

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

78-08-CA

GREGORY BACKMAN

(Plaintiff) APPELLANT

- and -

MARITIME PAPER PRODUCTS LIMITED, a  
body corporate

(Defendant) RESPONDENT

Backman v. Maritime Paper Products Limited, a  
body corporate, 2009 NBCA 62

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes  
The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision  
of the Court of Queen's Bench:  
June 27, 2008

History of the Case:

Decision under appeal:  
2008 NBQB 219

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
March 12, 2009

Judgment rendered:  
September 24, 2009

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Richard

GREGORY BACKMAN

(Demandeur) APPELANT

- et -

MARITIME PAPER PRODUCTS LIMITED,  
corps constitué,

(Défenderesse) INTIMÉE

Backman c. Maritime Paper Products Limited,  
corps constitué, 2009 NBCA 62

CORAM :

L'honorable juge Deschênes  
L'honorable juge Richard  
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision  
de la Cour du Banc de la Reine :  
Le 27 juin 2008

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2008 NBBR 219

Procédures préliminaires ou accessoires :  
S.O.

Appel entendu :  
Le 12 mars 2009

Jugement rendu :  
Le 24 septembre 2009

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Richard

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

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

Counsel at the hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Daniel P.L. Léger

Pour l'appelant :  
M<sup>e</sup> Daniel P.L. Léger

For the respondent:  
Bernadine MacAulay

Pour l'intimée :  
M<sup>e</sup> Bernadine MacAulay

### THE COURT

### LA COUR

The appeal is dismissed with costs payable to Maritime Paper calculated in accordance with note (1) of Tariff "A" of Rule 59 of the *Rules of Court*.

Déboute l'appelant. Les dépens payables à Maritime Paper seront calculés en conformité avec la remarque (1) du tarif « A », règle 59 des *Règles de procédure*.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD J.A.

I. Introduction

[1] On November 9, 2006, Gregory Backman was dismissed from his employment after more than 14 years working for Maritime Paper Products Limited, first as a structural designer and then as a structural design supervisor. Mr. Backman sued Maritime Paper, alleging wrongful termination, and sought, among other relief, damages reflecting the salary he would have earned had the employer given him reasonable notice of termination. Maritime Paper opposed Mr. Backman's claim on the grounds that the termination had been for just cause. Maritime Paper's defence prevailed at trial: (2008), 337 N.B.R. (2d) 1, [2008] N.B.J. No. 249 (QL), 2008 NBQB 219. Mr. Backman now turns to this Court for relief. He claims the trial judge erred (1) in determining issues not raised in the pleadings or at trial, (2) in determining that the misconduct alleged against Mr. Backman constituted illegal sexual harassment, and (3) in determining that the condonation defence and estoppel were not applicable. While I agree that Mr. Backman's first two grounds of appeal have merit, this finding will be of little consolation to him. In my view, the trial judge's errors on these points were really inconsequential to the ultimate disposition of the case in favour of Maritime Paper. In the end, I am of the view that dismissal of the action was the correct disposition.

II. Factual overview

[2] In June 1992, after graduating from the Nova Scotia Institute of Technology, Mr. Backman obtained employment with Maritime Paper, a company that designs and manufactures various types of commercial packaging products. He started as a structural designer and, in March 1997, was promoted to the position of structural design supervisor, a position he held until his dismissal on November 9, 2006. At the time of dismissal, Mr. Backman was earning an annual salary of \$53,000.

[3] At or about the time he was hired, Mr. Backman was informed of Maritime Paper's "Acceptable Use Policy" relating to electronic mail and internet use. The policy states that "[t]ransmitting, viewing or storing inappropriate or unprofessional harassing, offensive, obscene or slanderous material using Maritime Paper Products' computer resources is strictly prohibited" and that "[s]uch actions could result in disciplinary action up to and including dismissal." Notwithstanding this, Mr. Backman was found to have accessed internet pornography sites from his employer's computer.

[4] On September 12, 2002, the employer met with Mr. Backman to discuss the results of audits conducted in June and August of that year, in which it was revealed that Mr. Backman had made inappropriate use of the internet on Maritime Paper's computer. By letter dated a week later, the employer reminded Mr. Backman that his behaviour was contrary to the company's Policy and was unacceptable. Mr. Backman was informed that the letter would be kept in his personnel file and that "[a]ny further incidents of this nature could result in discipline up to [and] including termination."

[5] Despite the warning he received in September, 2002, Mr. Backman continued to access inappropriate sites from his employer's computer. By letter dated April 11, 2003, the employer informed Mr. Backman that a recent audit had revealed continued excessive and inappropriate use of the internet. The employer reiterated its policy on point and recommended that Mr. Backman consider using the company's employee assistance program if his actions were the result of behaviour he had difficulty controlling. Mr. Backman was unequivocally warned that "[a]ny further incidents of this nature will result in immediate termination of your employment with Maritime Paper Products."

[6] Despite these warnings, Mr. Backman was suspected to have engaged in similar unacceptable conduct in the spring of 2005. At that time, a senior executive of Maritime Paper was made aware of certain suspicions, but he did not forward the information to Mr. Backman's supervisor because he did not feel there was sufficient evidence of misconduct.

[7]                 However, an audit in the fall of 2006 revealed more inappropriate activity on Mr. Backman's office computer. It disclosed that on October 23, 2006, Mr. Backman had accessed inappropriate and pornographic web sites for almost three hours; had done the same the next day for approximately 1.5 hours; and also, on eight other days for periods of between 45 to 90 minutes.

[8]                 On November 9, 2006, Maritime Paper dismissed Mr. Backman from his employment for having made unacceptable use of the company's computer. The company followed up with a letter to Mr. Backman dated November 15, 2006, explaining that the termination of his employment was as a result of his "continued unacceptable use of Company property", making reference to the two written warnings Mr. Backman had previously received for similar conduct.

[9]                 Mr. Backman did not deny accessing pornographic web sites from his employer's computer. In the wrongful dismissal action brought against his employer, Mr. Backman maintained that his behaviour had been condoned. He also alleged that his employer had decided to relocate the position he held to Dartmouth, Nova Scotia, and that the true reason for the termination of his employment was because he had advised his employer that he was unwilling to transfer "without renegotiating his employment contract." He submitted that the warnings he had received in 2002 and 2003 were dated and should have expired. He argued that favourable annual performance assessments, coupled with regular salary increases, show the employer condoned his breaches of the Acceptable Use Policy regarding internet use. He maintained that, as a result, the employer was estopped from terminating him for such conduct.

