COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

64-12-CA/
65-12-CA

ASURION CANADA INC.

APPELLANT

- and -

BARRY BROWN and GABRIEL CORMIER

RESPONDENTS

Asurion Canada Inc. v. Brown and Cormier, 2013 NBCA 13

CORAM:
The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Larlee
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's Bench:
April 25, 2012

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard and judgment rendered:
October 16, 2012

Reasons delivered:
February 14, 2013

Reasons for judgment by:
The Honourable Chief Justice Drapeau

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

ASURION CANADA INC.

APPELANTE

- et -

BARRY BROWN et GABRIEL CORMIER

INTIMÉS

Asurion Canada Inc. c. Brown et Cormier, 2013 NBCA 13

CORAM :
L'honorable juge en chef Drapeau
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Green

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la Reine :
Le 25 avril 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu et jugement rendu :
Le 16 octobre 2012

Motifs déposés :
Le 14 février 2013

Motifs de jugement :
L'honorable juge en chef Drapeau

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Larlee
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant Asurion Canada Inc.:
Sacha D. Morisset

For the respondents Gabriel Cormier and Barry Brown:
Enrico Scichilone

THE COURT

In the text that follows, the Court provides its reasons for: (1) dismissing the appellant employer's appeals (now consolidated) against awards of damages for its summary dismissal of the respondent employees, without cause in both instances; and (2) allowing each respondent costs on appeal of $4,500, a sum designed to provide substantial indemnity for legal fees incurred.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante Asurion Canada Inc.:
Sacha D. Morisset

Pour les intimés Gabriel Cormier et Barry Brown :
Enrico Scichilone

LA COUR

Dans le texte qui suit, la Cour expose les motifs pour lesquelles elle (1) rejette les appels (maintenant fusionnés) qu'a interjetés l'employeur appelant à l'encontre des dommages-intérêts accordés au titre du congédiement sommaire des employés intimés, congédiement qui était non motivé dans les deux cas; et (2) accorde à chacun des intimés des dépens afférents à l'appel de 4 500 $, somme qui vise à leur apporter une indemnisation substantielle relativement aux honoraires d'avocats qu'ils ont engagés.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B.

I. Introduction

[1] The underlying actions for damages were commenced in response to the respondents' summary dismissal for what the appellant identified, then and throughout the litigation, as violations of its workplace internet acceptable use policy. The separate proceedings were heard at the same time in the Court of Queen's Bench and, in accordance with the simplified procedure prescribed by Rule 79 of the *Rules of Court*, both respondents and Ms. Jennifer Baxter, the appellant's local Senior Human Resources Manager, filed affidavit evidence. They also provided oral evidence.

[2] In companion decisions, the trial judge ruled against the appellant in the two actions. In his admittedly mistaken view, *McKinley v. BC Tel*, 2001 SCC 38, [2001] 2 S.C.R. 161 required "deceitful" misconduct for the dismissals to be legally justified. After making findings of reliability and credibility favorable to the respondents, the judge concluded the appellant had not established misconduct of that nature and, as a result, its defence of "just cause" could not prevail. Fortunately for the respondents, the judge also found that, in any event, dismissal constituted a disproportionately severe penalty for the misconduct at issue, the receipt and viewing on company-issued computers of email-attached images, which the trial judge described as "pornographic".

[3] Separate appeals were launched and prosecuted, each taking issue with those determinations, and numerous other statements and findings by the trial judge. After consolidating the two appeals and hearing wide-ranging submissions from counsel for the appellant, the Court rejected its challenge without calling upon the respondents to counter. Accessorily, each respondent was awarded costs on appeal of $4,500, a quantum designed to provide substantial indemnity for legal fees incurred.

[4] The following text fleshes out the basis for both features of the Court's disposition from the Bench.

II. The Context

[5] One might be tempted to assume from its name that the appellant, Asurion Canada Inc., is a Canadian corporation. Yet, the admissions in the pleadings establish its headquarters are in San Matteo, California, U.S.A. Be that as it may, it is common ground that Asurion is the world's largest provider of "enhanced" services for the wireless communication industry. In her June 20, 2011 affidavit, Ms. Baxter states the company provides "technology production" services to clients located around the world. She adds those services include next day device replacement, as well as protection of user content and software. At the time of the dismissals on July 23, 2010, Asurion was operating 15 call centers in Asia, Europe and North America, including one in Moncton, New Brunswick, where at any given time as many as 250 employees, working in separate cubicles located in a single large room, engaged in communication with existing and potential clients.

[6] The respondent, Gabriel Cormier, was hired in June of 2002 to work as a Call Centre Supervisor at Asurion's Moncton premises, a position he occupied when summarily dismissed eight years later on July 23, 2010. At that time, his annual salary and benefits amounted to $55,000.00. In his April 19, 2011 affidavit, Mr. Cormier explains his job responsibilities included leading and managing "a team of 12 to 25 customer service representatives along with playing a role of implementing new processes and assuring employee development, while managing their performance". He points to the receipt of several salary increases over the term of his employment and performance reviews which indicated he either met or exceeded company goals and objectives. In his affidavit, Mr. Cormier also records that, during the July 23, 2010 meeting which culminated with his dismissal, senior company officials acknowledged his high level of integrity and confirmed he was "a true leader". He goes on to assert he was never warned the receipt of "pornographic" emails at work would bring about his

dismissal and offers the following subjective take on the termination of his employment contract:

> I truly believe I was fired because of my salary. I was advised by April Belding, and truly believe, that she replaced my position. April Belding was laid off the previous month along with a group of 9 employees consisting of 5 supervisors and 4 workforce analyst due to restructuring within the Defendant's company. After my job termination, Ms. Belding was rehired as an operations supervisor with a salary of approximately $37,000.00, a saving of approximately $18,000 per year. My rate of pay had been a topic for the last couple of years on my reviews that I was becoming expensive. In addition, in 2012, the Defendant implemented salary caps on entry level employees and I was advised by Tammy Legacy, and truly believe, that salary caps on supervisors would follow.

[7] The respondent, Barry Brown, was hired in October of 2001 to work out of the Moncton premises as a Customer Service Representative. A few months later, Mr. Brown was promoted to Vendor Payables Specialist, a position he occupied at the time of his summary dismissal on July 23, 2010 and one which required he process for payment invoices from customers, service providers and product suppliers. Mr. Brown also worked in his own cubicle area with approximately eight to twelve fellow departmental employees. As was the case for Mr. Cormier, Asurion viewed him as a good and dedicated employee. At the time of his dismissal, Mr. Brown's annual salary and benefits amounted to $42,263.00. In his April 19, 2011 affidavit, Mr. Brown expresses the belief he was dismissed for the following reasons:

> I truly believe I was fired because of a need for someone to take over my position that had more accounting experience than I have. I also feel that because my position was hourly rather than a salaried position like the rest of the department and this caused a problem when month end came and there was a holiday. Being hourly, if I worked, I would need to be paid I believe time and a half or double time rather than take a day in lieu like the salaried employees.

[8] However, in both of its Statements of Defence, Asurion asserts there was just cause for dismissal based upon violations of its "policies" and "Code of Conduct principles", which it claimed occurred when the respondents "received and viewed sexually explicit material using [its] computer and/or email systems". According to Asurion's pleadings, those violations "breached the terms [of each respondent's] employment" and, as a consequence, "the underlying relationship of trust was irreparably broken". The record, including the Appellant's Submissions, makes plain the "policies" and "principles" referenced in Asurion's Statements of Defence are those set out in the "Guidelines for Use" found in the "Voicemail, Email and Computer Usage" portion of its Employee Handbook which reads as follows:

> Employees are prohibited from accessing, transmitting, receiving or storing any information that is discriminatory, profane, harassing or defamatory in any way (e.g. sexually-explicit or racially discriminatory material).
>
> […]
>
> If you believe you have observed or have reason to suspect that someone is or has violated the guidelines and standards of this policy, notify your supervisor or a member of management immediately. Any violations of these "Guidelines for Use" or other provisions of this policy may result in disciplinary action, up to and including termination.

[9] Those "Guidelines for Use" form part of the Employee Handbook's extensive treatment of workplace sex-related activities and it may be useful, for contextual purposes and ease of reference, to reproduce all of the pertinent provisions with the more salient parts underlined:

> 1.04 Sexual and Other Unlawful Harassment
>
> <u>Asurion is committed to a work environment in which all individuals are treated with respect and dignity. Each individual has the right to work in a professional atmosphere that</u> promotes equal employment opportunities and <u>prohibits discriminatory practices, including harassment</u>.

It is the policy of Asurion to ensure equal employment opportunity without discrimination or harassment on basis of race, colour, religion, national origin, ancestry, place of origin, age, physical disability, mental disability, marital status, sexual orientation, sex, social condition, political belief or activity or any other protected characteristic as established by law. Asurion prohibits and will not tolerate any such discrimination or harassment.

Definitions of Harassment:

a. Sexual harassment constitutes discrimination and is illegal under federal and provincial laws, and/or at common law. For the purposes of this policy, sexual harassment is defined as unwelcome sexual advances, requests for sexual favours and other verbal or physical conduct of a sexual nature when, for example: (i) submission to such conduct is made either explicitly or implicitly a term or condition of an individual's employment, (ii) submission to or rejection of such conduct by an individual is used as the basis for employment decisions affecting such individual or (iii) such conduct has the purpose or effect of unreasonably interfering with an individual's work performance or creating an intimidating, hostile or offensive working environment.

Sexual harassment may include a range of subtle and not so subtle behaviours and may involve individuals of the same or different gender. Depending on the circumstances, these behaviours may include, but are not limited to: unwanted sexual advances or requests for sexual favours, sexual jokes and innuendo, verbal abuse of a sexual nature, commentary about an individual's body, sexual prowess or sexual deficiencies, leering, catcalls or touching, insulting or obscene comments or gestures, displays or circulation in the workplace of sexually suggestive objects or pictures (including through e-mail) and other physical, verbal or visual conduct of a sexual nature.

