre les deux types de congédiement.

[103] Comme l’a dit la Cour d’appel de l’Alberta dans *Christianson c. North Hill News Inc.* (1993), 106 D.L.R. (4th) 747 :

[TRADUCTION] En matière de congédiement injustifié, [. . .] le demandeur n’a pas à atténuer le préjudice en acceptant une rétrogradation importante, ou en retournant travailler pour l’employeur qui l’a congédié. C’est une règle de droit élémentaire. [p. 750]

Le même principe a été exprimé dans *Farquhar* par le juge Lambert :

If the employer orders the dismissal, then there is normally no question of the employee mitigating his loss by continuing to work for the employer. But if the dismissal is a constructive one, . . . then a question may arise about whether the employee should remain in the work force of the employer, on new terms and under a new arrangement, while he is seeking work elsewhere. [p. 93]

(See also *Smith v. Aker Kvaerner Canada Inc.*, [2005] B.C.J. No. 150 (QL), 2005 BCSC 117, at para. 41.)

[104] It is true, however, that the court in *Cox v. Robertson* appeared to accept the possibility that wrongfully dismissed employees might be expected to mitigate their damages at a former workplace. But, significantly, it concluded that the dismissed employee in that case was not required to return to work, noting that it was “almost amusing, and highly artificial” to suggest that employee and employer could work closely together while the employee was pursuing an action for wrongful dismissal (para. 16).

[105] In my view, the distinction between constructive and wrongful dismissal is an important one. Constructive dismissal occurs when an employer breaks or repudiates a fundamental term of the contract. The employee is then given the option of either accepting the new terms, or treating the contract as at an end and suing for damages. In such circumstances, it may, infrequently, be possible for an employee comfortably to stay on while looking for work elsewhere.

[106] On the other hand, when an employee is fired without cause and without reasonable notice, the dismissal is, at law, “wrongful”. The employee is immediately entitled to an action in damages. He or she has lost the job, period. That means, to use the language of Professor Fudge, that the employer has lost the “right of control” and the employee has lost the “open-ended duty of obedience” (p. 530).

[TRADUCTION] Si l’employeur ordonne le congédiement, il sera normalement hors de question que l’employé limite son préjudice en continuant à travailler pour cet employeur. Mais s’il s’agit d’un congédiement déguisé [. . .] il pourra être pertinent de se demander si l’employé devrait continuer à faire partie du personnel de l’employeur, selon de nouvelles conditions et un nouvel arrangement, pendant qu’il cherche du travail ailleurs. [p. 93]

(Voir également *Smith c. Aker Kvaerner Canada Inc.*, [2005] B.C.J. No. 150 (QL), 2005 BCSC 117, par. 41.)

[104] Il est vrai, cependant, que dans *Cox c. Robertson*, la cour a semblé accepter qu’on puisse s’attendre, de la part d’employés congédiés sans motif valable, à ce qu’ils limitent leur préjudice en continuant à travailler pour le même employeur. Mais elle a conclu, il importe de le souligner, que l’employée congédiée en l’espèce n’était pas tenue de reprendre son poste, en ajoutant qu’il était [TRADUCTION] « presque amusant, et extrêmement artificiel » de suggérer qu’une employée et son employeur pouvaient travailler en étroite collaboration alors que l’employée a intenté une action pour congédiement injustifié (par. 16).

[105] Selon moi, la distinction entre congédiement déguisé et congédiement injustifié est importante. Il y a congédiement déguisé lorsqu’un employeur enfreint une condition fondamentale du contrat ou s’estime non lié par elle. L’employé peut alors, ou bien accepter les nouvelles conditions, ou bien considérer le contrat comme résilié et tenter une action en dommages-intérêts. Dans de telles circonstances, il peut arriver, rarement, que l’employé puisse, sans en ressentir de gêne, rester chez l’employeur tout en cherchant du travail ailleurs.

[106] Par ailleurs, lorsqu’un employé est congédié sans motif valable et sans préavis, il s’agit en droit d’un congédiement « injustifié ». L’employé a immédiatement le droit d’intenter une action en dommages-intérêts. Il a perdu son travail, un point c’est tout. Cela veut dire, pour reprendre les termes de la professeure Fudge, que l’employeur a perdu son [TRADUCTION] « droit de contrôle » et que l’employé, lui, a perdu son [TRADUCTION] « obligation d’obéissance indéfinie » (p. 530).

[107] But even if one can assert that a wrongfully dismissed employee's duty to mitigate may include returning to the workplace, I agree with Gower J. (and the existing jurisprudence) that it would only be in "the rare case" that such an expectation would be reasonable (para. 93). The rarity of expecting a dismissed employee to mitigate damages in the same workplace is already well recognized in the case of constructive dismissals. The reason such an expectation should remain a remote and exceptional possibility is explained by David Harris in his text *Wrongful Dismissal* (loose-leaf), vol. 2:

Surely the employee should not be kept on the employer's strings, having to respond at the slightest whim of the same company that deliberately rejected him by the act of dismissal. [p. 4-292.2]

[108] The raw application of the remedial principle of mitigation in the way the Court of Appeal proposes, has the danger of making routine the requirement to accept re-employment with an employer who acted wrongfully. This, in my view, is particularly troubling because it disregards the uniqueness of an employment contract as one of personal service. An employee cannot be forced to work against his or her will. This is reflected in the legal principle that an employer will never be entitled to an order of specific performance. Fry L.J. captured this concept in *De Francesco v. Barnum* (1890), 45 Ch. D. 430, where he said:

For my own part, I should be very unwilling to extend decisions the effect of which is to compel persons who are not desirous of maintaining continuous personal relations with one another to continue those personal relations. I have a strong impression and a strong feeling that it is not in the interest of mankind that the rule of specific performance should be extended to such cases. I think the Courts are bound to be jealous, lest they should turn contracts of service into contracts of slavery . . . [Emphasis added; p. 438.]

[109] This is a principle that should be most jealously guarded in the case of an employee who has been wrongfully dismissed. It is for that reason

[107] Mais même s'il est possible de prétendre que l'obligation d'un employé congédié sans motif valable de limiter son préjudice peut comporter le retour chez l'employeur, je suis d'accord avec le juge Gower (et avec la jurisprudence existante) pour dire qu'une telle attente serait [TRADUCTION] « rarement » raisonnable (par. 93). Cela est du reste déjà bien reconnu dans les décisions relatives à des congédiements déguisés. Dans un ouvrage intitulé *Wrongful Dismissal* (feuilles mobiles), vol. 2, David Harris a expliqué la raison pour laquelle une telle attente devrait demeurer une possibilité lointaine et exceptionnelle :

[TRADUCTION] L'employé ne devrait certainement pas demeurer sous la domination de l'employeur et devoir se plier au moindre caprice de l'entreprise qui s'est délibérément défaits de lui en le congédiant. [p. 4-292.2]

[108] L'application brute du principe réparateur de la limitation du préjudice telle qu'elle est proposée par la Cour d'appel comporte un danger, celui de donner un caractère habituel à l'obligation d'accepter de recommencer à travailler pour un employeur qui a agi de manière fautive. Cela est à mon sens particulièrement préoccupant parce qu'on se trouve alors à ne faire aucun cas du caractère tout à fait particulier du contrat de travail individuel. Un employé ne peut pas être forcé de travailler contre sa volonté. Cette idée s'exprime dans le principe de droit voulant qu'un employeur ne puisse jamais obtenir une ordonnance d'exécution en nature. Le lord juge Fry a bien décrit cette notion dans *De Francesco c. Barnum* (1890), 45 Ch. D. 430 :

[TRADUCTION] Pour ma part, je ne serais pas du tout disposé à rendre des décisions qui auraient pour effet de contraindre des personnes ne souhaitant pas maintenir des relations personnelles continues les unes avec les autres, à poursuivre ces relations personnelles. J'ai le vif sentiment qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'humanité que la règle de l'exécution en nature soit appliquée dans de telles affaires. Je pense que les tribunaux doivent faire preuve de la plus grande vigilance, s'ils ne veulent pas transformer des contrats de travail en contrats d'esclavage . . . [Je souligne; p. 438.]