[10]                The trial judge did not accept Mr. Backman's contention. Curiously, however, the trial judge's reasons for decision focus, in large measure, on issues that had not been raised in the pleadings or argued at trial. The trial judge began his analysis with a review of the concepts of "poisoned" work environments, sexual harassment and the definition of the term "sexual", which the Supreme Court of Canada adopted in the context of a "sexual assault" contemplated in the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

He found that because Mr. Backman's unauthorized use of the company's computer came to the attention of Maritime Paper's Manager of Information Services, and because the Manager was "unhappy" at having to view such images during the audits of Mr. Backman's computer use, this somehow constituted "illegal sexual harassment" (para. 16). On the questions of condonation and estoppel, the trial judge held that "any condonation or estoppel by the employer with respect to the misconduct by Mr. Backman cannot defeat the statutory obligation on the employer to prevent sexual harassment in its workplaces" (para. 20).

[11] Notwithstanding his focus on concepts that had not been raised in the pleadings or argued at trial, the trial judge nevertheless addressed a crucial question posed at trial: whether Mr. Backman's willful disobedience of the employer's Acceptable Use Policy resulted in the destruction of the relationship between the employer and the employee. In answering this question, the trial judge applied the principles set out in *MacNaughton v. Sears Canada Inc.* (1997), 186 N.B.R. (2d) 384 (C.A.), [1997] N.B.J. No. 79 (QL), which are consistent with those the Supreme Court adopted in *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, [2001] S.C.J. No. 40 (QL), 2001 SCC 38, and concluded that Mr. Backman's pattern of behaviour "destroyed the employer's trust in him as a supervisor" (para. 31).

### III. Issues

[12] Mr. Backman raises three grounds of appeal:

- 1) The trial judge erred in law in determining issues not raised in the pleadings or at trial;
- 2) The trial judge erred in law in determining that the Plaintiff's conduct constituted illegal sexual harassment;
- 3) The trial judge erred in law in determining that the law of condonation and estoppel were not applicable.

[13] A fourth ground, on the question of costs, was not pursued.

IV. Analysis

A. *Grounds 1 and 2: Issues not raised and the finding of sexual harassment*

[14] In his decision, the trial judge makes reference to “statute law”, without specifically identifying any particular statute. Presumably, in referring to Mr. Backman’s conduct as “illegal sexual harassment”, the trial judge had in mind the *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11, which states that to sexually harass someone “means engage in vexatious comment or conduct of a sexual nature that is known or ought reasonably to be known to be unwelcome” (s. 7.1(1)).

[15] In effect, the trial judge concluded Mr. Backman had engaged in “illegal” activity without any such allegation having been raised in the pleadings. Maritime Paper’s statement of defence alleged continued “excessive and inappropriate use of” the company’s computer, not the sexual harassment of any of its employees. It was the repeated misconduct in the face of clear warnings that was alleged to justify the dismissal. In addition, the question of sexual harassment is not one that arose at trial. In fact, at the end of the trial, the trial judge requested post-trial briefs from counsel on two issues, the second of which was whether the private viewing of “Internet porn” could justify summary dismissal. In explaining what he wanted counsel to address, the judge acknowledged that “in this case, there’s [no] evidence of co-workers in the ... at his office seeing the stuff or being embarrassed by it...” Thus, nowhere in the pleadings, or at any time during the trial, was Mr. Backman alerted that he would have to respond to allegations of illegal activity. As a result, Mr. Backman did not adduce any evidence or present any arguments on point. Yet, in the reasons for decision, he is effectively found to have engaged in “illegal sexual harassment.”

[16] With respect, I am of the view that the trial judge’s approach to this case violates the following principles Drapeau J.A. (now Chief Justice) articulated in *Parlee v. McFarlane* (1999), 210 N.B.R. (2d) 284 (C.A.), [1999] N.B.J. No. 88 (QL):

It is commonplace that trial by ambush has no place in our modern system of justice. The rules of pleading enunciated in Rule 27 of the **Rules of Court** are designed to ensure that the relevant issues are raised, and that no party is taken by surprise. The importance of pleadings cannot be underemphasized. They define the issues not only for the parties, but for the judge as well. Indeed, I cannot fathom a situation where a trial judge could properly decide the case before him or her on a basis not raised in the pleadings or at trial.

[...]

I find the following observation by Hoyt C.J. in *King et al. v. Canada (Attorney General) et al.* (1997), 187 N.B.R. (2d) 185, at p. 196 to be particularly apt in the circumstances:

Judges must resist the temptation to raise new issues, particularly those that are determinative, without giving the parties an opportunity to respond. ...

This obligation extends to all proceedings, be they criminal, quasi-criminal or civil. It flows from the fundamental right that all litigants have, namely the right to be heard before judgment is pronounced. See *R. v. Peter Paul. (T.)* (indexed as *R. v. Paul (T.P.)*) (1998), 196 N.B.R. (2d) 292 (C.A.) at pp. 312-13. [paras. 33, 35-36]

[17] It is beyond question that these principles apply to a wrongful dismissal action where, as Robertson J.A. stated in *Henry v. Fox Ford* (2004), 269 N.B.R. (2d) 63 (C.A.), [2004] N.B.J. No. 109 (QL), 2004 NBCA 22, “the onus is on the employer to justify an employee’s summary dismissal [and] the starting point of any analysis is the employer’s Statement of Defence” (para. 123). Here, the employer did not allege, either in the termination letter, in the statement of defence, or in its arguments at trial, that Mr. Backman was dismissed for “illegal sexual harassment”.

[18] In my view, it was improper for the trial judge to determine the action on the basis that Mr. Backman’s conduct could constitute “illegal sexual harassment.” However, a careful reading of the trial judge’s reasons for decision reveals that the sexual

harassment finding was only determinative of the condonation issue. The characterization of Mr. Backman's conduct was not determinative of the justness of the cause for termination. On that point, the trial judge relied on proper authorities and concluded that "Mr. Backman's repeated viewing of internet pornography at work in October 2006 was a serious matter [... and...] that it was a pattern of behaviour that destroyed the employer's trust in him as a supervisor" (para. 31). Those findings of fact are amply supported by the evidence and have not been called into question on appeal. Mr. Backman's primary focus on appeal was on the trial judge's determination of the condonation issue. He argued the trial judge was wrong to conclude that Maritime Paper could not condone Mr. Backman's conduct because this would "defeat the statutory obligation on the employer to prevent sexual harassment in its workplaces" (para. 20). Hence the third ground of appeal, to which I now turn.

B. *Ground 3: Condonation and estoppel*

[19] Because I find the trial judge erred in deciding the condonation issue on grounds that were not raised in the pleadings or at trial, it follows that I must undertake a fresh determination of that question on the basis of what was in fact alleged in the pleadings and argued at trial. When I do so, I find that notwithstanding his erroneous approach to the question of condonation, the trial judge nevertheless happened upon the right conclusion.