Sexual harassment does not have to involve sexual activity or language. Sex-based harassment exists when a hostile work environment is created because of the sex of an individual. A hostile work environment exists if the harassing conduct is sufficiently severe and pervasive.

b. Harassment on the basis of any other protected characteristic is also strictly prohibited. Under this policy, harassment is verbal or physical conduct that denigrates or shows hostility or aversion toward an individual because of his/her race, colour, religion, national origin, ancestry, place of origin, age, physical disability, mental disability, marital status, sexual orientation, sex, social condition, political belief or activity or any other protected characteristic as established by law and that: (i) has the purpose or effect of creating an intimidating, hostile or offensive work environment, (ii) has the purpose or effect of unreasonably interfering with an individual's work performance, or (iii) otherwise adversely affects an individual's employment opportunities.

Harassing conduct includes, but is not limited to: epithets, slurs or negative stereotyping; threatening, intimidating or hostile acts; denigrating jokes and display or circulation in the workplace of written or graphic material (including through email) that denigrates or shows hostility or aversion toward a protected class.

5.09 Voicemail, Email and Computer Usage

Asurion provides various Technology Resources to authorized employees to assist them in performing their job duties for Asurion. Asurion's Technology Resources consist of all electronic devices, software and means of electronic communication including, but not limited to: personal computers and workstations, laptop computers, mini and mainframe computers, personal digital assistants (PDAs), computer hardware such as disk drives and tape drives, peripheral equipment such as printers, modems, fax machines and copiers, computer software applications and associated files and data, including software that grants access to external services, such as the Internet, electronic mail, telephones, cellular phones, personal organizers, pagers and voicemail systems.

This policy sets forth the company's guidelines for the acceptable use of Asurion Technology Resources including voicemail, e-mail and computer systems usage, as well as an advisory concerning the company's access to and disclosure of messages and information stored on these systems, failure to adhere to these guidelines may lead to disciplinary action, up to and including unpaid suspension

and/or termination of employment. Moreover, Asurion reserves the right to advise appropriate legal authorities of any violation of law by an employee.

Permitted Personal Use

Unless otherwise proscribed, the following personal use of Technology Resources is permitted so long as the use does not interfere with the employee's duties, conflict with the business of Asurion or violate any other Asurion policy

- To send and receive limited personal communications
- To prepare and store personal data (such as personal calendars, personal address lists and similar incidental personal data) in a reasonable manner
- To use the telephone system for limited personal calls
- To access the Internet for brief personal searches and inquiries

Asurion assumes no liability for loss, damage, destruction, alteration, disclosure, or misuse of any personal data or communications transmitted over or stored on Asurion Technology Resources.

Prohibited Uses

Employees may not use Asurion Technology Resources in a manner contrary to the best interests of Asurion, in a way that discloses confidential or proprietary information of Asurion or third parties, for any illegal purpose, or for the violation of any Asurion policy as follows:

- Employees are prohibited from unauthorized use of access codes of other employees to gain access to their equipment and communications systems (such as computers, e-mail, voicemail).
- Employees are prohibited from using company property, including electronic communication systems, to promote any personal commercial or business ventures or interests. Employees are also prohibited from using company property for the unauthorized dissemination of copyrighted materials, trade secrets, proprietary financial information or similar materials.

- Employees are prohibited from accessing, creating or sending internet communications, voicemail or e-mail messages that may constitute intimidating, hostile or offensive material on the basis of race, colour, religion, national origin, ancestry, place of origin, age, physical disability, mental disability, marital status, sexual orientation, sex, social condition, political belief or activity or any other protected characteristic as established by law. The company's policy against sexual or other harassment applies fully to the use of the equipment and communications systems.
- Employees are prohibited from the unauthorized review, duplication, dissemination, removal, installation, damage or alteration of files, passwords, computer systems or programs or other property of Asurion, or improper use of information obtained by unauthorized means. Employees are prohibited from copying, retrieving, forwarding or sending copyrighted materials unless the employee has the author's permission or is accessing a single copy only for the employee's reference.
- Employees are prohibited from accessing, transmitting, receiving or storing any information that is discriminatory, profane, harassing or defamatory in any way (e.g. sexually-explicit or racially discriminatory material).
- Employees are prohibited from loading personal software onto technology resources or coping software from Asurion Technology Resources for personal use.
- Employees are prohibited from signing "guest books" at Websites or to posting information on any Websites, including posting messages to internet news groups or discussion groups.
- Employees are prohibited from any illegal, discriminatory, threatening, harassing, abusive or offensive comments.
- Employees are prohibited from anything in conjunction with an employee's outside business endeavours or sales of any product or outside service (home products, items for sale, etc.).
- Employees are prohibited from sending messages or other communications violating a company policy or contrary to supervisory instructions. The company's policy against sexual harassment and

> other workplace harassment applies to use of voicemail, e-mail and computer systems.
>
> If you believe you have observed or have reason to suspect that someone is or has violated the guidelines and standards in this policy, notify your supervisor or a member of management immediately. Any violations of these "Guidelines for Use" or other provisions of this policy may result in disciplinary action, up to and including termination.
>
> [Emphasis added.]

[10] During the course of their employment, the respondents acknowledged in writing: (1) having read and understood Asurion's Internet Acceptable Use Policy; (2) their agreement to abide by and ensure others under their supervision abided by the Policy's terms; and (3) their understanding that they "may face legal or disciplinary action according to law" for a violation of those "rules". Moreover, it was Ms. Baxter's evidence that every time an employee proceeds to log into his or her work computer, acceptance of those terms must be signified by clicking "OK" on the computer screen.

[11] Between May 7 and July 15, 2010, Messrs. Cormier and Brown received more than a dozen emails, all unsolicited, to which were attached images described as "pornographic" in the judgment under appeal. The emails and attachments were sent by a common "friend", a non-employee, apparently for humorous purposes. At any rate, they were received at the respondents' workplace through their respective work computers.

[12] The emails and attachments in question were either promptly deleted or transferred to a personal email address. Moreover, the contents were not shared with anyone at work. It appears, however, that Mr. Cormier knew Mr. Brown was also a recipient of the "pornographic" material.

[13] On one occasion, Mr. Cormier replied to the sender that "he [the sender] had too much time on his hands", but neither he nor Mr. Brown insisted their common "friend" stop sending further "pornographic" emails to their computers at work. Nor did either of them bring the issue up with a superior.

[14] In mid-July 2010, Asurion became aware of the emails through its "Vontu" system, which monitored information sent or received through its networks. As a result, on July 23, 2010, the respondents were convened to separate meetings where, after acknowledging receipt of the emails, they were advised by Asurion officials this state of affairs constituted a breach of its policies and an irreparable breach of trust. Mr. Cormier was also informed his misconduct was viewed as particularly objectionable because, in Asurion's opinion, his supervisory responsibilities required he ensure Mr. Brown ceased receiving "pornographic" emails. Both meetings concluded with dismissal.

[15] On April 25, 2012, following simultaneous trials of the two actions, a judge of the Court of Queen's Bench found there was no "just cause" for summary dismissal, Asurion having failed to establish "deceitful" misconduct. He went on to adopt a fallback basis for rejecting the defence raised in the Statements of Defence: dismissal amounted to a disproportionate sanction for the misconduct at issue. With respect to the argument based upon Mr. Cormier's supervisory position, the trial judge noted Mr. Brown was not an employee under Mr. Cormier's supervision, the receipt of emails had "nothing to do with [Mr. Cormier's] responsibilities" and the evidence did not establish a failure to "fulfill his responsibilities as a supervisor". In the result, Mr. Cormier and Mr. Brown were awarded $36,664.00 and $31,772.25 respectively, as damages in lieu of notice.

[16] In *Barry Brown v. Asurion Canada Inc.* (unreported, April 25, 2012, M/C/0737/10), the trial judge made the following observations regarding the defence pleaded in Asurion's Statement of Defence and Ms. Baxter's evidence in support:

> In *Roe v. Schneider National Carriers Inc.* [2006] Carswell Ont105, Taliano J., where an employe[e] had been terminated without notice or compensation because of complaints from other employees alleging sexual harassment by this employee, discussed about the right for dismissal for cause without notice as follows:
>
> > The employer has the onus of demonstrating that cause exists for an employee's summary dismissal,

> which has been characterized as the "capital punishment" of the employment relationship. Howard Levitt summarizes in the Law of Dismissal in Canada, at 6-1 that "the employer must prove cause on the balance of probabilities, based on a finding of real incompetence or misconduct, rather than simple dissatisfaction with performance or concern as to potential misconduct. "Leavitt cautions: 'Since dismissal without notice is such a severe punishment, it can be justified only by misconduct of the most serious kind.'"

In *McKinley v. BC Tel* (supra) Iacobucci J. set the test for dismissal for just cause as follows:

> In accordance with this test, a trial judge must instruct the jury to determine: (1) whether the evidence established the employee's deceitful conduct on a balance of probabilities; and (2) if so, whether the nature and degree of the dishonestly warranted dismissal. In my view, the second branch of this test does not blend questions of fact and law. Rather, assessing the seriousness of the misconduct requires the facts established at trial to be carefully considered and balanced. As such, it is a factual inquiry for the jury to undertake.

In the case at bar, this Court has to decide if there is evidence to establish the employee's deceitful conduct on a balance of probability and if so, are the nature and degree of the misconduct to such a high degree and more specifically of the most serious kind, that immediate dismissal was the only reasonable punishment.

Asurion who bears the onus to establish the employee's deceitful conduct has failed without a doubt. I will just say that the evidence of the Senior Manager of Asurion is an exaggeration of the fact situation that presented itself.

[...]

My only comment after reviewing the evidence is that the conclusion of Asurion is exaggerated and beyond belief.

In the case at bar, the parties' evidence diverged in many aspects. In assessing the credibility I can identify the

following criteria for the courts to consider when determining credibility:

- the reasonableness of the evidence
- whether there are contradictions in the evidence
- personality, demeanor and corroboration
- self-interest
- powers of observations and recollection
- capacity of expression

In a procedure under Rule 79 usually the Court will not have the benefit of hearing a witness testify viva voce as their evidence is submitted by affidavit. While reading Mrs. Baxter's first affidavit, it was very difficult on a balance of probability to hold its content to be reliable. However, I had the benefit to hear her at the hearing on some issues and it confirms my initial reaction to her comments stated in her affidavit. Mr. Brown also testified.