[109] C'est là un principe qui doit être jalousement préservé dans le cas d'un employé victime d'un congédiement injustifié. C'est pour cette

that I also have difficulty accepting the Court of Appeal's application of a purely objective test to Mr. Evans' decision not to return to the workplace from which he had been fired. An objective test makes little sense when applied to an analysis that turns on whether a particular dismissed employee should be "obliged to mitigate by working in an atmosphere of hostility, embarrassment or humiliation" (*Farquhar*, at p. 94).

[110] The majority in this Court has accepted the Teamsters' argument that *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, sets out an objective test. In my view, *Reibl v. Hughes* has no application to this case. It involved a consideration of causation in connection with a physician's duty of disclosure to a patient. The Court's reasoning in support of a "modified" objective standard was particular to that specific context and has been found not to apply in other circumstances. In *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, for example, the Court applied a subjective test to determine whether a manufacturer's failure to warn of risks associated with its product caused the harm complained of.

[111] The Court of Appeal, at para. 50, relied on the following passage from *Cox v. Robertson* to justify the application of an objective standard:

Probably the leading case on mitigation by re-employment is the judgment of this court in *Farquhar v. Butler Brothers Supplies Ltd.* (*supra*) where the Court stated, at p. 94, that in mitigation of losses, an employee is only required to take such steps as a reasonable person would take. Each case, of course, will be different, but it is clear that while an employee may be under a duty to accept re-employment on a temporary basis in some circumstances, such obligation will arise infrequently because "[v]ery often the relationship . . . will have become so frayed that a reasonable person would not expect both sides to work together again in harmony . . .". [Emphasis added; para. 11.]

raison que j'ai aussi du mal à accepter l'application par la Cour d'appel d'un critère purement objectif à l'égard de la décision de M. Evans de ne pas retourner travailler pour l'employeur qui l'avait congédié. Il n'est pas très logique de recourir à un critère objectif dans le cadre d'une analyse axée sur la question de savoir si un employé qui a été congédié devrait [TRADUCTION] « être obligé, pour limiter son préjudice, de travailler dans un climat d'hostilité, de gêne ou d'humiliation » (*Farquhar*, p. 94).

[110] Les juges majoritaires de notre Cour ont accepté l'argument des Teamsters selon lequel l'arrêt *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, propose un critère objectif. À mon avis, *Reibl c. Hughes* ne s'applique pas en l'espèce. L'affaire soulevait une question de causalité reliée à l'obligation de divulgation d'un médecin envers son patient. Le raisonnement de la Cour à l'appui d'une norme objective « modifiée » concernait d'une façon particulière ce contexte précis, et il a été jugé non applicable dans d'autres circonstances. Dans *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, par exemple, la Cour a utilisé un critère subjectif pour déterminer si le fait qu'un fabricant n'avait pas émis de mise en garde au sujet des risques liés à son produit était à l'origine du préjudice invoqué.

[111] La Cour d'appel s'est fondée, au par. 50, sur le passage suivant de *Cox c. Robertson* pour justifier l'application d'une norme objective :

[TRADUCTION] La décision qui fait autorité en matière de limitation du préjudice par le réengagement est sans doute le jugement rendu par notre cour dans *Farquhar c. Butler Brothers Supplies Ltd.* (précitée), dans laquelle la cour a déclaré à la p. 94 que, en ce qui concerne la limitation du préjudice, l'employé est uniquement tenu de prendre les mesures que prendrait une personne raisonnable. Chaque cas est bien entendu différent, mais il est clair que, s'il peut arriver qu'un employé ait dans certaines circonstances l'obligation d'accepter un réengagement temporaire, cette obligation ne se présentera pas fréquemment parce que « [t]rès souvent, la relation [. . .] sera à ce point détériorée qu'une personne raisonnable ne s'attendrait pas à ce que les deux parties puissent recommencer à travailler ensemble dans l'harmonie . . . » [Je souligne; par. 11.]

The Teamsters also cited the following passage from *Forshaw v. Aluminex Extrusions Ltd.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 140 (C.A.), in support of an “objective” standard:

The duty to “act reasonably”, in seeking and accepting alternate employment, cannot be a duty to take such steps as will reduce the claim against the defaulting former employer, but must be a duty to take such steps as a reasonable person in the dismissed employee’s position would take in his own interests — to maintain his income and his position in his industry, trade or profession. The question whether or not the employee has acted reasonably must be judged in relation to his own position, and not in relation to that of the employer who has wrongfully dismissed him. The former employer cannot have any right to expect that the former employee will accept lower paying alternate employment with doubtful prospects, and then sue for the difference between what he makes in that work and what he would have made had he received the notice to which he was entitled. [Emphasis added; emphasis in original deleted; p. 144.]

[112] I do not see support for a “purely objective” test in these passages, but I do see support for two other propositions. The first is confirmation in *Farquhar* that re-employment will be a rare circumstance for a dismissed employee. The second is the direction in *Forshaw* that the duty to “act reasonably” in mitigating must be seen not just from the perspective of a reasonable person, but from the perspective of a “reasonable person in the dismissed employee’s position”.

[113] This latter observation in particular acknowledges that different employees will be differently affected by a dismissal, and are entitled to consideration being given to the reality of their own experience and reaction. A court clearly cannot ignore the objective reality, but neither can it disregard the employee’s subjective perceptions in assessing the reasonableness of the decision not to return to a workplace from which he or she has been unlawfully dismissed. Both objective and

Les Teamsters ont également cité, à l’appui d’une norme « objective », le passage suivant de l’arrêt *Forshaw c. Aluminex Extrusions Ltd.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 140 (C.A.) :

[TRADUCTION] L’obligation « d’agir d’une façon raisonnable », s’agissant de la recherche et de l’acceptation d’un autre emploi, ne saurait être une obligation de prendre des mesures propres à réduire la réclamation contre l’ex-employeur qui l’a congédié. Il doit plutôt s’agir d’une obligation de prendre les mesures que prendrait dans son propre intérêt une personne raisonnable dans la même situation que l’employé congédié — afin de préserver son revenu et la place qu’elle occupe dans son secteur d’activité ou dans sa profession. La question de savoir si l’employé a agi ou non d’une façon raisonnable doit être appréciée en fonction de sa propre situation, et non en fonction de celle de l’employeur qui l’a congédié sans motif valable. L’ex-employeur n’est aucunement en droit d’attendre de son ex-employé qu’il accepte un autre emploi moins bien rémunéré avec des perspectives douteuses, pour ensuite le poursuivre pour la différence entre le salaire qu’il touche à ce poste et celui qu’il aurait touché s’il avait reçu le préavis auquel il avait droit. [Je souligne; italiques dans l’original omis; p. 144.]

[112] Je ne vois rien dans ces passages qui viennent corroborer l’idée d’un critère « purement objectif », mais ils me semblent appuyer deux autres propositions. La première est la confirmation, dans *Farquhar*, qu’un employé qui a été congédié sera rarement réengagé. La deuxième est l’indication, dans *Forshaw*, que l’obligation [TRADUCTION] « d’agir d’une façon raisonnable » à l’égard de la limitation du préjudice doit être considérée non seulement du point de vue de la personne raisonnable, mais aussi du point de vue de la « personne raisonnable dans la même situation que l’employé congédié ».