[20] In his Amended Statement of Claim, Mr. Backman alleges that his employer continued to employ him "despite having knowledge of the grounds for termination and alleged misconduct". He says that the continuation of his employment in those circumstances "constitutes a condonation of the alleged misconduct and that [Maritime Paper] is estopped from terminating" his employment for such misconduct.

[21] Mr. Backman argues that "[a]n employer must consistently enforce a policy in order to rely on its breach as misconduct worthy of summary dismissal." He claims that the facts in this case indicate that the Acceptable Use Policy was not

consistently enforced. In support of that argument, he points to the two letters of reprimand and says these were followed by the employer ignoring subsequent similar conduct and his receiving salary increases before the employer summarily dismissed him in 2006. Mr. Backman submits this constitutes condonation of his conduct at work and argues that the conduct condoned cannot now be the basis for his dismissal. He relies on *Allen v. Devon Lumber Co.* (2006), 307 N.B.R. (2d) 108, [2006] N.B.J. No. 528 (QL), 2006 NBQB 409, where Russell J. adopted the following statement from Howard A. Levitt, *The Law of Dismissal in Canada*, 3d ed. looseleaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book Inc., 2006) at para. 7:10.10:

If an employer learns of an act of misconduct on the part of an employee, the employee must be terminated immediately or after the employer takes a reasonable time to consider its position. If the employer does not do so, the employee's misconduct will be held to have been condoned and the employer will then be precluded from dismissing the employee for that act at some later date. [...] [para. 22]

[22] With respect, what Mr. Backman does not appear to appreciate is the importance of the next statement Russell J. makes in *Allen*:

Certainly, even condoned conduct is subject to a condition that future behaviour will be appropriate but, as mentioned, I cannot conclude here that a substantial warning was provided to the Plaintiff at any critical time in the past. [para. 23]

[Emphasis added]

[23] This understanding of the concept of condonation in *Allen v. Devon Lumber Co.* is consistent with the statement of the Ontario Court of Appeal in *McIntyre v. Hockin* (1889), 16 O.A.R. 498, [1889] O.J. No. 36 (QL), in what is perhaps the foundational case for the doctrine of condonation:

When an employer becomes aware of misconduct on the part of his servant, sufficient to justify dismissal, he may adopt either of two courses. He may dismiss, or he may overlook the fault. But he cannot retain the servant in his

employment, and afterwards at any distance of time turn him away. It would be most unjust if he could do that, for one of the consequences of dismissal for good cause is, that the servant can recover nothing for his services beyond the last pay day, whether his engagement be by the year or otherwise: [...] If he retains the servant in his employment for any considerable time after discovering his fault, that is condonation, and he cannot afterwards dismiss for that fault without anything new. No doubt the employer ought to have a reasonable time to determine what to do, to consider whether he will dismiss or not, or to look for another servant. So, also, he must have full knowledge of the nature and extent of the fault, for he cannot forgive or condone matters of which he is not fully informed. Further, condonation is subject to an implied condition of future good conduct, and whenever any new misconduct occurs, the old offences may be invoked and may be put in the scale, against the offender as cause for dismissal. [pp. 501-2 per Maclellan J.A.]

[Emphasis added]

[24] In my view, that statement continues to accurately reflect the law on the so-called defence of condonation. In fact, the Ontario Court of Appeal has applied it in more modern times in *Nossal v. Better Business Bureau of Metropolitan Toronto Inc.* (1985), 51 O.R. (2d) 279 (C.A.), [1985] O.J. No. 2574 (QL). In that case, the plaintiff had exhibited a pattern of unpunctuality for which she had been warned. At trial, it was held that any of the incidents, on its own, was insufficient to establish cause for dismissal, and that, because the previous conduct had been condoned, it could not now be relied upon to justify dismissal. The Ontario Court of Appeal disagreed. The court distinguished between condonation, on the one hand, and relying on the accumulation of the plaintiff's failings, on the other. Writing for the Court, Zuber J.A. explained that past misconduct may properly be considered and given weight when determining whether, together with subsequent misconduct, the accumulation of misconducts amounts to just cause. On the question of condonation, Zuber J.A. adopted Maclellan J.A.'s statement in *McIntyre v. Hockin*, adding what follows:

It may no longer be necessary or even desirable to attach to the above principle the term "condonation" which imports

with it the complexities of another field of law. That quibble apart, the above principle retains its vitality. If an employer elects not to discharge an employee for certain misconduct, he may not, after a substantial time, use that misconduct as the basis for discharge.

However, as MacLennan J.A. explained, if there is further misconduct, the old offence may be put in the scale in determining just cause for dismissal. [paras. 14-15]

[25] Even more recently, in *Chambers v. Omni Insurance Brokers* (2002), 159 O.A.C. 352, [2002] O.J. No. 2063 (QL), the Ontario Court of Appeal reiterated the doctrine of condonation in these terms:

[...] condonation is subject to an implied condition of future good conduct, and whenever any new misconduct occurs the "old offenses" may be invoked and may be put in the scale against the employee as cause for dismissal. [para. 45]

[26] I agree with these statements on the question of condonation of workplace misconduct. In summary, the law holds that an employer who does not discipline an employee within a reasonable period of time for a known act of misconduct cannot later dismiss the employee for that particular act of misconduct, but, if the employee engages in further misconduct, the previous misconduct can then be considered by the employer in determining the appropriate sanction for the latter misconduct.

[27] This approach to the concept of condonation is consistent with the application of the principles of cumulative cause, which was applied in the *Nossal* matter and by this Court in *MacNaughton*. These principles entitle employers to consider previous acts of misconduct, including those for which discipline has previously been meted out, in determining whether, cumulatively, a final act of misconduct justifies dismissal. However, as Bastarache J.A. (as he then was) pointed out in *MacNaughton* "the existence of prior reprimands must also be taken in context, and that it does not eliminate the need for the last event to be of some importance" (para. 15). In examining whether there is cumulative cause for dismissal, a court must examine whether there is

evidence of conduct showing habitual disregard for company policy or orders. As Bastarache J.A. explains, "[a]n employee that is kept on for a long period of time after having committed a fault is entitled to consider that he has been rehabilitated in the eyes of the employer, unless new faults committed can be invoked to establish a pattern of behaviour contrary to the interests of the employer" (para. 15). Thus, in an unjust dismissal action, where an act of misconduct is, by itself, insufficient to warrant dismissal, and where an employer relies on cumulative acts, the trial judge should examine whether the incidents show "a pattern of behaviour indicating wilful disregard for company policy or authority" (para. 16). Ultimately, "in cases where the employer relies on past acts of disobedience, he must show that the accumulation of acts of disobedience constitutes misconduct, amounting to a fundamental breach of the employment contract" (para. 16).