Mr. Brown's evidence was consistent and his demeanor forthright. He was not defensive. As I mentioned he had not initiated the emails received from a friend. He did not embarrass anyone in his surrounding and could not understand why he was treated the way he was after almost 10 years of loyal service to his employer.

Mrs. Baxter's evidence was from an interested witness and she was ready to sign whatever was required in pursuit of Asurion's interest. She was defensive and did not seem convinced herself of the position taken by her employer. Her evidence on occasion is not reasonable and her powers of observation and recollection seemed less [than] acute such as not being sure if the warning of Asurion appears on a window on the screen in the login process.

In any instance, where the evidence of Mr. Brown and Mrs. Baxter diverged, I prefer that of Mr. Brown.

Even if I was to conclude that Mr. Brown's conduct was deceitful, I am satisfied that it would have been necessary for Asurion to warn Mr. Brown that his behavior was inacceptable and if repeated could lead to his dismissal. I do not believe that there was any breach of trust in any nature and this position of Asurion is unreasonable in the circumstances. There are no findings of fact or supportive evidence filed by Asurion to come to such a conclusion.

> I have come to the conclusion that no cause existed for Mr. Brown's dismissal. Asurion failed to prove cause on the balance of probabilities based on real misconduct. As dismissal is a severe punishment, it can only be justified by misconduct of more serious kind.
>
> It has been acknowledged that viewing pornography would not justify on its own, summary dismissal and even if it was to be, the information as set in Asurion Handbook would not constitute a warning in circumstances such as in the case at bar in any event. Mr. Brown's dismissal was disproportional to his misconduct if it was to be so categorized. There is no argument to be made from Mr. Brown's failure to acknowledge any wrong doing upon being confronted by Mrs. Baxter on July 23, 2010. This is no credible defense to this action.
>
> It is the conclusion of this Court that Mr. Brown's dismissal is without cause and he was entitled to be given reasonable notice of termination.
>
> [Emphasis added.]

[17] In *Gabriel Cormier v. Asurion Canada Inc.* (unreported, April 25, 2012, M/C/0747/10), the trial judge delved further into Asurion's defence and the evidence of Ms. Baxter:

> For the purpose of this decision I will just repeat what I have written in Brown v. Asurion to be the principle of law also applicable to this case.
>
> In *McKinley v. BCTel* [2001] 2 S.C.R. 161 Iacobucci J. made the general observation that "courts have explicitly ruled that the issue of just cause is one of fact to be put to a jury". He then adds "Rather than viewing cause for dismissal as a legal conclusion that must be drawn in any case […] just cause can only be determined through an inquiry by the trier of fact into (a) whether the evidence demonstrated employee misconduct and (b) whether, in the circumstances, such misconduct sufficed to justify the employee's termination without notice".
>
> In *Roe v. Schneider National Carriers Inc.* [2006] Carswell Ont.105, Taliano J., where an employe[e] had been terminated without notice or compensation because of

complaints from other employees alleging sexual harassment by this employee, discussed about the right for dismissal for cause without notice as follows:

> The employer has the onus of demonstrating that cause exists for an employee's summary dismissal, which has been characterized as the "capital punishment" of the employment relationship. Howard Leavitt summarizes in the Law of Dismissal in Canada, at 6-1 that "the employer must prove cause on the balance of probabilities, based on a finding of real incompetence or misconduct, rather than simple dissatisfaction with performance or concern as to potential misconduct. "Leavitt cautions: 'Since dismissal without notice is such a severe punishment, it can be justified only by misconduct of the most serious kind.'"

In *McKinley v. BC Tel* (supra) Iacobucci set the test for dismissal for just cause as follows:

> In accordance with this test, a trial judge must instruct the jury to determine: (1) whether the evidence established the employee's deceitful conduct on a balance of probabilities; and (2) if so, whether the nature and degree of the dishonestly warranted dismissal. In my view, the second branch of this test does not blend questions of fact and law. Rather, assessing the seriousness of the misconduct requires the facts established at trial to be carefully considered and balanced. As such, it is a factual inquiry for the jury to undertake.

On these principles for Asurion to succeed, there must be evidence to establish that Mr. Cormier's conduct was deceitful on a balance of probabilities and if so, that the nature and degree of this misconduct was to such a high degree and of serious kind, that immediate dismissal was the only reasonable punishment.

[…]

The position of Asurion is indefendable and the facts, in this Court's opinion, have been exaggerated beyond belief. […]

None of these emails were circulated to other employees, transmitted to clients and notably solicited by Mr. Cormier. Mrs. Baxter stated in her affidavit that Mr. Cormier was responsible for supervising 15 employees including ensuring compliance with an enforcement of Asurion's policies and procedures. There is no reliable evidence that Mr. Cormier did not fulfill his responsibilities as a supervisor. Receiving unsolicited emails which contained sexual[ly] explicit photographs has nothing to do with his responsibilities.

Employee[s] at Asurion could for their personal use receive voicemail, email during working hours as stated in its Employee Handbook. Upon being informed of the reception of these emails, notice could have been given to Mr. Cormier that this practice was not acceptable and it should cease. That would be what was expected of a reasonable person.

For some reason, Mrs. Baxter decided to review these emails with the Senior Director of Human Resources, Manager of Operations, Director of Operations and the Vice-President of Consumer Care/Operations. Asurion considered that these emails constituted a significant "breach of trust". After meeting with Mr. Cormier he acknowledged receiving them and they were inappropriate and he ought to have stopped receiving them. Mrs. Baxter did not consider that this acknowledgement was sufficient to rectify the breach of trust and loss of confidence that resulted from Mr. Cormier's lack of judgment and breach of Asurion's policies. This is again an exaggeration by Mrs. Baxter.

I have had the benefit of hearing Mrs. Baxter testify on her affidavits. Having considered the reasonableness of her evidence, how her evidence was contradicted by Mr. Cormier's evidence, her demeanor, her lack of objectivity where it came to represent the interest of Asurion, I cannot accept her evidence to be reliable. In any event, when her evidence diverged from the evidence of Mr. Cormier, I prefer the evidence of Mr. Cormier.

I have found no reliable evidence to support that there was cause for dismissal of Mr. Cormier. I cannot find Mr. Cormier's conduct to be deceitful and at best he could have been warned that Asurion did not want its employees to

> received sexual explicit photographs on its computer. To dismiss an employee certainly seems to be disproportionate to the conduct of Mr. Cormier and the reasons given for his dismissal were not supported by the evidence in the circumstances of this case.
>
> In no way could a reasonable person conclude that the behavior of Mr. Cormier amounted to a serious misconduct irreparably breaching trust between an employer and employee.
>
> No cause existed for Mr. Cormier's dismissal. Asurion failed to prove cause on the balance of probability based on real misconduct. To impose such a severe punishment, misconduct of some serious kind must be apparent. To set their argument in the context of Mr. Cormier being a supervisor changes nothing in my conclusions in this case at bar.
>
> [Emphasis added.]

III. Analysis and Decision

[18] Asurion appeals, contending the trial judge committed reversible error:

> (1) in holding [it bore] the onus of establishing "deceitful" conduct on the part of the respondents;
>
> (2) in holding [it] had an obligation to warn [each] respondent that his behavior was unacceptable and if repeated could lead to his termination;
>
> (3) in holding that the receipt by the respondents of [its] employment policies did not constitute a fair warning justifying summary dismissal upon the first occurrence of misconduct;
>
> (4) with respect to Mr. Brown, in holding that [his] failure to acknowledge any wrongdoing upon being confronted […] with allegations of misconduct was an irrelevant factor in the assessment of the […] defence,
>
> (5) with respect to Mr. Cormier, in holding that [his] ongoing receipt […] of emails containing sexually explicit

images at his work email account had no connection to his responsibilities as a supervisor;

(6) in holding that the dismissal of [each] respondent was disproportionate to his misconduct;

(7) in holding that [each] respondent's misconduct was insufficient to cause an irreparable breach of trust between employer and employee;

(8) in his assessment of the credibility and the evidence of Jennifer Baxter, who gave affidavit evidence and viva voce evidence at trial,

a. by failing to circumscribe the ambit of Ms. Baxter's viva voce testimony;

b. by concluding that the whole, or majority, of Ms Baxter's evidence was unreasonable without any or sufficient basis for this finding;

c. by finding that Ms. Baxter's demeanour at trial undermined her credibility without any or sufficient basis for this finding;

d. by qualifying Ms. Baxter lacked objectivity where it came to represent the interest of the appellant;

e. by qualifying Ms. Baxter's evidence, including her unchallenged affidavit evidence, as "exaggeration" and as being "beyond belief"; and

f. by qualifying Ms. Baxter's recollection as "less than acute" without any or sufficient basis for this finding;

(9) by failing to adequately consider the respondents' credibility and by adopting an approach which consisted in rejecting all the evidence that was inconsistent with his reasons and accepting all the evidence that was consistent therewith.

Ground (1)

[19] I readily agree Asurion was not saddled with the burden of proving that any misconduct on the respondents' part was "deceitful". It follows, as suggested in Ground (1), that the trial judge's statement to the contrary reflects an error of law. Although proof of "deceitful" conduct is required where the claimed "just cause" is based upon employee dishonesty, it is not in cases such as the present one, where, as noted, the predicate misconduct is a breach of the employer's internet acceptable use policy. That said, in my respectful judgment, the trial judge's misstatement of the law does not undermine his finding of disproportionality and, as a result, reversal is not mandated by the error highlighted in Ground (1).

Ground (2)

[20] Ground (2) relates to the critical issue of proportionality to which I will turn in short order.