[113] Cette dernière observation en particulier tient compte du fait que les employés ne sont pas tous touchés de la même manière par un congédiement, et qu’ils sont en droit de s’attendre à ce qu’on prenne en considération la réalité de leur propre expérience et de leur propre façon de réagir. Un tribunal ne peut de toute évidence faire fi de la réalité objective. Mais il ne peut non plus ne faire aucun cas des perceptions subjectives de l’employé lorsqu’il apprécie le caractère raisonnable de la

subjective factors are relevant in evaluating what a reasonable person *in the position of the employee* would do.

[114] A review of Gower J.'s nine reasons for accepting the reasonableness of Mr. Evans' decision not to return to work shows, in any event, that far from being "purely subjective", as suggested by the Court of Appeal, they reflect both subjective *and* objective considerations. Since both are relevant, Gower J. made no error in identifying and applying the correct legal test.

[115] The conclusion that the trial judge made no error in law brings me to what I see as the most problematic aspect of the decision of the Court of Appeal. Appellate courts are expected to be respectful of the determinations trial judges make in assessing facts and credibility, and to decline to interfere unless the error was manifest, palpable and overriding, or was a mischaracterization or misappreciation of the evidence. This is some of the language used to signal the high threshold of error required before the findings can be displaced (*Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802). None applies in this case.

[116] The trial judge's reasons in this case reflect a thoughtful and thorough review of the evidence, which he was best placed to conduct. He made no errors of law and his conclusions with respect to the reasonableness of Mr. Evans' decision not to accede to the Teamsters' demand that he return to the workplace or face dismissal for cause, are amply supported in the evidence. The following are examples of those substantiated findings which were nonetheless reinterpreted or overturned by the Court of Appeal or by the majority in this Court.

décision de ce dernier de ne pas retourner travailler pour l'employeur qui l'a congédié illégalement. Les facteurs objectifs comme les facteurs subjectifs sont pertinents lorsqu'il s'agit d'évaluer ce que ferait une personne raisonnable *dans la même situation que l'employé*.

[114] L'examen des neuf raisons pour lesquelles le juge Gower a estimé raisonnable la décision de M. Evans de ne pas retourner au travail montre de toute façon que, loin d'être [TRADUCTION] « purement subjectives », comme l'a indiqué la Cour d'appel, elles traduisent des considérations *à la fois* subjectives et objectives. Comme ces deux types de considérations sont pertinents, le juge Gower n'a fait aucune erreur lorsqu'il a dégagé et appliqué le critère juridique correct.

[115] La conclusion que le juge de première instance n'a fait aucune erreur de droit m'amène à ce qui me semble l'aspect le plus problématique de la décision de la Cour d'appel. Les tribunaux d'appel doivent normalement respecter les décisions que prennent les juges de première instance lorsqu'ils examinent les faits et la crédibilité des témoins et doivent refuser d'intervenir à moins que l'erreur soit manifeste et dominante ou constitue une formulation ou une appréciation erronée de la preuve. Ce sont là les termes employés pour signaler le critère d'erreur élevé qu'il faut respecter pour modifier les conclusions (*Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802). En l'espèce, aucun des aspects de ce critère n'est présent.

[116] Les motifs du juge de première instance en l'espèce témoignent d'un examen réfléchi et approfondi de la preuve, qu'il était le mieux placé pour effectuer. Il n'a commis aucune erreur de droit et ses conclusions relatives au caractère raisonnable de la décision de M. Evans de ne pas donner suite à la demande des Teamsters, qui lui ordonnaient de reprendre son poste sans quoi il ferait l'objet d'un congédiement motivé, sont largement étayées par la preuve. Je vais donner ci-après des exemples de ces conclusions bien fondées, mais pourtant réinterprétées ou infirmées par la Cour d'appel ou par les juges majoritaires de notre Cour.

[117] The Court of Appeal and the majority in this Court interpreted the purpose of the January 2 phone call differently from the trial judge. At trial, the Teamsters had argued that Mr. Hennessy's intention during this conversation was to negotiate a period of working notice. Gower J. rejected this submission. While Mr. Hennessy referred to giving Mr. Evans some "clean up time", he never mentioned a notice period. After listening to the conversation recorded by Mr. Evans at the time, Gower J. concluded that it was "less than clear" that Mr. Hennessy was attempting to negotiate a term of re-employment and found instead that his intention was to continue to rely on s. 13 of the Bylaws as authority for terminating Mr. Evans without notice on January 2.

[118] In his reasons, Gower J. set out the relevant portions of that conversation, along with his impressions of the evidence. The emphases and commentary below are from those reasons:

Page 2:

«[Hennessy] I'm not going to close the office down. I **was going to leave the office as is with Barb [Mr. Evans' wife] continuing her employment.**

[Evans] Right.

[Hennessy] Um, and I wanted to know, basically, I guess, because I was under the understanding earlier that you were going to retire. The call today was to find out how much time you needed . . . »

Note: Mr. Hennessy did not refer to leaving the office "as is" with *Mr. Evans* continuing his employment.

Page 3:

«[Hennessy] The problems that we have, of course, with the new administration and executive board is **the Bylaws are clear that we have to make a decision whether to continue employment or not. We have**

[117] La Cour d'appel et la majorité dans notre Cour ont donné à l'appel téléphonique du 2 janvier une autre interprétation que celle du juge de première instance. Au procès, les Teamsters avaient soutenu que l'intention de M. Hennessy, lors de cette conversation, était de négocier un préavis. Le juge Gower a rejeté cette assertion. Bien que M. Hennessy ait évoqué la possibilité de donner à M. Evans du [TRADUCTION] « temps pour mettre ses affaires en ordre », il n'a jamais fait mention d'un préavis. Après avoir écouté la conversation enregistrée à l'époque par M. Evans, le juge Gower a conclu qu'il n'était [TRADUCTION] « pas clair » que M. Hennessy essayait de négocier une durée de réengagement et a plutôt estimé que l'intention de ce dernier était de continuer à se fonder sur l'art. 13 des statuts pour congédier M. Evans sans préavis le 2 janvier.

[118] Dans ses motifs, le juge Gower a reproduit les extraits pertinents de cette conversation, en y ajoutant ses impressions relatives à la preuve. Les observations et les passages en caractères gras reproduits ci-après figurent dans les motifs en questions :

[TRADUCTION]

Page 2 :

« [Hennessy] Je ne vais pas fermer le bureau. **Je voulais laisser le bureau tel qu'il est, avec Barb [l'épouse de M. Evans] qui conserverait son poste.**

[Evans] Je vois.

[Hennessy] Euh . . . et je voulais savoir, au fond, je crois, parce que j'avais compris que tu allais prendre ta retraite. L'appel aujourd'hui visait à savoir de combien de temps tu as besoin . . . »

Note : M. Hennessy n'a pas parlé de laisser le bureau « tel qu'il est », avec *M. Evans* qui conserverait son poste.

Page 3 :

« [Hennessy] Les problèmes que nous avons, bien sûr, avec la nouvelle administration et la nouvelle direction, c'est que **les statuts disent clairement qu'il nous faut décider si nous maintenons ton emploi ou non.**

that ability to do it on the, on the heels of the election.”

Page 4:

“[Evans] ‘... **I know that I have to be terminated as of today** ...’

[Hennessy] **That’s what the letter says** ...’

. . . .

[Evans] Okay, so am I still on the payroll as of five o’clock or am I off the payroll?

[Hennessy] No, no, **your appointment has been terminated**, ...’

. . . .