[28] Applying the concepts of condonation and cumulative cause in this manner would be consistent with the contextual approach the Supreme Court applied in *McKinley*. This approach requires the consideration of not only factors favourable to a sustainable employment relationship, but also any factors that weigh against it.

[29] Applying these principles to the present case, Mr. Backman's ground of appeal alleging error in the application of the "law of condonation and estoppel" must be dismissed. Clearly, Maritime Paper did not condone his actions in 2002 and 2003, since it meted out discipline in the form of reprimands, the last of which threatened dismissal if the behaviour reoccurred. There can be no condonation if formal, or even informal, warnings are issued: *Legge v. Newfoundland Telephone Co.* (1995), 127 Nfld. & P.E.I. R. 220 (Nfld. C.A.), [1995] N.J. No. 87 (QL), at para. 13. The only act of condonation Mr. Backman can allege relates to the incident in 2005, when a senior executive of Maritime Paper was made aware of certain suspicions regarding Mr. Backman's computer use contrary to the company's policy. At that time, the senior executive did not forward the information to Mr. Backman's supervisor because he did not feel there was sufficient evidence of misconduct. He admitted at trial that he had "dropped the ball" in this respect, ostensibly meaning that he should have nevertheless reported his suspicions.

[30] Whether or not Maritime Paper can be said to have condoned Mr. Backman's behaviour in 2005 is really of no moment. The fact is that Mr. Backman was not dismissed for any misconduct that occurred in 2005. He was dismissed for the further misconduct that occurred in the fall of 2006. Thus, even if the 2005 behaviour was somehow condoned, it would have been subject to an implied condition of good conduct, the breach of which would enable the employer to consider the 2005 misconduct in determining the proper sanction. Moreover, Mr. Backman cannot argue that either Maritime Paper's failure to discipline him in 2005 or his positive performance reviews and salary increases somehow created a lax atmosphere with regard to the enforcement of their computer use policy, because he testified that he never believed he had permission to access pornography on his employer's computer. It would be illogical to argue Maritime Paper had created a lax atmosphere regarding such use of the computer when he, himself, admits knowing that the behaviour was not acceptable to the employer.

[31] In the end, Mr. Backman was dismissed from his employment because, as the trial judge found, his "repeated viewing of internet pornography at work in October 2006 was a serious matter" and constituted "a pattern of behaviour that destroyed the employer's trust in him as a supervisor." This is consistent with the test set out in *MacNaughton*. It is a finding of fact that takes into account the contextual approach articulated in *McKinley*; one that is amply supported by the evidence and which has not effectively been challenged. The principle of condonation is inapplicable in the circumstances of this case, not for the reasons given by the trial judge, but for the reasons set out above.

V. Disposition

[32] For these reasons, I am of the view that, notwithstanding the merits of Mr. Backman's first and second ground of appeal, the appeal should be dismissed. The ultimate conclusion the trial judge reached is unaffected by the judge's errors. I would

therefore dismiss the appeal and order Mr. Backman to pay Maritime Paper costs calculated in accordance with note (1) of Tariff "A" of Rule 59 of the *Rules of Court*.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Le 9 novembre 2006, Gregory Backman a été congédié après avoir travaillé plus de quatorze ans pour Maritime Paper Products Limited, au départ en tant que concepteur de structures, puis en tant que superviseur de la conception des structures. M. Backman a intenté une poursuite à Maritime Paper pour congédiement injustifié et demandé, entre autres mesures réparatoires, des dommages-intérêts correspondant au salaire qu'il aurait gagné si l'employeur lui avait donné un avis raisonnable de cessation d'emploi. Maritime Paper a opposé à la poursuite que le congédiement de M. Backman reposait sur un motif valable. Maritime Paper a eu gain de cause au procès ((2008), 337 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, [2008] A.N.-B. n<sup>o</sup> 249 (QL), 2008 NBBR 219). M. Backman s'adresse aujourd'hui à notre Cour. Il avance que le juge du procès a commis des erreurs : (1) du fait qu'il a tranché des questions qui n'avaient été soulevées ni dans les plaidoiries ni au procès; (2) du fait qu'il a conclu que l'inconduite de M. Backman était constitutive de harcèlement sexuel illégal; (3) du fait qu'il a conclu à l'inapplicabilité de la défense de tolérance et de la préclusion. Quoique je convienne que les deux premiers moyens d'appel sont fondés, cette conclusion ne sera sans doute pas une consolation pour M. Backman. À mon sens, les erreurs du juge du procès à cet égard ont été sans incidence réelle sur la décision rendue en définitive en faveur de Maritime Paper. En bout de ligne, je suis d'avis que le juge du procès a eu raison de rejeter l'action.

II. Résumé des faits

[2] En juin 1992, diplômé du Nova Scotia Institute of Technology, M. Backman est entré chez Maritime Paper, compagnie qui conçoit et fabrique des emballages commerciaux de types divers. Concepteur de structures à son arrivée, il est devenu, en mars 1997, superviseur de la conception des structures, poste qu'il a occupé

jusqu'à son congédiement le 9 novembre 2006. Au moment de son congédiement, M. Backman touchait un salaire annuel de 53 000 \$.

[3] À l'époque de son embauchage, M. Backman a été informé de la politique de Maritime Paper sur l'utilisation acceptable du courriel et du réseau Internet. Elle prévoit que [TRADUCTION] « [l]a transmission, le visionnement ou le stockage de documents électroniques inconvenants, obscènes, diffamatoires ou constitutifs de harcèlement, de nature inappropriée ou non professionnelle, au moyen des ressources informatiques de Maritime Paper Products sont strictement interdits » et que [TRADUCTION] « [c]es actes pourraient entraîner des sanctions disciplinaires allant jusqu'au congédiement ». Il a été constaté que M. Backman, malgré cette politique, avait accédé à des sites Internet pornographiques à partir d'un ordinateur de son employeur.

[4] Le 12 septembre 2002, l'employeur a rencontré M. Backman pour discuter avec lui des résultats de vérifications menées en juin et en août cette année-là, et dont il était ressorti qu'il avait fait un usage inapproprié de sites Internet au moyen d'un ordinateur de Maritime Paper. Par lettre datée de la semaine suivante, l'employeur lui a rappelé que son comportement était inadmissible et contrevenait à la politique de la compagnie. Il informait M. Backman que la lettre serait versée aux dossiers du personnel et que [TRADUCTION] « [t]out incident subséquent de cette nature pourrait entraîner des sanctions disciplinaires allant jusqu'au congédiement ».