Grounds (3), (4) and (5)

[21] Grounds (3), (4) and (5) raise issues that are not properly before this Court, Asurion having omitted to plead in its Statements of Defence the underlying material facts. Specifically, Asurion did not plead the contents of its Employee Handbook provided "a fair warning justifying summary dismissal upon the first occurrence of misconduct". Nor did it plead Mr. Brown's failure to acknowledge any wrongdoing constituted a building block in the formation of "just cause" for his dismissal. The situation is likewise for the contention that Mr. Cormier failed to fulfill his supervisory responsibilities. As is well known, "the onus is on the employer to justify an employee's summary dismissal [and] <u>the starting point of any analysis is the employer's Statement of Defence</u>" (emphasis added, per Robertson, J.A. in *Henry v. Foxco Ltd.*, 2004 NBCA 22, 269 N.B.R. (2d) 63). See, as well, the thorough discussion on point in *Backman v. Maritime Paper Products Ltd.*, 2009 NBCA 62, 349 N.B.R. (2d) 171:

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)).

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."

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]

> 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".
>
> 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." [paras. 14-18]

That said, and lest there be doubts on point, I am not at all persuaded the trial judge erred in making the findings impugned by Grounds (3), (4) and (5).

Grounds (6) and (7)

[22] Grounds (6) and (7) target the issue of proportionality, which, as mentioned, lies at the heart of the present appeal, and will be fully discussed later in these reasons.

Grounds (8) and (9)

[23] As for grounds (8) and (9), they deal with findings of fact, including the trial judge's finding that the respondents' evidence was credible and reliable. As repeatedly appears from his reasons for judgment, the trial judge concluded Ms. Baxter's evidence was unreliable, at least in relation to matters that were both controversial and capable of tilting the scales against the respondents. The findings contested through grounds (8) and (9) are findings of fact for which the standard of review on appeal is "palpable and overriding error" (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, para. 10). As for the finding that the respondents' evidence was credible, the following observations in *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41 are particularly apposite:

> With respect, I cannot interpret the reasons of the majority of the Court of Appeal other than that it disagreed with the trial judge's credibility assessment of F.H. in light of the inconsistencies in his evidence and the lack of support from the surrounding circumstances. Assessing credibility is clearly in the bailiwick of the trial judge and thus heightened deference must be accorded to the trial judge on matters of credibility. As explained by Bastarache and Abella JJ. in *R. v. Gagnon*, [2006] 1 S.C.R. 621, 2006 SCC 17, at para. 20:
>
>> Assessing credibility is not a science. It is very difficult for a trial judge to articulate with precision the complex intermingling of impressions that emerge after watching and listening to witnesses and attempting to reconcile the various versions of events. That is why this Court decided, most recently in *H.L.*, that in the absence of a palpable and

> overriding error by the trial judge, his or her perceptions should be respected. [para. 72]
>
> [Emphasis added.]

Needless to say, unlike the trial judge, we have not had the benefit of watching and listening to Ms. Baxter and the respondents as they testified.

[24] On the record at our disposal, I see no basis for interference with the findings of fact, including the findings of credibility on the respondents' part, which are referenced in grounds (8) and (9). It was for the trial judge to determine whose evidence was reliable and, in my view, his findings on point are neither unreasonable nor the product of palpable and overriding error. That being so, strictly speaking, nothing further need be said regarding the grounds of appeal that contest the trial judge's assessment of any witness' evidence. Still, it should be pointed out, in fairness to Ms. Baxter, that the trial judge's more disparaging remarks regarding her evidence do not suggest untruthfulness on her part.

[25] In my view, the significant issues arising from a combination of the Statements of Defence, the Notices of Appeal and the debates, both at trial and on appeal, may be summarized as follows: (1) did the receipt and viewing of the "pornographic" emails violate Asurion's internet acceptable use policy?; and (2) if so, was the violation so serious that summary dismissal constituted a proportionate disciplinary response? The first question stands to be answered by a contextual understanding of the wording of the pertinent policy provision, while the second calls for the application of the proportionality principle. As will be seen, I question whether Asurion has established a violation of the policy provision upon which it relies. My doubts on point are driven by what I see as ambiguity in the provision's wording, considered contextually. Ultimately, however, I choose to confirm the judgment under appeal on the grounds that the trial judge's finding of disproportionality to which his decision is moored, admittedly in the alternative, stands untainted by reversible error. That choice commends itself to me because I am not satisfied the interpretative question has been adequately addressed in the parties' submissions, both written and oral.

A. *Did the policy violations pleaded in the Statements of Defence take place?*

[26] At common law, an employer is not answerable in damages for a summary dismissal based upon proven "gross" misconduct (see *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., vol. 16 (London: Butterworths, 1992) at para. 298). The proven misconduct must be of "the most serious kind" (see Ball, *Canadian Employment Law*, vol. 1, looseleaf (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2011) at paras. 11:10). The pivotal question is whether the misconduct undergirding the defence of "just cause" was "sufficiently grave to amount to repudiation by the employee of the contract of employment, either as to the whole of the contract or as to a particular part of it of fundamental importance" (see *Halsbury's Laws of England*, at para. 299). While each case stands to be examined objectively, in both England and Canada the weight of authority favors the view that the sufficiency of the misconduct's gravity is a question of fact (see *Halsbury's Laws of England*, para. 299, and *Backman v. Maritime Paper Products Ltd.*, para. 31). No doubt that is so because the question's resolution turns on an assessment by the trier of fact of the particular circumstances of the case including, but not limited to, the character and consequences of the predicate misconduct, the employer's prior disciplinary responses, if any, the nature of the business, the duties of the employee as well as his or her length of service, past performance and service record.

[27] Nevertheless, the focus of the judicial inquiry remains whether summary dismissal was <u>objectively</u> proportionate to the seriousness of the misconduct, having regard to the totality of the surrounding circumstances. This exercise, while largely fact-driven, necessarily involves the characterization of a standard or benchmark and, not surprisingly, it has been suggested that an appeal impugning the trial judge's application of that standard or benchmark to the facts raises a question of mixed fact and law (see, for example, the contrasting views expressed by our colleagues Turnbull J.A. and Robertson J.A. in *Henry v. Foxco Ltd.*). However, even if one were to accept the question is one of mixed law and fact, it would be, nonetheless, "subject to a standard of palpable and overriding error unless it is clear that the trial judge made some extricable error in principle with respect to the characterization of the standard or its application, in which

case the error may amount to an error of law": *Housen v. Nikolaisen*, at para. 37. I also recognize that the standard of palpable and overriding error is commonly understood and applied as encompassing the "reasonableness" or "rationality" of the contested finding or conclusion (for a judgment in favor of reversal based on the unreasonableness of a "just cause" finding, see Larlee J.A.'s analysis in *Henry v. Foxco Ltd.).* One final preliminary observation: the law on the subject of "just cause" for dismissal, like societal attitudes on a plethora of other subjects, has greatly evolved over the last several decades and trial judges would be well-advised to consider older understandings of misconduct seriousness with great care.

[28] Where the misconduct relied upon to justify summary dismissal is a breach of an employee conduct rule, the following issues come into play:

> - whether the rule in question is reasonable and lawful;
> - whether the rule is consistent with the employee's employment contract;
> - whether the rule is applicable to the employee;
> - whether the rule, including the consequences for a breach thereof, is known by the employee;
> - <u>whether the rule is clear, unambiguous</u> and consistently enforced by the employer; and
> - whether the employee's breach of the rule is sufficiently serious, in the circumstances, having regard to the employee's length of service, the employee's position, the nature of the rule and whether the employee has a reasonable excuse, such that the violation of the rule or policy is not merely an isolated transgression or an error in judgment, but a fundamental breach which evidences a repudiation of the employment contract or an intention to no longer be bound by a fundamental term thereof.
>
> [Emphasis added.]

See Mr. Justice Randall Scott Echlin and Matthew L.L. Certosimo, *Just Cause: The Law of Summary Dismissal in Canada*, (looseleaf) (Toronto: Canada Law Book, 2012), para.

16:310. See, as well, David Harris, *Wrongful Dismissal*, vol. 1, looseleaf (Toronto: Thomson Carswell, 1989) page 3-71.

[29] For our present purposes, I will limit my observations to the question of whether the prohibition at issue is clear and unambiguous. Recall Asurion's contention. It is that, by receiving the unsolicited emails and viewing attachments to those emails, the respondents violated what Asurion claims is its rule against receiving or accessing pornographic material on its computers.

[30] The short answer to that contention is this: there is no such plainly worded prohibition. What the Employee Handbook purports to prohibit is "accessing, transmitting, receiving or storing discriminatory, profane, harassing or defamatory "information **(**e.g. sexually-explicit or racially discriminatory material)" (emphasis added). Having read the quoted text several times, its meaning remains elusive, indeed enigmatic. Accessing, transmitting and storing information involve a positive act. Receiving information does not. Bearing those truisms in mind, is it reasonable to interpret the quoted text as including a prohibition against receipt of an unsolicited email or even unsolicited follow-up emails from the same sender? Moreover, if Asurion's intention was to prohibit accessing or receiving all sexually-explicit material, surely a much more direct, simple and clear formula could have been employed. The prohibition, as formulated, is arguably open to the following understanding: the material must not only be sexually-explicit, it must also be solicited and contain information which qualifies as: (1) discriminatory; (2) profane; (3) harassing; or (4) defamatory. I hasten to point out there is no suggestion in the record that the emails and attachments at issue here contain information of that kind. Interestingly, the Employee Handbook features a clear and unambiguous prohibition against "circulation in the workplace of sexually suggestive […] pictures (including through e-mail)". If the policy provision upon which the defence of "just cause" rests prohibited accessing and receiving all sexually-explicit images, including those that do not contain information which is "discriminatory, profane, harassing or defamatory", one wonders why it was deemed necessary to include an explicit prohibition against circulation in the workplace of sexually suggestive pictures

through email. It seems to me at least plausible that the ambit of the policy provision to which Asurion has tethered its defence of "just cause" was intended to be narrower than what has been argued in these proceedings. Be that as it may, one conclusion is inescapable: the provision is far from plainly worded and its true meaning is open to debate. I will say no more on this topic, and turn to what is, in my assessment, the crux of the case.