Page 5:

“[Evans] ... **Stan, if you’ve got to terminate me, you got to terminate me**. I understand where you’re coming from. You got to understand too, that **I will be fighting it as an unfair dismissal**. ...’

[Hennessy] **That’s fine** ...’

Note: Why would Mr. Evans be considering legal action for “unfair dismissal” if he was still employed? And yet, Mr. Hennessy does not attempt to correct him on this point.

Pages 5 and 6:

“[Hennessy] **These are new bylaws**, Don; that was changed in the last couple of years.

[Evans] Well, **it doesn’t say we will be terminated on that date**, though.

[Hennessy] **Oh, yes it does**. Well, you know, my advice is that if **we’re going to sever employment** we are going to have to make that decision.”

Page 6 and 7:

“[Evans] ... you’re telling me because you guys take over January second, **you’re terminating my service as of today**, and you guys take office. You’re not saying, ‘Don, we’ll keep you on another year to try to figure out what’s going on ...’

Nous avons ce pouvoir de le faire dans, dans la foulée des élections. »

Page 4 :

« [Evans] “... **Je sais que je dois être congédié aujourd’hui** ...’

[Hennessy] **C’est ce que la lettre dit** ...’

. . . .

[Evans] D’accord, alors est-ce que je suis encore sur la liste de paye à cinq heures, ou est-ce que mon nom est retiré de la liste de paye?

[Hennessy] Non, non, **tu as été congédié**, ... »

. . . .

Page 5 :

« [Evans] ... **Stan, si tu dois me congédier, tu dois me congédier**. Je comprends ta situation. Tu dois comprendre, toi, que **je vais m’opposer à ce que je considère comme un congédiement injuste**. ...’

[Hennessy] **Très bien** ... »

Note : Pourquoi M. Evans envisagerait-il d’intenter une action pour « congédiement injuste » s’il avait toujours son emploi? Et pourtant, M. Hennessy n’essaie pas de le corriger à ce sujet.

Pages 5 et 6 :

« [Hennessy] **Ce sont les nouveaux statuts**, Don; des changements ont été apportés ces dernières années.

[Evans] Oui, mais **ils ne disent pas que nous serons congédiés à cette date**.

[Hennessy] **Oh, oui ils le disent**. Eh bien, tu sais, le conseil que j’ai reçu, c’est que si **nous mettons fin à l’emploi**, nous allons devoir prendre cette décision. »

Pages 6 et 7 :

« [Evans] ... tu me dis que parce que vous prenez les choses en mains le 2 janvier, **vous mettez fin à mon emploi à compter d’aujourd’hui**, et vous entrez en fonction. Tu ne dis pas, Don, nous allons te garder pendant un an pour essayer de voir comment les choses se passent ...’

[There is further discussion regarding Bylaw 13]

[La discussion continue au sujet de l'art. 13 des statuts]

[Evans] . . . **So you're saying, effective today, I am terminated** because the other authority is gone?

[Evans] . . . **Donc tu dis que, à compter d'aujourd'hui, je suis congédié** parce que l'ancienne direction n'est plus là?

[Hennessy] **That's right.**

[Hennessy] **C'est ça.**

[Evans] Okay. **It does not say you cannot keep me on for another year, another four years, or another six months. . . .**

[Evans] D'accord. **Ça ne dit pas que vous ne pouvez pas me garder pendant encore un an, pendant quatre ans, ou pendant six mois. . . .**

[Hennessy] What is says, is, **if in fact we were to renew the employment, we can renew** and it's under our mandate . . .”

[Hennessy] Ce que ça dit, c'est que **si, en fait nous voulions renouveler l'emploi, nous pouvons le renouveler** et ça relève de notre mandat . . . »

Page 7:

Page 7 :

“[Evans] . . . You guys take over power today, **I could be terminated today. But there is nothing in there says I can't be held on, then let go a year down the road, is there?**

« [Evans] . . . Vous prenez le pouvoir aujourd'hui, **je pourrais être congédié aujourd'hui. Mais il n'y a rien là-dedans qui dit qu'on ne peut pas me laisser à mon poste, puis laisser s'écouler une année, pas vrai?**

[Hennessy] What I said to you Don . . . that's how I started the conversation out . . . if you can give me some general idea what you would like as far as clean up time, then I would made the commitment to keep you on for that time as well as I would keep the building open and Barb in place in her position. . . .” [para. 25]

[Hennessy] Ce que je t'ai dit, Don . . . c'est comme ça que j'ai commencé notre conversation . . . si tu peux me dire en gros le temps qu'il te faudrait pour mettre tes choses en ordre, je m'engagerais à te garder pendant ce temps-là, et je laisserais le bureau ouvert et Barb conserverait son poste. . . . » [par. 25]

[119] Notwithstanding the trial judge's findings and the supporting evidence, the majority has characterized the objective of this conversation as being “to engage Mr. Evans in negotiations about a possible rehiring” (para. 41). While this was a finding the trial judge might potentially have made, he drew a different, but entirely reasonable, inference that the Teamsters purported to rely on s. 13 of the Bylaws — which they had been advised by their own lawyer most likely did not apply to Mr. Evans — to support his termination without any notice. I see no reason to disturb it.

[119] Malgré les conclusions du juge de première instance et la preuve sur laquelle elles étaient fondées, la majorité a estimé que cette conversation avait pour objectif d'« amorcer avec M. Evans des négociations au sujet de la possibilité de le réengager » (par. 41). Sans doute aurait-il été possible au juge de première instance de tirer cette conclusion. Il est toutefois arrivé à une conclusion différente, mais tout à fait raisonnable, selon laquelle les Teamsters entendaient se fonder sur l'art. 13 des statuts — qui, selon l'opinion obtenue de leur propre avocat, ne s'appliquait très vraisemblablement pas à M. Evans — pour justifier son congédiement sans le moindre préavis. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

[120] As for the Teamsters' letter of May 23 to Mr. Evans, the trial judge construed it as a *demand*

[120] Quant à la lettre du 23 mai des Teamsters à M. Evans, le juge de première instance l'a

that Mr. Evans return to work, not an offer. It is difficult to read it any other way. The words in the letter were “If Mr. Evans refuses to return no later than June 1, 2003, my client will treat that refusal as just cause, and formally terminate him without notice.” This was followed on May 30 by a letter from Mr. McGrady stating: “My client requires Mr. Evans to report for work on Monday, June 2, 2003.” This is a direction, not an offer.

[121] What followed were five years of litigation resulting from the Teamsters’ failure to give Mr. Evans notice when he was fired on January 2, 2003. They could have told him then that his employment would end two years later, or that his employment would be terminated immediately with two years’ pay in lieu of notice. What they could not do was fire him without notice on January 2, and then, when negotiations failed, fire him unlawfully again when he failed to accept their *ex post facto* acknowledgment that as of January 2, he was entitled to 24 months’ notice, but had to spend it working for them. As Gower J. noted:

The Union’s approach here seems particularly perplexing since an employer can always terminate an employee upon reasonable notice. Therefore, even if Mr. Evans assumed that he had been re-appointed to another five-year term on January 1, 2003, as the Union feared he might, it could still have given him reasonable notice of termination. Therefore, the Union did not gain any advantage by purporting to terminate Mr. Evans immediately and then attempting to engage him in negotiations on rehiring him for a fixed term. Conversely, there was no prejudice to the Union to wait until after the commencement of the new five-year term and then provide Mr. Evans with reasonable notice of his termination. After all, I understood the Union and its counsel to concede that, as Mr. Evans was likely an indefinite-term employee, he would have been entitled to reasonable notice of termination in any event. [para. 34]

[122] When, on January 3, Mr. Evans’ lawyer offered to accept 24 months’ notice, including

interprétée comme un *ordre* donné à M. Evans de retourner au travail, et non comme une offre. Il est difficile de l’interpréter autrement. Cette lettre contient la phrase suivante : [TRADUCTION] « Si M. Evans refuse de revenir au plus tard le 1^{er} juin 2003, mon client considérera ce refus comme un motif valable, et le congédiera officiellement sans préavis. » Il y a eu ensuite, le 30 mai, une lettre de M. McGrady dans laquelle il est écrit ceci : [TRADUCTION] « Mon client exige que M. Evans se présente au travail le lundi 2 juin 2003. » Il s’agit là d’un ordre, pas d’une offre.