[5] Malgré l'avertissement de septembre 2002, l'accès de M. Backman à des sites inappropriés à partir des ordinateurs de son employeur s'est poursuivi. Par lettre du 11 avril 2003, Maritime Paper a informé M. Backman qu'une vérification récente avait révélé qu'il persistait à faire un usage excessif et inapproprié du réseau Internet. L'employeur a rappelé à M. Backman sa politique à cet égard et lui a conseillé d'envisager un recours au programme d'aide aux employés de la compagnie si ses actes étaient attribuables à un comportement qu'il avait du mal à maîtriser. M. Backman a reçu un avertissement sans équivoque : [TRADUCTION] « Tout incident subséquent de cette nature entraînera votre congédiement immédiat ».

- [6] M. Backman a été soupçonné de s'être livré à une conduite inadmissible similaire au printemps de 2005 en dépit de ces avertissements. À l'époque, des soupçons ont été communiqués à un cadre supérieur de Maritime Paper, qui, cependant, n'a pas transmis l'information au surveillant de M. Backman parce qu'il ne croyait pas suffisante la preuve d'inconduite.
- [7] Une vérification a cependant relevé, à l'automne de 2006, de nouvelles indications d'activité inappropriée dans les données de l'ordinateur que M. Backman employait au bureau. Il en est ressorti que M. Backman avait parcouru des sites Web inappropriés et pornographiques pendant près de trois heures le 23 octobre 2006, pendant environ une heure et demie le lendemain, et de quarante-cinq à quatre-vingt-dix minutes huit autres jours.
- [8] Le 9 novembre 2006, Maritime Paper a congédié M. Backman pour avoir fait une utilisation inacceptable des ordinateurs de la compagnie. Elle a ensuite fait parvenir à M. Backman une lettre, en date du 15 novembre 2006, où elle lui expliquait que son congédiement avait été entraîné par une [TRADUCTION] « utilisation inacceptable persistante des biens de la compagnie », allusion aux deux avertissements écrits qu'elle lui avait servis antérieurement pour une conduite semblable.
- [9] M. Backman n'a pas nié avoir accédé à des sites Web pornographiques à partir de l'ordinateur de son employeur. Dans la poursuite qu'il a intentée à Maritime Paper pour congédiement injustifié, M. Backman maintenait que son comportement avait été toléré. Il avançait aussi que son employeur avait décidé de déplacer à Dartmouth, en Nouvelle-Écosse, le poste qu'il occupait, et que la vraie raison de son congédiement était qu'il avait laissé savoir à Maritime Paper qu'il n'entendait pas acquiescer à un transfert [TRADUCTION] « sans renégocier son contrat de travail ». M. Backman a fait valoir que les avertissements qu'il avait reçus en 2002 et en 2003 dataient de loin, et devaient avoir expiré. À son avis, les évaluations annuelles favorables de son rendement, associées à des augmentations de salaire régulières, attestaient que l'employeur tolérait ses manquements à la politique de la compagnie sur l'utilisation acceptable du réseau Internet. Il a

maintenu que ces considérations empêchaient l'employeur, par préclusion, de le congédier pour sa conduite.

[10] Le juge du procès n'a pas accueilli les prétentions de M. Backman. Curieusement, toutefois, ses motifs se sont largement attardés à des questions qui n'avaient été, ni soulevées dans les plaidoiries, ni débattues au procès. Son analyse s'est ouverte par un examen des concepts de milieu de travail « empoisonné » et de harcèlement sexuel, ainsi que de la définition du terme « sexuel » adoptée par la Cour suprême du Canada dans le contexte de l'infraction d'agression sexuelle prévue au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Le juge du procès a conclu que, parce que l'usage non autorisé fait par M. Backman de l'ordinateur de la compagnie avait été porté à la connaissance de la gestionnaire des services d'information de Maritime Paper et que la gestionnaire avait été [TRADUCTION] « attristée » d'avoir eu à visionner pareilles images lorsqu'elle avait vérifié quelle utilisation M. Backman avait faite de l'ordinateur, il s'était agi en quelque sorte de [TRADUCTION] « harcèlement sexuel illégal » (par. 16). À propos de la tolérance et de la préclusion, il a enfin conclu que [TRADUCTION] « la tolérance ou la préclusion de l'employeur à l'égard de l'inconduite de M. Backman ne peut donc pas mettre en échec l'obligation que la loi impose à l'employeur de prévenir le harcèlement sexuel dans son milieu de travail » (par. 20).

[11] Quoique le juge du procès se soit attardé à des concepts qui n'avaient été, ni abordés dans les plaidoiries, ni débattus au procès, il s'est néanmoins penché sur une question cruciale qui se posait au procès : la désobéissance délibérée de M. Backman à la politique de l'employeur en matière d'utilisation acceptable du réseau Internet avait-elle entraîné la destruction de la relation entre l'employeur et l'employé? Pour y répondre, le juge du procès a appliqué les principes énoncés dans *MacNaughton c. Sears Canada Inc.* (1997), 186 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 384 (C.A.), [1997] A.N.-B. n<sup>o</sup> 79 (QL), qui s'accordent avec ceux que la Cour suprême a adoptés dans *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, [2001] A.C.S. n<sup>o</sup> 40 (QL), 2001 CSC 38. Il a conclu que la structure de comportement de M. Backman lui a [TRADUCTION] « fait perdre la confiance de son employeur en sa capacité d'exercer ses fonctions de superviseur » (par. 31).

### III. Questions en litige

[12] M. Backman avance trois moyens d'appel :

- 1) Le juge du procès a commis une erreur de droit en tranchant des questions qui n'avaient été soulevées ni dans les plaidoiries ni au procès.
- 2) Le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant que la conduite du demandeur était constitutive de harcèlement sexuel illégal.
- 3) Le juge du procès a commis une erreur de droit en concluant à l'inapplicabilité du droit relatif à la tolérance et à la préclusion.

[13] Un quatrième moyen, qui portait sur les dépens, a été abandonné.

### IV. Analyse

#### A. *Moyens 1 et 2 : questions non soulevées et harcèlement sexuel*

[14] Dans sa décision, le juge du procès évoque le [TRADUCTION] « droit législatif », sans cependant nommer de loi. Vraisemblablement, lorsqu'il a qualifié de [TRADUCTION] « harcèlement sexuel illégal » la conduite de M. Backman, il songeait à la *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, qui porte que harceler sexuellement quelqu'un « signifie se livrer à une remarque vexatoire ou avoir un comportement à caractère sexuel qui est reconnu ou qui devrait raisonnablement être reconnu comme étant importun » (par. 7.1(1)).