B. *Did the trial judge commit reversible error in finding against the employer on the issue of proportionality?*

[31] As is well known, it is up to the employer to establish "just cause" and the trial judge must consider the matter afresh and objectively: to be clear, he or she does not sit on appeal from the employer's decision, needing to be persuaded by the dismissed employee of the existence of some vitiating error. Indeed, the employer bears the burden of establishing dismissal was a proportionate disciplinary response to the misconduct. In *Hall v. Boise Alljoist Ltd.*, 2006 NBCA 111, 306 N.B.R. (2d) 396, the Court quoted, with approval, Robertson J.A.'s observations on point in *Henry v. Foxco*, at para. 109:

> The principle of proportionality calls for an effective balance to be struck between the severity of an employee's misconduct and the sanction imposed. This principle is a reminder of the well-worn cliché: summary dismissal constitutes capital punishment in employment law.

[32] Further helpful insights into this area of the law are provided in Ball, *Canadian Employment Law*, at para 11:190:

> <u>For the breach of an employer's rule to constitute cause for summary dismissal</u>, the employee must be aware of the rule, the rule must be reasonable and <u>the consequences of its breach must be so severe as to fundamentally breach the employment contract</u>. For a rule to be applicable to an employee, it must clearly provide for its application. As with insubordination, not only must the policy be clear, it must be made known to the employee that breach of the policy will engender serious consequences. If the

> employer's rule was breached through an honest mistake on the part of the employee, this will be a very relevant consideration as to whether cause for summary dismissal will be found by the court. The penalty for breach of the rule must be reasonable and objectively proportionate to the seriousness of the employee's misconduct. In determining whether dismissal is the appropriate penalty, the employee's previous good or bad work history is relevant. The employer not consistently enforcing a company rule may have the effect of denying the employer of its ability to summarily dismiss an employee for its breach.
>
> [Emphasis added.]

[33] The trial judge must settle the proportionality issue by applying the contextual approach espoused by the Supreme Court of Canada in *McKinley v. B.C. Tel*, one that has since found favor in cases dealing with acts of misconduct other than dishonesty (see *Henry v. Foxco Ltd.* and *Backman v. Maritime Paper Products Ltd.* at para. 31). Case summaries provided in Ball, *Canadian Employment Law*, at para. 11:190, illustrate the application of that approach to concrete situations and reinforce the view, which the trial judge adopted, that only "gross" or "very serious" misconduct can suffice to justify summary dismissal, even where clear and unambiguous conduct rules have been violated, and that the misconduct at issue here is leagues short of the mark:

> A breach of a company security policy by its superintendent of fire and security, a senior employee, was held not to justify cause for dismissal since the defendant was not significantly prejudiced and the policy was not consistently enforced in the past. A breach of a policy against the drinking of alcohol at work was not serious enough to constitute cause for dismissal when the employee had a good and lengthy employment record. A minor breach of a sexual harassment policy did not constitute cause for dismissal when there was no attempt to advertise or educate members of the staff concerning policies outlined in a policy statement, and the policy document was just one of many documents in a bundle received at the time of hiring. The failure to follow a policy concerning the maintenance of separate accounts, which led to the employer losing interest, did not constitute cause for dismissal for a long-term senior employee who had made important contributions to the employer over the years. The

> employer in this case should have issued a reprimand or invoked some other type of discipline prior to dismissing the employee. Failure to comply with the employer's disclosure policy was not held to constitute cause for dismissal when the employee [was] a long-service employee, with an unblemished record, and who was trying to advance the company's interests.
>
> An emergency medical technician with an ambulance company who breached reasonable and necessary policies was found to be dismissed for cause given that his conduct was prejudicial to the employer's business. High standards had to be followed by ambulance companies; the business required strict adherence to instruction, and mere suspension, demotion, or deprivation of other rights or privileges was inappropriate in the context of the industry. Similarly, jurists understandably regard the deliberate breach of company safety procedures designed to protect the lives of fellow employees more seriously than some other company rules. Breach of a company policy in connection to the operation and security of a warehouse was a flagrant disregard of responsibilities and went far beyond carelessness or mere indifference, and constituted cause for dismissal. A breach of a bank's lending rules may constitute cause for summary dismissal in appropriate cases. Breach of a bank's confidence may, in appropriate circumstances, constitute cause of dismissal. Breach of a department store's policy concerning taking its property out of the store was considered cause for dismissal when there had been earlier breaches of company policy committed by the employee.
>
> A municipality was entitled to dismiss an employee who violated its policy that required municipal employees to live in the municipality. A senior executive who brought prostitutes back to the office after working hours was terminated given, *inter alia*, that he had breached the employer's code of conduct.

[34] The specific subject of breaches of workplace internet acceptable use policies as "just cause" attracts these observations in Ball, *Canadian Employment Law*, at para. 11:195:

> Some employers attempt to take a puritanical approach to improper Internet use and, in particular, the viewing of pornography in the workplace. An absolutist and non-contextual approach on these issues will often mean exposure to the employer. An adjudicator under the *Canada Labour Code* has held that looking at pornography on the Internet during work hours did not justify, in itself, summary dismissal without progressive discipline. The fact that the viewing of pornography violated an employer's rule did not displace the requirement of progressive discipline prior to summary dismissal. It is most likely, in normal circumstances, a similar holding should result in a common law wrongful dismissal action. However, when the pornography involves something which is criminally forbidden, it may very well be that progressive discipline would not be required by the court.

[35] The present case may be usefully contrasted to *Backman v. Maritime Paper Products Ltd.*, where the dismissed employee persisted in searching the internet for and in accessing pornographic sites from his employer's computer, an activity he carried out knowing full well it violated a clear employment policy on point and despite exhortations by his superiors that he cease and desist. The strength of the trial judge's finding of "just cause" in *Backman* percolates from the factual overview provided by Richard, J.A., who delivered this Court's reasons for judgment:

> 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.
>
> 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."
>
> 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 <u>will</u> result in immediate termination of your employment with Maritime Paper Products."
>
> 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.
>
> 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. [paras. 3-7]

[36] The case at hand deals with the summary dismissal of longstanding employees with unblemished records of dedicated service. They were call center employees, not morality instructors. The emails relied upon to substantiate "just cause" were unsolicited. While neither respondent took steps to deter their common "friend" from transmitting "pornographic" emails to their work stations, none of the emails received were shared with fellow employees so that the issue of workplace harassment,

evidently and rightly a major Asurion concern, is not in play. As best can be determined from the admittedly limited material at our disposal, nothing in the nature of Asurion's business warranted a "puritanical" or "absolutist" approach to discipline for an employee's receipt and in solo viewing of sexually-explicit material in the relative privacy provided by his or her cubicle. Finally, Asurion does not contend the images attached to the emails at issue fall outside the category of "perfectly legal adult pornography" to which Fish J. referred in the majority reasons for decision in *R. v. Morelli* 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at para. 51. More broadly, it is not suggested the respondents' conduct violated any provision of the *Criminal Code of Canada*.

[37] Applying the contextual approach to proportionality adopted by the Supreme Court of Canada in *McKinley v. B.C. Tel*, the trial judge found the respondents' "misconduct", assessed objectively, did not reach the level of seriousness required to constitute just cause for summary dismissal. In my respectful view, Asurion has failed to show that finding results from a palpable and overriding error in the assessment of the evidence, or is otherwise unreasonable. Having come to that conclusion, I considered it my duty to join my colleagues in dismissing the appeal from the Bench shortly after hearing counsel's submissions on behalf of Asurion. I close the discussion with brief observations on the issue of costs on appeal.

C. *Why an order of costs on appeal providing substantial indemnity?*

[38] Counsel for the respondents advised the panel their total legal fees for appeal-related services would approximate $10,000. Issue is not taken with the reasonableness of that estimate. After all, the appeals were prosecuted separately until the outset of the hearing in this Court, and the appellant raised numerous grounds of appeal, all of which required thoughtful, time-consuming responses by counsel for the respondents.

[39] Nevertheless, while the appeals fail, they were ably argued and far from frivolous. Indeed, the appellant raised several significant issues, highlighting, in the

process, at least one error by the trial judge (his statement that the appellant bore the burden of proving "deceitful' conduct on the respondents' part). More generally and pertinently, the appellant has not engaged in "reprehensible, scandalous or outrageous conduct" in the prosecution of its case in this Court. That state of affairs ruled out a principled award of costs on a solicitor-client basis (see *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, [1993] S.C.J. No. 112 (QL), at p. 134, per McLachlin J., as she then was, and *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303).

[40] However, in their written submissions, the respondents claimed – rightly, in my opinion – that, without an order of costs providing substantial indemnity, a significant portion of the judgment they obtained at trial would be lost, leaving them with little more than a pyrrhic victory. Hence, my concurrence with separate awards of $4,500 for costs on appeal.

IV. Conclusion

[41] It is for those reasons that I joined my colleagues in dismissing the consolidated appeal, with costs in this Court of $4,500 payable to each respondent.

Version française de la décision de la Cour rendue par

DRAPEAU, J.C.N.-B.

I. Introduction

[1] L'action en dommages-intérêts sous-jacente a été engagée en réponse au congédiement sommaire des intimés par suite de ce que l'appelante a qualifié, à ce moment-là et pendant toute la durée du litige, de violations de sa politique sur l'utilisation acceptable d'Internet au travail. Les instances distinctes ont été entendues en même temps devant la Cour du Banc de la Reine et, conformément à la procédure simplifiée prescrite par la règle 79 des *Règles de procédure*, les deux intimés ainsi que Mme Jennifer Baxter, la gestionnaire principale des ressources humaines de l'appelante dans la région, ont déposé une preuve par affidavit. Ils ont aussi rendu un témoignage oral.