[121] Il s’en est suivi un litige de cinq ans découlant du fait que les Teamsters n’avaient pas donné de préavis à M. Evans lorsqu’ils l’ont congédié le 2 janvier 2003. Ils auraient pu lui dire à ce moment-là que son emploi prendrait fin deux ans plus tard, ou qu’il prendrait fin immédiatement avec une indemnité de préavis de deux ans. Ce qu’ils ne pouvaient pas faire, c’était le congédier sans préavis le 2 janvier pour ensuite, après l’échec des négociations, le congédier de nouveau d’une façon illégale lorsqu’il a refusé d’accepter que les Teamsters reconnaissent *ex post facto* qu’il avait droit le 2 janvier à un préavis de 24 mois, mais qu’il devait travailler pour eux pendant ce temps-là. Comme l’a indiqué le juge Gower :

[TRADUCTION] L’approche retenue en l’espèce par le syndicat semble particulièrement troublante puisqu’un employeur peut toujours congédier un employé avec un préavis raisonnable. Par conséquent, même si M. Evans présumait avoir été nommé de nouveau pour un autre mandat de cinq ans le 1^{er} janvier 2003, comme le craignait le syndicat, ce dernier aurait toujours pu donner à M. Evans un préavis de congédiement raisonnable. Par conséquent, le syndicat n’avait rien à gagner en manifestant l’intention de congédier M. Evans sur-le-champ pour ensuite essayer d’engager avec lui des négociations en vue de le réengager pour une durée déterminée. Inversement, le syndicat n’avait rien à perdre à attendre après le début du nouveau mandat de cinq ans pour ensuite donner à M. Evans un préavis de congédiement raisonnable. Après tout, le syndicat et son avocat ont reconnu me semble-t-il que, puisque M. Evans était vraisemblablement un employé à durée indéterminée, il aurait eu de toute façon droit à un préavis de congédiement raisonnable. [par. 34]

[122] Lorsque, le 3 janvier, l’avocat de M. Evans a offert d’accepter le préavis de 24 mois, même

through a combination of working notice and pay in lieu of notice, the matter could again have been easily resolved. Instead, 5 months of negotiations ensued, at the end of which time the Teamsters took the position, unsustainable on the evidence, that the dismissal had been with 24 months' notice all along.

[123] During those months, Mr. Evans became aware that other Teamsters employees, who had been fired on the same day and in the same way, had been reinstated, either with working notice or unconditionally. He therefore took the position, reasonably in the trial judge's view, that he was entitled to similar treatment and continued the negotiations on that basis.

[124] The majority in this Court concludes that the trial judge committed an error of law by overlooking relevant evidence of Mr. Evans' work environment, including evidence that "his work environment had not changed in May of 2003", a factor "relevant to the reasonableness of his feelings of ostracization" (para. 44). This reference is to an answer given by Mr. Evans in his examination for discovery:

Q: So the situation in the office, the local office here in May of 2003, hadn't changed, had it, from what it was the previous year? There had been no significant change in your working environment, had there?

A: No.

That is all of the evidence on this point. I can see no error in the trial judge's decision not to mention this single answer from Mr. Evans' examination for discovery. He was entitled to prefer other evidence of Mr. Evans' working conditions.

[125] It is true that the office remained physically located in the same place and that the only other employee in the office remained Mr. Evans'

constitué à la fois d'un préavis et d'une indemnité de préavis, l'affaire aurait encore une fois pu être réglée aisément. Or, ont plutôt suivi 5 mois de négociations, au terme desquels les Teamsters ont adopté la position, incompatible avec la preuve, que le congédiement avait depuis le début été accompagné d'un préavis de 24 mois.

[123] Pendant ces mois-là, M. Evans a appris que d'autres employés des Teamsters, congédiés le même jour et de la même façon, avaient été réintégrés dans leurs fonctions, soit avec un préavis, soit de façon inconditionnelle. Il a par conséquent estimé, d'une façon raisonnable selon le juge de première instance, avoir le droit d'être traité d'une façon semblable et il a continué à négocier dans cette perspective.

[124] Les juges majoritaires de notre Cour concluent que le juge de première instance a commis une erreur de droit en ne tenant pas compte d'éléments de preuve pertinents relatifs à l'environnement de travail de M. Evans, notamment la preuve que « son environnement de travail n'avait pas changé en mai 2003 », un facteur « pertinent pour l'appréciation du caractère raisonnable de son sentiment d'être ostracisé » (par. 44). Ces observations renvoient à une réponse donnée par M. Evans lors de son interrogatoire préalable :

[TRADUCTION]

Q : Donc, la situation au bureau, au bureau local ici, en mai 2003, n'avait pas changé, n'est-ce pas, par rapport à ce qu'elle était l'année précédente? Il n'y avait pas eu de changement notable dans votre environnement de travail, n'est-ce pas?

R : Non.

C'est à cela que se résume toute la preuve sur ce point. Je ne vois aucune erreur dans la décision du juge de première instance de ne pas faire mention de cette seule réponse tirée de l'interrogatoire préalable de M. Evans. Il pouvait préférer d'autres éléments de preuve ayant trait aux conditions de travail de M. Evans.

[125] Il est exact que le bureau restait situé au même endroit et que le seul autre employé qui y travaillait était l'épouse de M. Evans. Mais soutenir

wife. But the suggestion that his “work environment” was limited to his office and his wife, fails to take into account the nature of Mr. Evans’ work, which was to work within the community, organizing workers, negotiating with management and representing members. The evidence was that news of Mr. Evans’ dismissal was well known in Whitehorse. This was recognized by the trial judge, who accepted that there was some evidence to support Mr. Evans’ view that working conditions had been damaged by his dismissal:

There is evidence from Mr. Evans that it was well known in Whitehorse that he had been terminated by the Union. Consequently, Mr. Evans’ belief that he would no longer have the respect of employers and would not be able to perform effectively as a business agent was not without foundation. [para. 83]

[126] The majority in this Court is of the view that this finding was not supported by any evidence in the record and, as a purely subjective belief, was therefore irrelevant to the inquiry into whether Mr. Evans behaved reasonably (para. 45). I have earlier expressed my inability to understand how subjective factors can be irrelevant in assessing the reasonableness of a particular employee’s decision whether to return to a workplace from which he or she has been fired. But there is an additional problem with this analysis, namely that it ignores the burden of proof, which is on the employer. Mr. Evans’ testimony was that news of his dismissal appeared in the local newspapers and that his reputation was destroyed. This was uncontradicted and was, therefore, evidence the trial judge was entitled to accept.