[15] En fait, le juge du procès a conclu que M. Backman s'était livré à une activité [TRADUCTION] « illégale » sans qu'il ait été question d'activité illégale dans les plaidoiries. L'exposé de la défense de Maritime Paper alléguait une [TRADUCTION] « utilisation excessive et inappropriée » persistante de l'ordinateur de la compagnie, et non pas le harcèlement sexuel de ses employés. La justification donnée pour le

congédiement était l'inconduite répétée qu'avait eue M. Backman, au mépris d'avertissements clairs. La question du harcèlement sexuel ne s'est pas posée au procès non plus. En fait, le juge a demandé aux avocats, en fin d'audience, des mémoires postérieurs au procès où seraient abordées deux questions, dont la seconde était celle de savoir si le visionnement privé de [TRADUCTION] « porno Internet » pouvait justifier un congédiement sommaire. Lorsqu'il leur a expliqué ce sur quoi devaient porter les mémoires, le juge a reconnu que rien n'indiquait [TRADUCTION] « que des collègues de travail au... à son bureau aient vu ces choses ou qu'elles aient gêné ses collègues ». M. Backman n'a donc jamais été prévenu, que ce soit dans les plaidoiries ou au procès, qu'il aurait à répondre à des allégations d'activité illégale. Par conséquent, il n'a présenté ni preuve ni arguments à l'encontre. Le juge conclut pourtant, dans ses motifs, que M. Backman s'est livré à un [TRADUCTION] « harcèlement sexuel illégal ».

[16] Je suis du respectueux avis que la démarche adoptée par le juge du procès contrevient aux principes suivants, énoncés par le juge d'appel Drapeau (aujourd'hui juge en chef) dans *Parlee c. McFarlane* (1999), 210 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 284, [1999] A.N.-B. n° 88 (QL) :

[TRADUCTION]

Il est établi que les pièges pendant le procès n'ont pas leur place dans notre système de justice moderne. Les règles de plaidoirie qu'énonce la règle 27 des *Règles de procédure* sont conçues de manière à assurer que seules seront soulevées les questions pertinentes et qu'aucune partie ne sera prise par surprise. On ne peut sous-estimer d'aucune manière l'importance des plaidoiries. Elles définissent les questions en litige tant pour les parties que pour le juge. En fait, je ne peux pas voir comment un juge de procès pourrait trancher à bon droit une cause dont il est saisi sur un fondement qui n'aurait été soulevé ni dans les plaidoiries ni au procès.

[...]

[...] Je conclus que l'observation suivante qu'a faite le juge en chef Hoyt dans l'affaire *King et al. c. Canada (Attorney*

*General) et al.* (1997), 187 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 185, à la p. 196, convient particulièrement dans les circonstances :

[TRADUCTION]

Les juges doivent résister à la tentation de soulever de nouvelles questions, surtout si celles-ci sont décisives, sans donner aux parties l'occasion d'y répondre.

Cette obligation s'étend à toutes les instances, qu'elles soient criminelles, quasi criminelles ou civiles. Elle découle du droit fondamental qu'ont tous les plaideurs, à savoir celui d'être entendu avant le prononcé du jugement. Voir *R. c. Peter Paul (T.)* (répertorié *R. c. Paul (T.P.)*) (1998), 196 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 292, aux p. 312 et 313. [Par. 33, 35 et 36]

[17] Sans nul doute, ces principes s'appliquent à une action pour congédiement injustifié. Comme l'écrivait le juge d'appel Robertson dans l'arrêt *Henry c. Fox Ford* (2004), 269 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 63, [2004] A.N.-B. n<sup>o</sup> 109 (QL), 2004 NBCA 22 : « [C]'est à l'employeur qu'il incombe de justifier le congédiement sommaire d'un employé [et] toute analyse doit avoir comme point de départ l'exposé de la défense de l'employeur » (par. 123). En l'espèce, l'employeur n'a allégué, ni dans la lettre de congédiement, ni dans l'exposé de la défense, ni dans ses arguments au procès, que M. Backman avait été congédié pour [TRADUCTION] « harcèlement sexuel illégal ».

[18] À mon sens, il était inapproprié pour le juge du procès de prononcer, en l'instance, une décision reposant sur le motif que la conduite de M. Backman pouvait être constitutive de [TRADUCTION] « harcèlement sexuel illégal ». Cependant, une lecture attentive de ses motifs laisse apparaître que cette conclusion du juge à un harcèlement sexuel n'a été décisive qu'en matière de tolérance. La caractérisation de la conduite de M. Backman n'a pas décidé de la validité du motif de congédiement. Sur ce point, le juge du procès s'est reporté à la jurisprudence voulue et il a statué ainsi : [TRADUCTION] « [L]e fait que M. Backman a consulté des sites pornographiques au travail de façon répétée en octobre 2006 était une violation grave [et] il s'agissait d'une structure de comportement qui lui a fait perdre la confiance de son employeur en sa capacité d'exercer ses fonctions de superviseur » (par. 31). Ces conclusions de fait sont amplement étayées

par la preuve et n'ont pas été attaquées en appel. M. Backman s'en est surtout pris, en appel, à la décision rendue par le juge du procès en matière de tolérance. Il a soutenu que le juge avait conclu à tort que Maritime Paper ne pouvait pas tolérer sa conduite parce que la tolérer aurait été faire échec à [TRADUCTION] « l'obligation que la loi impose à l'employeur de prévenir le harcèlement sexuel dans son milieu de travail » (par. 20). D'où le troisième moyen d'appel, sur lequel je me penche maintenant.

B. *Moyen 3 : tolérance et préclusion*

[19] Parce que je conclus que le juge du procès a commis une erreur, du fait qu'il a statué en matière de tolérance sur le fondement de motifs qui ne correspondaient pas à ce qui avait été soulevé dans les plaidoiries ou au procès, il me faut rendre une décision nouvelle sur ce point d'après les moyens qui ont bel et bien été avancés dans les plaidoiries et au procès. Je constate ce faisant que, malgré la démarche erronée adoptée pour statuer sur la tolérance, le juge du procès se trouve néanmoins avoir tiré la bonne conclusion.

[20] Dans son exposé de la demande modifié, M. Backman fait valoir que son employeur a continué de l'employer [TRADUCTION] « malgré qu'il eût connaissance des motifs de congédiement et de l'inconduite reprochée ». Il soutient que le maintien de son emploi, dans les circonstances, était [TRADUCTION] « constitutif de tolérance de l'inconduite reprochée et qu'il est interdit à [Maritime Paper], par préclusion, de le congédier » pour cette inconduite.