[2] Dans des décisions connexes, le juge du procès a débouté l'appelante dans les deux actions. Il était d'avis, avis qui était sans conteste erroné, que l'arrêt *McKinley c. BC Tel*, 2001 CSC 38, [2001] 2 R.C.S. 161 exigeait l'existence d'une inconduite « dolosive » pour que les congédiements soient légalement justifiés. Après avoir tiré des conclusions de fiabilité et de crédibilité favorables aux intimés, le juge a conclu que l'appelante n'avait pas établi l'existence d'une inconduite de cette nature et, par conséquent, sa défense fondée sur la présence d'un « motif valable » ne pouvait être accueillie. Heureusement pour les intimés, le juge a également conclu que quoi qu'il en soit, le congédiement constituait une sanction dont la sévérité était disproportionnée par rapport à l'inconduite en question, savoir la réception et le visionnement, sur des ordinateurs fournis par la compagnie, d'images jointes à des courriels, images que le juge du procès a qualifiées de [TRADUCTION] « pornographiques ».

[3] Des appels distincts ont été déposés et poursuivis, chacun contestant ces décisions ainsi que plusieurs autres énoncés et conclusions du juge du procès. Après avoir

fusionné les deux appels et avoir entendu les vastes observations de l'avocat de l'appelante, la Cour a rejeté sa contestation sans demander aux intimés de présenter une plaidoirie contraire. Incidemment, chaque intimé a obtenu des dépens afférents à l'appel de 4 500 $, quantum qui visait à leur apporter une indemnisation substantielle relativement aux honoraires d'avocats qu'ils avaient engagés.

[4] Le texte qui suit expose en détail les motifs qui sous-tendent les deux aspects de la décision que la Cour a rendue séance tenante.

II. Le contexte

[5] On pourrait être tenté de tenir pour acquis, étant donné son nom, que l'appelante, Asurion Canada Inc., est une société canadienne. Pourtant, les faits avoués dans les plaidoiries établissent que son siège social est à San Matteo, en Californie, É-U. Quoi qu'il en soit, on s'entend pour reconnaître qu'Asurion est le plus grand fournisseur mondial de services [TRADUCTION] « rehaussés » pour l'industrie des communications sans fil. Dans son affidavit du 20 juin 2011, Mme Baxter dit que la compagnie fournit des services de [TRADUCTION] « production de technologie » à des clients du monde entier. Elle ajoute que ces services comprennent le remplacement de matériel le lendemain ainsi que la protection du contenu et des logiciels de l'utilisateur. Au moment des congédiements, le 23 juillet 2010, Asurion exploitait quinze centres d'appels en Asie, en Europe et en Amérique du Nord, y compris un centre à Moncton, au Nouveau-Brunswick, où, à toute heure du jour ou de la nuit, jusqu'à deux cent cinquante employés, travaillant à des postes de travail séparés situés dans une unique grande pièce, étaient en communication avec des clients existants ou potentiels.

[6] L'intimé Gabriel Cormier a été engagé en juin 2002 pour travailler comme superviseur de centre d'appels dans les locaux d'Asurion à Moncton, poste qu'il occupait lorsqu'il a été congédié sommairement, huit ans plus tard, le 23 juillet 2010. À ce moment-là, son salaire annuel et ses avantages sociaux s'établissaient à 55 000 $. Dans l'affidavit qu'il a fait le 19 avril 2011, M. Cormier explique que ses attributions

consistaient notamment à diriger et à gérer [TRADUCTION] « une équipe de douze à vingt-cinq préposés au service à la clientèle en plus de participer à la mise en œuvre de nouveaux procédés et de veiller au perfectionnement du personnel, tout en gérant son rendement ». Il souligne qu'il a obtenu plusieurs augmentations de salaire pendant la durée de son emploi ainsi que des évaluations de son rendement qui indiquaient qu'il atteignait ou même dépassait les buts et objectifs de la compagnie. Dans son affidavit, M. Cormier mentionne également que pendant la réunion du 23 juillet 2010 à l'issue de laquelle il a été congédié, des cadres supérieurs de la compagnie ont reconnu sa grande intégrité et ont confirmé qu'il était [TRADUCTION] « un vrai leader ». Il fait ensuite valoir qu'on ne l'a jamais prévenu que la réception de courriels [TRADUCTION] « pornographiques » au travail entraînerait son congédiement et propose l'explication subjective suivante à la résiliation de son contrat de travail :

> [TRADUCTION]
> Je crois sincèrement que j'ai été congédié en raison de mon salaire. April Belding m'a informé, et je crois sincèrement, qu'elle m'a remplacé dans mon poste. April Belding avait été mise à pied le mois précédent, en même temps qu'un groupe de neuf employés composé de cinq superviseurs et quatre analystes de l'effectif, en raison d'une restructuration au sein de la compagnie défenderesse. Après la cessation de mon emploi, Mme Belding a été réembauchée comme superviseure des opérations à un salaire d'environ 37 000 $, soit une économie d'environ 18 000 $ par année. Mon taux de rémunération avait été un sujet de discussion au cours des dernières années lors de mes évaluations et on disait que je commençais à coûter cher. De plus, en 2012, la défenderesse a imposé des plafonds salariaux aux employés de premier échelon et Tammy Legacy m'a informé, et je crois sincèrement, que des plafonds salariaux seraient également imposés aux superviseurs.

[7] L'intimé Barry Brown a été engagé en octobre 2001 pour travailler dans les locaux de Moncton comme préposé au service à la clientèle. Quelques mois plus tard, M. Brown a été promu au poste de spécialiste des comptes fournisseurs, poste qu'il occupait au moment de son congédiement sommaire, le 23 juillet 2010 et dans le cadre duquel il devait traiter en vue de leur paiement les factures provenant des clients, des

fournisseurs de services et des fournisseurs de produits. M. Brown travaillait lui aussi à son propre poste de travail en compagnie de huit à douze autres employés du même service. Comme dans le cas de M. Cormier, Asurion le considérait comme un employé compétent et consciencieux. Au moment de son congédiement, le salaire annuel et les avantages sociaux de M. Brown s'établissaient à 42 263 $. Dans son affidavit du 19 avril 2011, M. Brown dit croire qu'il a été congédié pour les raisons suivantes :

> [TRADUCTION]
> Je crois sincèrement que j'ai été congédié parce qu'il fallait qu'une personne ayant plus d'expérience en comptabilité que je n'en ai reprenne mon poste. J'ai également le sentiment que parce que j'étais rémunéré à l'heure au lieu d'être salarié comme le reste des employés de mon service, cela causait un problème lorsque la fin du mois arrivait et qu'il y avait un jour férié. Puisque j'étais rémunéré à l'heure, il fallait, si je travaillais, qu'on me rémunère à taux et demi ou à taux double, je crois, plutôt que de m'accorder un jour de congé compensatoire comme aux employés salariés.

[8] Dans ses deux exposés de la défense, toutefois, Asurion fait valoir qu'il existait un motif valable de congédiement étant donné qu'il y avait eu violations de ses [TRADUCTION] « politiques » et des [TRADUCTION] « principes énoncés dans son code de déontologie », lesquelles, a-t-elle prétendu, ont été commises lorsque les intimés ont [TRADUCTION] « reçu et regardé des documents explicites du point de vue sexuel en se servant d'un [de ses] ordinateurs ou de [son] système de courriel ». Selon les plaidoiries d'Asurion, ces violations [TRADUCTION] « ont constitué un manquement aux conditions d'emploi [de chaque intimé] » en conséquence de quoi, [TRADUCTION] « le lien de confiance sous-jacent a irrémédiablement été rompu ». Il est clair, à la lecture du dossier, y compris des mémoires de l'appelante, que les [TRADUCTION] « politiques » et [TRADUCTION] « principes » mentionnés dans les exposés de la défense d'Asurion sont ceux qui sont énoncés sous la rubrique [TRADUCTION] « Lignes directrices régissant l'utilisation » que l'on trouve dans la partie du guide de l'employé intitulée [TRADUCTION] « Utilisation de la messagerie vocale, du courrier électronique et des ordinateurs », qui est ainsi rédigée :

> [TRADUCTION]
> Il est interdit aux employés de consulter, de transmettre, de recevoir ou de stocker tout renseignement qui est discriminatoire, blasphématoire, importun ou diffamatoire de quelque façon que ce soit (par exemple, un document sexuellement explicite ou discriminatoire sur le plan racial).
>
> […]
>
> Si vous croyez avoir vu quelqu'un violer les lignes directrices et normes énoncées dans la présente politique ou si vous avez un motif de soupçonner quelqu'un de les violer ou de les avoir violées, avisez-en immédiatement votre supérieur ou un membre de la direction. Toute violation des présentes « Lignes directrices régissant l'utilisation » ou d'autres dispositions de la présente politique peut donner lieu à des mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement.

[9] Ces [TRADUCTION] « Lignes directrices régissant l'utilisation » font partie du chapitre du guide de l'employé où il est longuement question des activités d'ordre sexuel en milieu de travail et il peut être utile, à des fins contextuelles et par souci de commodité, d'en reproduire les dispositions pertinentes, les parties saillantes étant soulignées :

> [TRADUCTION]
> 1.04 Harcèlement sexuel et autre harcèlement illicite
>
> <u>Asurion est déterminée à maintenir un milieu de travail dans lequel tous et chacun sont traités avec respect et dignité. Chaque personne a le droit de travailler dans un climat professionnel qui</u> favorise l'égalité d'accès à l'emploi et où sont <u>interdits les actes discriminatoires, y compris le harcèlement.</u>
>
> <u>Asurion a comme politique de garantir l'égalité d'accès à l'emploi sans discrimination ou harcèlement</u> fondé sur la race, la couleur, la croyance, l'origine nationale, l'ascendance, le lieu d'origine, l'âge, l'incapacité physique, l'incapacité mentale, l'état matrimonial, l'orientation sexuelle, le sexe, la condition sociale, des convictions ou activités politiques ou toute autre caractéristique protégée par une règle de droit. <u>Asurion interdit toute discrimination</u>

et tout harcèlement de cette nature et ceux-ci ne seront pas tolérés.