[127] The majority also finds that the trial judge erred in relying on the fact that Mr. Evans’ sense of ostracization arose, in part, from his conversations with other dismissed employees, stating:

The trial judge, however, does not seem to have given any attention to the fact that Mr. Fairbrother had had a poor relationship with support staff in Vancouver prior to 2003 and that he worked in a separate dispatch

que son « environnement de travail » se limitait à son bureau et à son épouse ne prend pas en compte la nature du travail de M. Evans, qui consistait à travailler au sein de la collectivité, à organiser les travailleurs, à négocier avec la direction et à représenter les membres. La preuve indiquait que la nouvelle du congédiement de M. Evans était bien connue à Whitehorse. Le juge de première instance a reconnu ce facteur en concluant à l’existence d’éléments de preuve à l’appui du point de vue de M. Evans, qui estimait que les conditions de travail s’étaient détériorées par suite de son congédiement :

[TRADUCTION] D’après le témoignage de M. Evans, il était bien connu à Whitehorse que le syndicat l’avait congédié. Par conséquent, ce n’est pas sans fondement que M. Evans croyait qu’il n’aurait plus le respect des employeurs et qu’il serait incapable de travailler efficacement à titre d’agent d’affaires. [par. 83]

[126] La majorité est d’avis que cette conclusion n’était étayée par aucune preuve au dossier et que, en tant qu’opinion purement subjective, elle n’était par conséquent pas pertinente quant à la question de savoir si M. Evans avait agi d’une façon raisonnable (par. 45). J’ai dit précédemment que je ne peux comprendre comment des facteurs subjectifs peuvent être dénués de pertinence lorsqu’il s’agit d’apprécier le caractère raisonnable de la décision d’un employé donné de reprendre ou non le poste qu’il occupait lorsqu’il a été congédié. Mais cette analyse pose un autre problème; elle fait abstraction du fardeau de la preuve, qui incombe à l’employeur. Selon le témoignage de M. Evans, la nouvelle de son congédiement a été publiée dans les journaux locaux et sa réputation a été détruite. Cette affirmation n’a été contredite et constituait dès lors une preuve que le juge de première instance avait le droit d’accepter.

[127] La majorité estime par ailleurs que le juge de première instance a fait erreur en se fondant sur le fait que le sentiment d’être ostracisé éprouvé par M. Evans avait en partie pour origine des conversations avec d’autres collègues congédiés :

Le juge de première instance ne semble pourtant avoir prêté aucune attention au fait que M. Fairbrother avait eu de mauvaises relations avec le personnel de soutien à Vancouver avant 2003 et qu’il travaillait dans un

building, not in the general Vancouver office. Further, the value of that evidence and its relevance to the Whitehorse state of affairs is not apparent. [para. 44]

This is the argument the Teamsters made at trial about Mr. Fairbrother, namely, that his ostracization did not arise from his termination but rather from unrelated events and was, as a result, irrelevant to Mr. Evans' perceived working conditions in Whitehorse.

[128] The trial judge addressed — and rejected — this argument as follows:

There was also evidence from Jim Fairbrother, the Union's dispatcher in the Vancouver office, that after the election of the new executive, he felt ostracized because he had previously supported the outgoing president, Mr. Zimmerman. He felt the conditions in the Vancouver office were "quite bad" and that he found it difficult to work under those conditions. Further, Mr. Fairbrother was of the view that Mr. Hennessy and Mr. Peterson, the newly elected secretary treasurer, both had "an absolute hatred" towards the appointed business agents. Finally, after Mr. Fairbrother learned that Mr. Evans had been terminated, he telephoned him and talked to him about what was happening in the Vancouver office. The Union's counsel argued that, viewed objectively, Mr. Fairbrother's complaints about being treated badly in the Vancouver office were over-stated and without foundation. While that may be, there is no reason that Mr. Evans should have known that at the time he received this information from Mr. Fairbrother. Therefore, it was not unreasonable for Mr. Evans to consider this information and rely upon it as part of his overall assessment of whether he could continue to work with the Union in all of the circumstances. [Emphasis added; para. 83.]

Again, I can see no reason for interfering with this conclusion.

[129] The majority also relies, as did the Court of Appeal, on the trial judge's finding that no *Wallace* damages were warranted, as evidence that there was no acrimony in Mr. Evans' working relationships. The test for additional *Wallace* damages is a high one. The trial judge, applying this test, was unable to conclude that "Mr. Hennessy was intentionally being untruthful, misleading or unduly insensitive in relying upon [his lawyer's] advice" (para. 58). This does not mean that the trial judge concluded

immeuble distinct où s'effectuait la répartition, et non au bureau général de Vancouver. En outre, la valeur de ce témoignage et sa pertinence quant à la situation qui régnait à Whitehorse ne sont pas évidentes. [par. 44]

C'est l'argument que les Teamsters ont invoqué au sujet de M. Fairbrother lors du procès : son sentiment d'être ostracisé ne tenait pas à son congédiement, mais à des faits sans lien avec celui-ci et donc non pertinents par rapport à l'idée que M. Evans se faisait des conditions de travail à Whitehorse.

[128] Le juge de première instance a commenté — et rejeté — cet argument dans les termes suivants :

[TRADUCTION] Il y avait également le témoignage de Jim Fairbrother, le répartiteur du syndicat au bureau de Vancouver, selon lequel il s'est senti ostracisé après l'élection des nouveaux dirigeants pour avoir auparavant appuyé le président sortant, M. Zimmerman. Il estimait que la situation au bureau de Vancouver était « très mauvaise » et il trouvait difficile de travailler dans de telles conditions. M. Fairbrother était en outre d'avis que M. Hennessy et M. Peterson, le secrétaire-trésorier nouvellement élu, vouaient tous deux « une haine absolue » aux agents d'affaires nommés. Finalement, lorsque M. Fairbrother a appris le congédiement de M. Evans, il a téléphoné à ce dernier pour lui raconter ce qui se passait au bureau de Vancouver. L'avocat du syndicat a soutenu que, considérées objectivement, les plaintes de M. Fairbrother quant au mauvais traitement dont il aurait fait l'objet au bureau de Vancouver étaient exagérées et sans fondement. C'est possible, mais M. Evans n'avait aucune raison de le savoir lorsqu'il a reçu cette information de M. Fairbrother. Il n'était donc pas déraisonnable de la part de M. Evans de prendre cette information en considération lorsqu'il lui a fallu décider s'il pouvait continuer à travailler pour le syndicat à la lumière de l'ensemble des circonstances. [Je souligne; par. 83.]

Là encore, je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

[129] La majorité considère aussi, comme l'a fait la Cour d'appel, la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'attribution de dommages-intérêts du type de ceux accordés dans *Wallace* n'était pas justifiée, comme une preuve de l'absence d'acrimonie dans les relations de travail de M. Evans. L'attribution de tels dommages-intérêts additionnels est soumise à un critère exigeant. Le juge de première instance, appliquant ce critère, s'est dit incapable de conclure que [TRADUCTION] « M. Hennessy, en se

that the absence of this degree of bad faith following Mr. Evans' wrongful dismissal had left intact a relationship of mutual understanding and respect. *Wallace* damages are an extraordinary remedy. The fact that there is an insufficient basis for *Wallace* damages does not lead invariably to the conclusion that the former workplace is a sufficiently comfortable one that a fired employee should be expected to continue to work there throughout his or her notice period.

[130] As for the KPMG audit, Mr. Evans testified in some detail about this event and the trial judge was entitled to accept his evidence. Gower J. found that it was understandable that Mr. Evans felt "threatened and demeaned" by it (para. 83). It was conducted without any notice and in a fashion more akin to a "forensic team" than that of an audit designed to assess property management issues. The majority points to the Teamsters' explanation of the reason behind the audit and suggests that "[t]here is nothing in the record to substantiate the reason why Mr. Evans felt threatened by the holding of the audit" (para. 43).