[21] M. Backman soutient qu'un employeur [TRADUCTION] « doit appliquer une politique uniformément pour pouvoir en invoquer la violation en tant qu'inconduite digne de congédiement sommaire ». Il avance que les faits, ici, attestent que la politique d'utilisation acceptable n'était pas appliquée uniformément. À l'appui de cet argument, il fait valoir que son employeur, après lui avoir transmis les deux lettres de réprimande, a fermé les yeux sur une conduite ultérieure semblable et lui a accordé des augmentations de salaire, pour le congédier ensuite sommairement en 2006. M. Backman soutient qu'il

s'agissait là de tolérance de sa conduite au travail et que la conduite tolérée ne peut pas être aujourd'hui le fondement de son congédiement. Il cite la décision *Allen c. Devon Lumber Co.* (2006), 307 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 108, [2006] A.N.-B. n<sup>o</sup> 528 (QL), 2006 NBBR 409, où le juge Russell a fait sien l'énoncé suivant, extrait de l'ouvrage de Howard A. Levitt, *The Law of Dismissal in Canada* (3<sup>e</sup> éd., feuillets mobiles, Aurora (Ont.), Canada Law Book Inc., 2006, par. 7:10.10) :

[TRADUCTION]

S'il apprend qu'un employé s'est rendu coupable d'une inconduite, l'employeur doit le congédier immédiatement, ou après s'être donné un temps de réflexion raisonnable. Si l'employeur ne le congédie pas, l'inconduite de l'employé sera tenue pour tolérée et il sera interdit à l'employeur, par préclusion, de le congédier ultérieurement pour cet acte. [Par. 22]

[22] Je ferai respectueusement remarquer que M. Backman ne semble pas mesurer l'importance de l'observation qu'a formulée le juge Russell dans le paragraphe suivant :

[TRADUCTION]

Assurément, une conduite même tolérée est assujettie à l'exigence d'un comportement ultérieur approprié, mais, ainsi que je l'ai indiqué, je ne saurais conclure ici qu'un avertissement substantiel ait été donné au demandeur par le passé, à quelque moment crucial que ce soit. [Par. 23]  
[C'est moi qui souligne.]

[23] Ce point de vue sur le concept de tolérance, exprimé dans *Allen c. Devon Lumber Co.*, s'accorde avec l'énoncé que la Cour d'appel de l'Ontario a donné dans ce qui pourrait être l'arrêt clé concernant la théorie de la tolérance, soit *McIntyre c. Hockin* (1889), 16 O.A.R. 498, [1889] O.J. No. 36 (QL) :

[TRADUCTION]

[L]orsqu'un employeur prend connaissance d'une inconduite d'un employé, suffisamment grave pour justifier le congédiement de ce dernier, il se trouve dans une alternative – il peut le congédier, ou il peut fermer les yeux sur la faute. Mais il ne peut pas garder l'employé à son

service et le congédier par la suite, à n'importe quel moment. Il serait éminemment injuste qu'il puisse agir ainsi, car l'une des conséquences d'un congédiement justifié est que l'employé ne peut rien recevoir pour ses services après le dernier jour de paye, qu'il soit engagé à l'année ou pour quelque période que ce soit [...] Le fait qu'il a gardé l'employé à son service pendant un certain temps après avoir découvert sa faute constitue un acte de tolérance, et l'employeur ne peut plus congédier l'employé pour cette faute à moins qu'un nouvel incident ne se produise. Nul doute qu'il convient que l'employeur dispose d'un temps raisonnable pour déterminer quoi faire, pour décider s'il congédiera ou non l'employé, ou encore pour se mettre à la recherche d'un autre employé. Aussi, il est essentiel que la nature et l'ampleur de la faute soient parfaitement connues de lui, car il ne saurait pardonner ou tolérer ce dont il n'est pas entièrement informé. En outre, la tolérance impose une condition tacite de bonne conduite future et, s'il y a nouvelle inconduite, les anciennes transgressions peuvent être invoquées et peser dans la balance, contre le contrevenant, en tant que motif de congédiement. [Pages 501 et 502, le juge MacLennan]

[C'est moi qui souligne.]

[24] À mon sens, cet énoncé présente avec exactitude, aujourd'hui encore, le droit relatif à la défense dite de tolérance. La Cour d'appel de l'Ontario l'appliquait d'ailleurs toujours, un siècle plus tard, dans l'arrêt *Nossal c. Better Business Bureau of Metropolitan Toronto Inc.* (1985), 51 O.R. (2d) 279 (C.A.), [1985] O.J. No. 2574 (QL). Dans cette affaire, la demanderesse avait fait montre d'un manque de ponctualité répété et elle avait été avertie. Au procès, la Cour avait conclu qu'aucun des incidents, à lui seul, ne suffisait pour motiver le congédiement et que, comme la conduite antérieure avait été tolérée, elle ne pouvait plus être invoquée pour justifier un congédiement. La Cour d'appel de l'Ontario était d'un autre avis. Elle a établi une distinction entre tolérer une conduite, d'une part, et invoquer l'accumulation des manquements de la demanderesse, d'autre part. Auteur des motifs de la Cour, le juge d'appel Zuber a expliqué qu'il est légitime de reconnaître un poids à l'inconduite passée et de la prendre en considération avec l'inconduite ultérieure pour déterminer si l'accumulation des inconduites forme un

motif valable. À propos de tolérance, il a fait sien l'énoncé du juge d'appel MacLennan dans *McIntyre c. Hockin*, et il a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

Peut-être n'est-il plus nécessaire, ni même souhaitable, d'associer au principe ci-dessus le terme tolérance qui apporte avec lui les complexités d'un autre domaine du droit. Cette argutie mise à part, le principe précité conserve toute sa validité. Si un employeur choisit de ne pas congédier un employé pour une inconduite donnée, il ne peut, après un temps important, fonder un congédiement sur cette inconduite.

Cependant, comme l'expliquait le juge d'appel MacLennan, l'ancienne transgression peut, s'il y a nouvelle inconduite, peser dans la balance au moment de juger de la justification du congédiement. [Par. 14 et 15]

[25] Plus près de nous, dans *Chambers c. Omni Insurance Brokers et al.* (2002), 159 O.A.C. 352, [2002] O.J. No. 2063 (QL), la Cour d'appel de l'Ontario a reformulé ainsi la théorie de la tolérance :

[TRADUCTION]

[...] la tolérance impose une condition tacite de bonne conduite future et, s'il y a nouvelle inconduite, les « anciennes transgressions » peuvent être invoquées et peser dans la balance, contre l'employé, en tant que motif de congédiement. [Par. 45]

[26] J'adhère aux vues exprimées dans ces énoncés à propos de la tolérance de l'inconduite au travail. Pour résumer, le droit veut que l'employeur qui n'impose pas de mesure disciplinaire à un employé dans un délai raisonnable pour une inconduite connue ne puisse ensuite congédier l'employé pour cette inconduite, mais que, si l'employé se livre à une nouvelle inconduite, l'inconduite antérieure peut être prise en compte par l'employeur pour déterminer la sanction qu'appelle la plus récente.