Définitions du harcèlement :

a. Le harcèlement sexuel est une forme de discrimination et il est illégal tant en vertu des lois fédérales et provinciales qu'en vertu de la common law. Pour les fins de la présente politique, le harcèlement sexuel s'entend d'avances sexuelles importunes, de la sollicitation de faveurs sexuelles et de toute autre conduite verbale ou physique de nature sexuelle lorsque, par exemple : (i) le fait de s'y soumettre devient une condition de travail expresse ou implicite d'une personne; (ii) le fait qu'une personne s'y soumette ou s'y oppose est utilisé comme fondement de décisions en matière d'emploi la concernant ou; (iii) cette conduite vise à porter atteinte de façon déraisonnable au rendement au travail d'une personne, a cet effet ou crée un milieu de travail menaçant, hostile ou offensant.

Le harcèlement sexuel peut notamment consister en différents comportements plus ou moins subtils et peut concerner des personnes de même sexe ou de sexes différents. Selon les circonstances, les comportements en question peuvent notamment consister, sans exclure d'autres comportements : en des avances sexuelles importunes ou la sollicitation de faveurs sexuelles, des plaisanteries ou insinuations d'ordre sexuel, de la violence verbale de nature sexuelle, des commentaires à propos du corps d'une personne, de prouesses sexuelles ou d'anomalies sexuelles, des regards lubriques, des sifflets ou des attouchements, des commentaires ou des gestes insultants ou obscènes ou dans le fait de faire circuler au travail des objets suggestifs ou des images suggestives (notamment par courriel), et en tout autre comportement physique, verbal ou visuel de nature sexuelle.

Le harcèlement sexuel ne suppose pas nécessairement une activité ou des propos d'ordre sexuel. Il y a harcèlement fondé sur le sexe lorsqu'un milieu de travail hostile est créé en raison du sexe auquel appartient une personne. Un milieu de travail hostile existe si la conduite importune est suffisamment grave et omniprésente.

b. Le harcèlement fondé sur toute autre caractéristique protégée est aussi formellement interdit. Au sens de la présente politique, le harcèlement consiste en une conduite verbale ou physique qui dénigre une personne ou traduit de l'hostilité ou de l'aversion envers elle en raison de sa race, de sa couleur, de sa croyance, de son origine nationale, de son ascendance, de son lieu d'origine, de son âge, de son incapacité physique, de son incapacité mentale, de son état matrimonial, de son orientation sexuelle, de son sexe, de sa condition sociale, de ses convictions ou activités politiques ou de toute autre caractéristique protégée par une règle de droit et qui : (i) vise à créer un milieu de travail menaçant, hostile ou offensant ou a cet effet; (ii) vise à porter atteinte de façon déraisonnable au rendement au travail d'une personne ou a cet effet; (iii) compromet par ailleurs les perspectives d'emploi d'une personne.

La conduite importune comprend notamment : les épithètes, les insultes ou l'emploi de stéréotypes négatifs; les actes menaçants, intimidants ou hostiles; les plaisanteries qui dénigrent une personne et le fait d'afficher ou de faire circuler au travail (notamment par courriel) des documents écrits ou graphiques qui dénigrent une catégorie de personnes protégées ou traduisent de l'hostilité ou de l'aversion envers une catégorie de personnes protégées.

5.09 Utilisation de la messagerie vocale, de la messagerie électronique et des ordinateurs

Asurion fournit diverses ressources technologiques à certains employés autorisés afin de les aider à s'acquitter de leurs fonctions pour le compte d'Asurion. Les ressources technologiques d'Asurion sont composées de l'ensemble des appareils et dispositifs électroniques, des logiciels et des moyens de communication électronique y compris, notamment : les ordinateurs et postes de travail personnels, les ordinateurs portatifs, les mini-ordinateurs et ordinateurs centraux, les assistants numériques personnels (PDA ou ANP), le matériel informatique comme les lecteurs de disque et les dérouleurs de bande, le matériel périphérique comme les imprimantes, les modems, les télécopieurs et les copieurs, les applications logicielles ainsi que les dossiers et données connexes, y compris les logiciels qui donnent accès à des services externes comme Internet, le courrier électronique, les téléphones, les téléphones cellulaires, les

organisateurs personnels, les téléavertisseurs et les systèmes de messagerie vocale.

La présente politique énonce les lignes directrices qu'a adoptées la compagnie pour assurer l'utilisation acceptable des ressources technologiques d'Asurion, y compris l'utilisation de la messagerie vocale, du courrier électronique et des systèmes informatiques, ainsi qu'une mise en garde concernant l'accès de la compagnie aux messages et renseignements stockés sur ces systèmes et leur divulgation; la non-observation de ces lignes directrices peut donner lieu à des mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'à la suspension non rémunérée ou la cessation d'emploi. De plus, Asurion se réserve le droit d'informer les autorités compétentes de toute violation de la loi par un employé.

L'utilisation permise à des fins personnelles

Sauf prescription contraire, les utilisations suivantes des ressources technologiques sont permises à des fins personnelles à la condition que cette utilisation ne nuise pas à l'exercice des fonctions de l'employé, ne soit pas incompatible avec les activités d'Asurion et ne viole pas une autre des politiques d'Asurion.

- L'envoi et la réception d'un nombre limité de communications personnelles.
- La préparation et le stockage de données personnelles (comme des calendriers personnels, des listes d'adresses personnelles et d'autres données accessoires semblables) d'une manière raisonnable.
- L'utilisation du réseau téléphonique pour un nombre limité d'appels personnels.
- L'accès à Internet pour de courtes recherches et demandes de renseignements personnelles.

Asurion décline toute responsabilité en cas de perte, d'endommagement, de destruction, de modification, de divulgation ou d'utilisation à mauvais escient des données ou communications personnelles transmises ou stockées au moyen des ressources technologiques d'Asurion.

Les utilisations interdites

Il est interdit aux employés d'utiliser les ressources technologiques d'Asurion d'une manière qui est contraire à l'intérêt supérieur d'Asurion, d'une manière qui permet la divulgation des renseignements confidentiels ou exclusifs appartenant à Asurion ou à des tiers, pour une fin illégale, ou en vue de la violation d'une politique quelconque d'Asurion. Plus précisément, les activités décrites ci-après sont interdites :

- Il est interdit aux employés d'utiliser, sans y être autorisés, les codes d'accès d'autres employés afin d'avoir accès à leur équipement et leurs systèmes de communication (notamment les ordinateurs, la messagerie électronique ou la messagerie vocale).
- Il est interdit aux employés d'utiliser les biens de la compagnie, y compris les systèmes de communication électronique, aux fins de servir des entreprises ou des intérêts commerciaux personnels. Il est également interdit aux employés d'utiliser les biens de la compagnie aux fins de la diffusion non autorisée d'objets protégés par un droit d'auteur, de secrets commerciaux, de renseignements financiers exclusifs ou d'objets ou de documents semblables.
- Il est interdit aux employés de consulter, de créer ou d'envoyer des communications Internet ainsi que des messages par courrier vocal ou courrier électronique susceptibles de constituer des documents menaçants, hostiles ou offensants pour des motifs fondés sur la race, la couleur, la croyance, l'origine nationale, l'ascendance, le lieu d'origine, l'âge, l'incapacité physique, l'incapacité mentale, l'état matrimonial, l'orientation sexuelle, le sexe, la condition sociale, des convictions ou activités politiques ou toute autre caractéristique protégée par une règle de droit. La politique de la compagnie qui interdit le harcèlement sexuel ou tout autre harcèlement s'applique dans toute sa rigueur à l'utilisation du matériel et des systèmes de communication.
- Il est interdit aux employés d'examiner, de reproduire, de diffuser, d'enlever, d'installer, d'endommager ou de modifier, sans y être autorisés, des dossiers, mots de passe, systèmes ou programmes informatiques ou d'autres biens appartenant à Asurion ou de faire un usage illégitime de renseignements obtenus par des

moyens non autorisés. Il est interdit aux employés de copier, d'extraire, de transmettre ou d'envoyer des objets ou documents protégés par un droit d'auteur à moins que l'employé n'ait la permission de l'auteur ou n'accède à un unique exemplaire à titre d'information.

- Il est interdit aux employés de consulter, de transmettre, de recevoir ou de stocker tout renseignement qui est discriminatoire, blasphématoire, importun ou diffamatoire de quelque façon que ce soit (par exemple, un document sexuellement explicite ou discriminatoire sur le plan racial).
- Il est interdit aux employés de transférer des logiciels personnels vers les ressources technologiques d'Asurion ou de copier des logiciels à partir des ressources technologiques d'Asurion pour leur usage personnel.
- Il est interdit aux employés de signer des « livres des visiteurs » sur des sites Web ou d'afficher des renseignements sur des sites Web et notamment d'afficher des messages destinés à des groupes de nouvelles ou des forums de discussion en ligne.
- Il est interdit aux employés de formuler des commentaires illégaux, discriminatoires, menaçants, importuns, injurieux ou offensants.
- Il est interdit aux employés de faire quoi que ce soit qui ait un rapport avec les entreprises à caractère commercial ou la vente d'un produit ou d'un service auxquelles se consacre un employé à l'extérieur (produits fabriqués à la maison, articles à vendre, etc.).
- Il est interdit aux employés d'envoyer des messages ou d'autres communications qui violent une politique de la compagnie ou sont contraires à des directives d'encadrement. La politique de la compagnie qui interdit le harcèlement sexuel et toute autre forme de harcèlement au travail s'applique à l'utilisation de la messagerie vocale, du courrier électronique et des systèmes informatiques.

Si vous croyez avoir vu quelqu'un violer les lignes directrices et normes énoncées dans la présente politique ou si vous avez un motif de soupçonner quelqu'un de les violer ou de les avoir violées, avisez-en immédiatement votre supérieur ou un membre de la direction. Toute

> violation des présentes « Lignes directrices régissant l'utilisation » ou d'autres dispositions de la présente politique peut donner lieu à des mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement.
>
> [C'est moi qui souligne.]