[131] On the contrary, it is my respectful view that the trial judge's conclusions about the nature of the audit find ample support in the record. The true motives for the audit are irrelevant if they were not known to Mr. Evans at the time it was conducted, and the evidence is that they were not. Rather, the significance of the audit, and the reason it was mentioned by the trial judge, is that the manner in which it was carried out led Mr. Evans to suspect that the Teamsters were looking for something in the Whitehorse records to justify his dismissal, and possibly that of his wife, since they were the only two employees who had been working in that office prior to the audit.

fondant sur les conseils [de son avocat], a intentionnellement menti, trompé ou fait preuve d'une insensibilité excessive » (par. 58). Le juge n'a pas nécessairement conclu pour cela que l'absence de ce degré de mauvaise foi après le congédiement injustifié de M. Evans avait laissé intacte une relation de compréhension et de respect mutuel. Les dommages-intérêts accordés dans *Wallace* constituent une réparation extraordinaire. Le fait que l'attribution de tels dommages-intérêts n'est pas justifiée n'entraîne pas invariablement la conclusion que l'ancien lieu de travail est suffisamment accueillant et que l'employé congédié devrait pouvoir y travailler jusqu'à la fin de la période que vise le préavis.

[130] En ce qui a trait à la vérification effectuée par KPMG, M. Evans en a parlé d'une façon assez détaillée dans son témoignage, et le juge de première instance était en droit d'accepter ce témoignage. Le juge Gower a estimé compréhensible que M. Evans se soit senti [TRADUCTION] « menacé et humilié » par cette vérification (par. 83). Elle a été faite sans préavis et d'une manière s'apparentant davantage aux méthodes d'une [TRADUCTION] « équipe de juricomptables » qu'à une vérification relative à des questions touchant la gestion d'un immeuble. La majorité cite l'explication donnée par les Teamsters quant à la raison de cette vérification et exprime l'avis que « [r]ien dans le dossier n'indique que M. Evans pouvait avoir une raison de se sentir menacé par cette vérification » (par. 43).

[131] Avec égard, je pense au contraire que les conclusions du juge de première instance au sujet de la nature de la vérification sont amplement étayées par le dossier. Les motifs véritables de la vérification sont dénués de pertinence s'ils n'étaient pas connus de M. Evans au moment où elle a été effectuée, et selon la preuve, ils ne l'étaient pas. L'importance de la vérification, et la raison pour laquelle le juge de première instance en a fait état, tient à ce que la manière dont elle a été faite a amené M. Evans à soupçonner que les Teamsters étaient à la recherche, dans les dossiers de Whitehorse, de quelque chose qui aurait justifié son congédiement, et peut-être celui de son épouse, puisqu'ils étaient les deux seuls employés ayant travaillé à ce bureau avant la vérification.

[132] The audit took place during Mr. Evans' negotiations with the Teamsters. The auditors arrived without any prior notice either to him or to his wife. Mr. Evans testified that he first heard about the audit when he received a call from his wife, who was at the office and in tears. He went down to the office, which he described as follows:

It was chaos. I walked into my old office. I got a woman going through the drawers looking for stuff. I said, "Anything you need, I'm here. You ask me; I will get it for you." She wouldn't talk to me.

[133] Mr. Evans' fears about the Teamsters' motives for ordering the audit were exacerbated by the fact that numerous subsequent letters from Mr. McGrady concerning the negotiations for his reinstatement, were labelled as being in connection with the "KPMG Report". While that reference was termed a clerical error at trial, the fact that this was an error was not known to Mr. Evans at the time, who was of the view that the auditors intended to "tear the office apart looking for anything to have an excuse to make my dismissal retro back to [January 2]".

[134] The trial judge also rejected the Teamsters' submission that Mr. Evans was seeking to obtain 29 months' notice instead of 24, concluding instead that Mr. Evans' intention was simply to be treated the same as Ron Owens, whose termination letter was rescinded. The Court of Appeal overturned this finding, basing its opinion that Mr. Evans was seeking 29 months' notice on a single passage from Mr. Evans' cross-examination in his examination for discovery:

Q: And so, was there any other reason for you not returning to work on June the 2nd?

[132] La vérification a eu lieu pendant les négociations entre M. Evans et les Teamsters. Les vérificateurs sont arrivés sans en avoir de quelque façon avisé ni lui ni son épouse au préalable. M. Evans a déclaré avoir été informé pour la première fois de la vérification lorsqu'il a reçu un appel de son épouse, qui était au bureau et en larmes. Il s'est rendu au bureau, dont il a fait la description suivante :

[TRADUCTION] C'était le chaos. Je suis entré dans mon ancien bureau. Il y avait une femme qui fouillait dans les tiroirs en cherchant des documents. Je lui ai dit « Si vous avez besoin de quoi que ce soit, je suis là. Vous me demandez; je vous le donnerai. » Elle refusait de m'adresser la parole.

[133] Les craintes de M. Evans quant aux motifs pour lesquels les Teamsters avaient ordonné la vérification ont été exacerbées par le fait que plusieurs lettres subséquentes de M. McGrady ayant trait aux négociations relatives à sa réintégration indiquaient qu'elles concernaient le [TRADUCTION] « rapport de KPMG ». Bien que cette mention ait été qualifiée d'erreur d'écriture au procès, M. Evans ne savait pas qu'il s'agissait d'une erreur à l'époque. Il a pensé que les vérificateurs avaient l'intention de [TRADUCTION] « mettre le bureau sens dessus dessous afin de trouver quelque chose qui pourrait leur donner une excuse pour rendre mon congédiement rétroactif au [2 janvier] ».

[134] Le juge de première instance a également rejeté la prétention des Teamsters selon laquelle M. Evans tentait d'obtenir un préavis de 29 mois plutôt que de 24 mois, concluant plutôt qu'il voulait simplement être traité de la même façon que Ron Owens, dont la lettre de congédiement avait été annulée. Cette conclusion a été infirmée par la Cour d'appel. Elle a estimé que M. Evans essayait d'obtenir un préavis de 29 mois en se basant uniquement sur le passage suivant du contre-interrogatoire de M. Evans relatif aux réponses faites lors de son interrogatoire préalable :

[TRADUCTION]

Q : Alors, aviez-vous une autre raison de ne pas retourner au travail le 2 juin?

A: I was going. I would have gone back to work if you would have taken the restrictions off going back to work.

Q: You wanted the old job back without any notice at all?

A: Yeah, or start the notice from that day.

In my view, this evidence can hardly be said to be sufficiently compelling to justify overturning the trial judge's conclusion as to Mr. Evans' intention.

[135] Likewise, there is no basis for overturning the trial judge's factual finding that Mr. Evans acted reasonably in his negotiations with the Teamsters. There can be no significance attached to the fact that Mr. Evans did not, during the negotiations, expressly articulate the nine factors identified by the trial judge as justification for his refusal to return to work. The negotiations were taking place between an ex-employee and his former employer through their respective counsel. There was no onus on Mr. Evans to tell Mr. Hennessy that he felt he was being "treated like a dog", that he was aware of his termination being planned and deliberate, that he felt threatened by the KPMG audit, that he wanted to be treated in the same fashion as other business agents, that he feared he would no longer have the respect of employers in Whitehorse, or that he suspected his negative treatment was based on his support for the former president of the local. He was entitled to attempt to reach a negotiated solution in the most effective way possible. Mentioning these reasons would hardly have enhanced his bargaining position. More importantly, however, the fact that Mr. Evans does not mention them does not deprive them of their legitimacy. Each one, as found by the trial judge, had a sound evidentiary foundation.

[136] Nor, contrary to the view of the majority, does the fact that Mr. Evans was prepared to return to work if his termination letter was rescinded, constitute either an "unreasonable expectation" or an admission that his working relationships remained unaffected by the dismissal. The fact that an employee is prepared to negotiate a return to work

R: J'allais le faire. Je serais retourné au travail si vous aviez supprimé les restrictions liées au retour au travail.