[27] Cette façon d'envisager le concept de tolérance cadre avec l'application des principes de la justification cumulative. Ils ont été appliqués dans *Nossal*, ainsi que

par notre Cour dans *MacNaughton*. Ces principes reconnaissent à l'employeur le droit de tenir compte d'inconduites antérieures, y compris de celles qui ont déjà valu à l'employé des mesures disciplinaires, pour déterminer si une dernière inconduite, cumulativement, justifie un congédiement. Cependant, le juge d'appel Bastarache (tel était alors son titre) a fait remarquer dans *MacNaughton* [TRADUCTION] « que l'existence de réprimandes antérieures doit également être mise en contexte et qu'il n'en est pas moins nécessaire que le dernier incident ait une certaine importance » (par. 15). Lorsqu'elle se demande s'il y a justification cumulative de congédiement, la cour doit examiner si la preuve est indicative d'une conduite montrant un mépris habituel envers la politique ou les directives de l'entreprise. Le juge d'appel Bastarache expliquait que [TRADUCTION] « [l]'employé qui conserve son emploi pendant une longue période après avoir commis une faute est en droit de tenir pour acquis qu'il s'est réhabilité aux yeux de l'employeur, sauf s'il commet de nouvelles fautes que l'on peut invoquer pour établir l'existence d'un type de comportement qui est contraire aux intérêts de l'employeur » (par. 15). Ainsi, dans une action pour congédiement injuste, lorsqu'une inconduite est insuffisante, en soi, pour légitimer le congédiement et que l'employeur invoque une accumulation d'actes, le juge du procès devrait examiner si les incidents établissent l'existence d'un [TRADUCTION] « type de comportement montrant qu'il y avait mépris délibéré envers la politique ou la direction de la compagnie » (par. 16). En bout de ligne, [TRADUCTION] « dans les cas où l'employeur s'appuie sur des désobéissances passées, il doit établir que l'accumulation des actes de désobéissance constitue une mauvaise conduite qui équivaut à une rupture fondamentale du contrat d'emploi » (par. 16).

[28] Cette application des concepts de tolérance et de justification cumulative paraît s'accorder avec l'analyse contextuelle que la Cour suprême a retenue dans l'arrêt *McKinley* et qui exige d'examiner, non seulement les facteurs favorables à une relation employeur-employé viable, mais aussi les facteurs qui jouent contre elle.

[29] La mise en oeuvre de ces principes en l'espèce conduit à rejeter le moyen d'appel par lequel M. Backman reproche au juge du procès une erreur dans l'application du [TRADUCTION] « droit relatif à la tolérance et à la préclusion ». Manifestement,

Maritime Paper n'a toléré les gestes de M. Backman ni en 2002 ni en 2003, puisqu'elle lui a infligé des sanctions disciplinaires sous forme de réprimandes, dont la dernière le prévenait qu'il encourrait un congédiement s'il récidivait. Il ne peut y avoir tolérance si des avertissements officiels, ou même officieux, ont été donnés (*Legge c. Newfoundland Telephone Co.* (1995), 127 Nfld. & P.E.I. R. 220 (C.A.T.-N.), [1995] N.J. No. 87 (QL), par. 13). Le seul acte de tolérance que puisse plaider M. Backman est associé à l'incident de 2005. Des soupçons d'une utilisation des ordinateurs qui contrevenait à la politique de la compagnie pesaient contre M. Backman et ont été communiqués à un cadre supérieur de Maritime Paper. À l'époque, ce cadre n'a pas transmis l'information au surveillant de M. Backman, parce qu'il ne croyait pas suffisante la preuve d'inconduite. Il a reconnu au procès qu'il avait omis de prendre [TRADUCTION] « les mesures qui s'imposaient » sur ce point, ce par quoi il voulait dire, en apparence, qu'il aurait dû néanmoins faire part de ses soupçons.

[30] Il n'importe guère, en définitive, qu'il soit permis ou non de considérer Maritime Paper comme ayant toléré le comportement de M. Backman en 2005. Le fait est que M. Backman n'a pas été congédié pour une inconduite dont il se serait rendu coupable en 2005. Il a été congédié pour sa nouvelle inconduite de l'automne 2006. Or, quand le comportement de 2005 aurait été toléré, une condition tacite de bonne conduite aurait été imposée à M. Backman et un manquement à cette condition aurait habilité l'employeur à prendre en compte l'inconduite de 2005 pour déterminer quelle sanction était appropriée. En outre, M. Backman ne peut prétendre que le défaut de Maritime Paper de lui infliger une sanction disciplinaire en 2005, ou les évaluations favorables de son rendement et ses augmentations de salaire, aient créé quelque atmosphère de relâchement dans l'application de la politique d'utilisation des ordinateurs de la compagnie, parce qu'il a témoigné qu'il n'avait jamais cru qu'il avait la permission d'accéder à des sites pornographiques depuis les ordinateurs de son employeur. Il serait illogique que M. Backman soutienne que Maritime Paper avait créé une atmosphère de relâchement en matière d'utilisation des ordinateurs à cette fin, alors que lui-même admet avoir su que l'employeur tenait le comportement pour inacceptable.

[31] En fin de compte, M. Backman a été congédié parce que, comme l'a conclu le juge du procès, sa consultation de [TRADUCTION] « sites pornographiques au travail de façon répétée en octobre 2006 était une violation grave » et constituait [TRADUCTION] « une structure de comportement qui lui a fait perdre la confiance de son employeur en sa capacité d'exercer ses fonctions de superviseur ». Cette conclusion s'accorde avec le critère formulé dans *MacNaughton*. Elle est une conclusion de fait qui tient compte de l'analyse contextuelle définie dans *McKinley*, qui est amplement étayée par la preuve et qui, en réalité, n'a pas été contestée. Le principe de la tolérance est inapplicable dans les circonstances, non pour les motifs donnés par le juge du procès, mais pour les motifs exposés précédemment.

V. Dispositif

[32] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que, malgré le bien-fondé des premier et deuxième moyens de M. Backman, il y a lieu de rejeter l'appel. Les erreurs du juge du procès ne compromettent nullement la conclusion à laquelle il est arrivé en bout de ligne. Je suis d'avis par conséquent de débouter M. Backman et d'ordonner qu'il verse à Maritime Paper des dépens calculés en conformité avec la remarque (1) du tarif « A », règle 59 des *Règles de procédure*.