Q: Vous vouliez reprendre le même poste qu'avant, sans aucun préavis?

R: Oui, ou alors commencer le préavis ce jour-là.

À mon avis, ce passage est loin d'être suffisamment convaincant pour justifier l'annulation de la conclusion du juge de première instance quant à l'intention de M. Evans.

[135] De même, il n'y a aucune raison d'infirmier la conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle M. Evans a agi d'une façon raisonnable lors de ses négociations avec les Teamsters. On ne peut attacher d'importance au fait que M. Evans n'a pas expressément formulé, pendant les négociations, les neuf raisons mentionnées par le juge de première instance comme justification de son refus de retourner au travail. Les négociations se déroulaient entre un ex-employé et son ancien employeur, par l'intermédiaire de leurs avocats. M. Evans n'était pas tenu de dire à M. Hennessy qu'il avait l'impression d'être [TRADUCTION] « traité comme un chien », qu'il savait que son congédiement était planifié et délibéré, qu'il s'était senti menacé par la vérification de KPMG, qu'il voulait être traité de la même façon que les autres agents d'affaires, qu'il craignait d'avoir perdu le respect des employeurs à Whitehorse, ou qu'il soupçonnait que la façon dont on le traitait découlait de l'appui qu'il avait donné à l'ancien président de la section locale. Il avait le droit d'essayer d'arriver à une solution négociée de la façon la plus efficace possible. Faire état de ces raisons n'aurait guère amélioré sa position de négociation. Mais surtout, le fait qu'il ne les ait pas mentionnées ne leur enlève pas leur légitimité. Chacune, comme l'a dit le juge de première instance, est solidement étayée par la preuve.

[136] Par ailleurs, le fait que M. Evans était disposé à retourner au travail si l'on annulait sa lettre de congédiement ne constitue non plus, contrairement à ce que soutient la majorité, ni une « attente déraisonnable » ni l'aveu que le congédiement n'a pas eu d'incidence sur ses relations de travail. Le fait qu'un employé est disposé à négocier un retour

following his or her dismissal is not evidence that the working relationship is one of “mutual understanding and respect”, free of hostility, acrimony or humiliation. This penalizes employees for attempting to negotiate mutually satisfactory remedies for a wrongful dismissal.

[137] Finally, I have concerns about the Court of Appeal’s and the majority’s reliance on the fact that Mr. Evans had little or no alternate job prospects in Whitehorse as a basis for requiring him to return to his employer. The fact that employment opportunities for a 58-year-old former union business agent are limited in a small community is not Mr. Evans’ doing. He found himself in this difficult position because of his unlawful dismissal. The paucity of alternate jobs does not entitle the Teamsters to dictate to Mr. Evans how to mitigate his damages. It may well be that an employee will be found not to have taken sufficient mitigating steps. But that is different from creating a presumption that if an employee like Mr. Evans has difficulty finding alternate employment, he will be obliged to work out his notice period with the employer who fired him. Firing an employee without notice, then requiring him or her to return temporarily to work at his former workplace because the unlawful dismissal resulted in bleak employment prospects, has the perverse effect of requiring a wronged employee to ameliorate the *wrongdoer’s* damages, rather than the other way around. As the British Columbia Court of Appeal said in *Forshaw*:

The question whether or not the employee has acted reasonably must be judged in relation to his own position, and not in relation to that of the employer who has wrongfully dismissed him. [p. 144]

[138] At law, Mr. Evans was found to be entitled to 22 months’ notice as of January 2, 2003. The burden was on the Teamsters to show that Mr. Evans failed to mitigate his damages. The trial judge concluded that this burden was not met.

au travail après avoir été congédié ne prouve pas que la relation de travail est faite de [TRADUCTION] « compréhension et de respect mutuel », qu’elle est dépourvue d’hostilité, d’acrimonie ou d’humiliation. On pénalise ainsi les employés qui tentent de négocier une réparation mutuellement satisfaisante après un congédiement injustifié.

[137] Finalement, je m’interroge quant à la pertinence de se fonder, comme le font la Cour d’appel et la majorité, sur l’impossibilité ou les faibles possibilités pour M. Evans de trouver un autre emploi à Whitehorse pour exiger de lui qu’il retourne travailler pour son employeur. M. Evans n’est pas responsable du fait que les possibilités d’emploi d’un ancien agent d’affaires syndical de 58 ans sont limitées dans une petite collectivité. Il s’est retrouvé dans cette situation difficile en raison de son congédiement illégal. La rareté des emplois de remplacement ne donne pas aux Teamsters le droit de dicter à M. Evans la façon dont il doit limiter son préjudice. On peut très bien conclure qu’un employé n’a pas pris des mesures suffisantes pour limiter son préjudice. Mais ce n’est pas la même chose que d’établir une présomption suivant laquelle, lorsqu’un employé comme M. Evans a du mal à trouver un autre emploi, il sera obligé de travailler durant toute sa période de préavis auprès de l’employeur qui l’a congédié. Congédier un employé sans préavis pour ensuite exiger de lui qu’il retourne travailler temporairement à son ancien poste parce que le congédiement illégal a assombri ses perspectives d’emploi, cela a l’effet pervers de demander à l’employé lésé d’améliorer la situation *de l’auteur du préjudice* du point de vue des dommages-intérêts, plutôt que l’inverse. Comme l’a dit la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *Forshaw* :

[TRADUCTION] La question de savoir si l’employé a agi d’une façon raisonnable doit être appréciée par rapport à sa propre situation, et non par rapport à celle de l’employeur qui l’a congédié sans motif valable. [p. 144]

[138] En droit, il a été jugé que M. Evans avait droit à un préavis de 22 mois à compter du 2 janvier 2003. Il incombait aux Teamsters de démontrer que M. Evans n’avait pas limité son préjudice. Le juge de première instance a conclu qu’ils ne l’avaient pas fait.

[139] It was certainly open to the Teamsters to try to prove that Mr. Evans had made insufficient attempts to mitigate the damages they caused. What they were *not* entitled to do, however, was dictate how he should mitigate them by ordering him back to the workplace from which he was fired. The consequence of a refusal to comply with this demand, according to the letter of May 23, was to be a new firing, this time for cause and therefore without notice. This would — and did — have the bizarre consequence of transforming a wrongful dismissal attracting a substantial notice period to a lawful one attracting none. This result is, in my view, as unpalatable as it is legally and factually unsustainable.

[140] I would allow the appeal and restore the trial judge's decision.

Appeal dismissed with costs, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Macdonald & Company, Whitehorse.

Solicitors for the respondent: McGrady & Company, Vancouver.

[139] Les Teamsters pouvaient certainement essayer de prouver que les tentatives de M. Evans pour limiter le préjudice qu'ils lui avaient causé étaient insuffisantes. Ce qu'ils *n'étaient pas* en droit de faire, toutefois, c'était de lui dicter la façon dont il devait le limiter en lui ordonnant de reprendre le poste duquel il avait été congédié. Le refus de se plier à cette exigence aurait pour conséquence, aux termes de la lettre du 23 mai, un nouveau congédiement, celui-là motivé et donc sans préavis. Ce qui aurait — et a eu — pour curieuse conséquence de transformer un congédiement injustifié nécessitant un préavis substantiel en un congédiement légal n'en nécessitant aucun. Or à mon avis, ce résultat est aussi déplaisant qu'il est insoutenable sur le plan du droit et sur celui des faits.

[140] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge de première instance.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l'appelant : Macdonald & Company, Whitehorse.

Procureurs de l'intimé : McGrady & Company, Vancouver.