[10] Pendant la durée de leur emploi, les intimés ont reconnu par écrit : (1) avoir lu et compris la politique d'Asurion sur l'utilisation acceptable d'Internet; (2) leur engagement à respecter les clauses de cette politique et à s'assurer que les personnes sous leur supervision les respectent; et (3) qu'ils étaient conscient du fait qu'ils [TRADUCTION] « pouvaient faire l'objet d'une poursuite en justice ou de mesures disciplinaires conformément à la loi » en cas de violation de ces [TRADUCTION] « règles ». De plus, Mme Baxter a témoigné que chaque fois qu'un employé ouvre une session dans son ordinateur au travail, il doit signifier qu'il accepte ces conditions en cliquant sur la case « OK » sur l'écran de l'ordinateur.

[11] Entre le 7 mai et le 15 juillet 2010, MM. Cormier et Brown ont reçu plus d'une douzaine de courriels, tous non sollicités, auxquels étaient jointes des images décrites comme étant [TRADUCTION] « pornographiques » dans le jugement qui fait l'objet du présent appel. Ces courriels et les pièces qui y étaient jointes avaient été envoyées par un [TRADUCTION] « ami » commun, qui n'était pas un employé d'Asurion, à des fins humoristiques, semble-t-il. Quoi qu'il en soit, ils ont été reçus sur le lieu de travail des employés par l'intermédiaire des ordinateurs qu'ils utilisaient au travail.

[12] Les courriels et pièces jointes en question ont été soit rapidement effacés soit transférés à une adresse de courriel personnelle. De plus, leur contenu n'a pas été partagé avec qui que ce soit au travail. Il semble, toutefois, que M. Cormier savait que M. Brown recevait lui aussi ces documents [TRADUCTION] « pornographiques ».

[13] Une fois, M. Cormier a répondu à l'expéditeur [TRADUCTION] qu'« il [l'expéditeur] avait trop de temps libre », mais ni lui ni M. Brown n'ont insisté pour que

leur [TRADUCTION] « ami » commun cesse d'envoyer des courriels [TRADUCTION] « pornographiques » à leurs ordinateurs au travail. Ni l'un ni l'autre n'ont, non plus, évoqué la question auprès d'un supérieur.

[14] À la mi-juillet 2010, Asurion a appris l'existence de ces courriels grâce à son système « Vontu », qui contrôlait les renseignements envoyés ou reçus par l'intermédiaire de ses réseaux. Il s'en est suivi que, le 23 juillet 2010, les intimés ont été convoqués à des rencontres distinctes où, après qu'ils eurent reconnu avoir reçu les courriels en question, des représentants d'Asurion les ont informés que cette situation constituait une violation des politiques de la compagnie ainsi qu'un abus de confiance irrémédiable. M. Cormier a également été avisé que sa conduite était considérée comme particulièrement répréhensible parce que, de l'avis d'Asurion, étant donné ses fonctions de supervision, il lui incombait de faire en sorte que M. Brown cesse de recevoir des courriels [TRADUCTION] « pornographiques ». Les deux réunions se sont soldées par un congédiement.

[15] Le 25 avril 2012, à la suite de l'instruction simultanée des deux actions, un juge de la Cour du Banc de la Reine a conclu qu'aucun [TRADUCTION] « motif valable » ne justifiait un congédiement sommaire, étant donné qu'Asurion n'avait pas établi l'existence d'une inconduite [TRADUCTION] « dolosive ». Il a ensuite énoncé un motif subsidiaire de rejeter le moyen de défense invoqué dans l'exposé de la défense : le congédiement constituait une sanction disproportionnée par rapport à l'inconduite en cause. En ce qui concerne l'argument fondé sur le fait que M. Cormier occupait un poste de supervision, le juge du procès a souligné que M. Brown n'était pas un employé sous la supervision de M. Cormier, que la réception des courriels n'avait [TRADUCTION] « rien à voir avec [l]es responsabilités [de M. Cormier] » et que la preuve n'avait pas établi qu'il ne s'était pas [TRADUCTION] « acquitté des responsabilités qui lui incombaient à titre de superviseur ». Il s'en est suivi que M. Cormier et M. Brown ont obtenu 36 664 $ et 31 772,25 $, respectivement, à titre de dommages-intérêts tenant lieu de préavis.

[16] Dans la décision *Barry Brown c. Asurion Canada Inc.* (inédite, le 25 avril 2012, n° M/C/0737/10), le juge du procès a fait les observations suivantes concernant les moyens de défense invoqués dans l'exposé de la défense d'Asurion et le témoignage que Mme Baxter avait rendu à l'appui :

> [TRADUCTION]
> Dans l'affaire *Roe c. Schneider National Carriers Inc.*, 2006 CarswellOnt 105, [2006] O.J. No. 94, où une [employée] avait été congédiée sans préavis ni indemnité en raison de plaintes formulées par d'autres employés selon lesquelles il y avait eu harcèlement sexuel de la part de l'employée en question, le juge Taliano a dit ce qui suit à propos du droit de procéder à un congédiement justifié, ou congédiement pour un motif valable, sans préavis :
>
> > [TRADUCTION]
> > Il incombe à l'employeur d'établir qu'il existe un motif valable justifiant le congédiement sommaire d'un employé, mesure qui a été qualifiée de « peine capitale » de la relation de travail. Dans son ouvrage intitulé *Law of Dismissal in Canada*, au par. 601, Howard Levitt résume ainsi ce principe : [TRADUCTION] « L'employeur doit établir par prépondérance de la preuve l'existence d'un motif valable, fondé sur une conclusion d'incompétence ou d'inconduite réelle, et non une simple insatisfaction quant au rendement de l'employé ou une simple préoccupation concernant une éventuelle inconduite ». Levitt fait la mise en garde suivante : [TRADUCTION] « Puisque le congédiement sans préavis est une sanction aussi sévère, il ne peut être justifié que par une inconduite des plus graves ».
>
> Dans l'arrêt *McKinley c. BC Tel*, précité, le juge Iacobucci énonce ainsi le critère qui régit le congédiement pour un motif valable ou congédiement justifié :
>
> > Selon ce critère, le juge de première instance doit demander au jury de déterminer (1) si la preuve démontre, selon la prépondérance des probabilités, que l'employé a adopté un comportement dolosif et (2), dans l'affirmative, si la nature et la gravité de la malhonnêteté justifiaient un congédiement. À mon sens, le second volet de ce critère ne mélange pas

> des questions de fait et de droit. L'évaluation de la gravité de l'inconduite exige plutôt que les faits démontrés au procès soient soigneusement examinés et soupesés. Il s'agit donc pour le jury d'entreprendre un examen factuel.

En l'espèce, la Cour doit décider s'il existe des éléments de preuve qui démontrent, selon la prépondérance des probabilités, que l'employé a adopté un comportement dolosif et dans l'affirmative, si la nature et la gravité de l'inconduite étaient si importantes, l'inconduite étant plus précisément des plus graves, que le congédiement immédiat était la seule sanction raisonnable.

Asurion, à qui il incombe d'établir la conduite dolosive de l'employé, a sans aucun doute échoué. Je dirai seulement que le témoignage de la gestionnaire supérieure d'Asurion constitue une exagération de la situation factuelle qui existait.

[...]

Le seul commentaire que m'inspire l'examen de la preuve est que la conclusion d'Asurion est exagérée et incroyable.

En l'espèce, la preuve des parties était divergente à bien des égards. Aux fins d'évaluer la crédibilité, je peux mentionner les critères suivants dont les tribunaux doivent tenir compte lorsqu'ils se prononcent sur la crédibilité :

- le caractère raisonnable du témoignage
- les contradictions qui se font jour dans le témoignage
- la personnalité et l'attitude du témoin et la présence de corroboration
- le fait que le témoin serve ses propres intérêts
- la faculté d'observation et le souvenir
- la capacité d'expression

Dans une instance régie par la règle 79, la Cour n'a habituellement pas l'avantage d'entendre le témoin rendre témoignage de vive voix puisque les témoignages sont rendus par affidavit. En lisant le premier affidavit de Mme Baxter, il était très difficile de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que la teneur de cet affidavit est fiable. Toutefois, j'ai eu l'avantage d'entendre

Mme Baxter, à l'audience, sur certaines questions et cela confirme ma réaction initiale aux commentaires qu'elle a faits dans son affidavit. M. Brown a lui aussi témoigné.

Le témoignage de M. Brown a été conséquent et son attitude franche. Il n'était pas sur la défensive. Comme je l'ai dit, ce n'est pas lui qui avait sollicité les courriels reçus d'un ami. Il n'a embarrassé personne dans son entourage et il ne comprenait pas pourquoi on le traitait ainsi après presque dix années de loyaux services auprès de son employeur.

Le témoignage de Mme Baxter était celui d'une témoin intéressée et elle était prête à signer tout ce qui aurait été nécessaire pour défendre l'intérêt d'Asurion. Elle était sur la défensive et ne semblait pas être elle-même convaincue de la position adoptée par son employeur. À certains moments, son témoignage n'était pas raisonnable et sa faculté d'observation et son souvenir ont semblé ne pas être très vifs, comme en témoigne le fait qu'elle ne savait pas avec certitude si la mise en garde d'Asurion apparaît dans une fenêtre sur l'écran pendant l'ouverture de la session.

De toute façon, là où le témoignage de M. Brown et celui de Mme Baxter divergent, je préfère celui de M. Brown.

Même si je devais conclure que la conduite de M. Brown a été dolosive, je suis convaincu qu'il aurait fallu qu'Asurion avertisse M. Brown que sa conduite était inacceptable et que si elle se poursuivait elle pourrait mener à son congédiement. Je ne crois pas qu'il y a eu un abus de confiance de quelque nature que ce soit et cette prétention d'Asurion est déraisonnable dans les circonstances. Il n'y a aucune conclusion de fait ni aucune preuve déposée à l'appui par Asurion qui permette d'en arriver à une telle conclusion.

J'en suis arrivé à la conclusion qu'il n'existait aucun motif valable justifiant le congédiement de M. Brown. Asurion n'a pas établi par prépondérance de la preuve l'existence d'un motif valable fondé sur une inconduite réelle. Puisque le congédiement est un châtiment sévère, seule une inconduite des plus graves peut le justifier.

Il a été établi que le visionnement de documents pornographiques ne justifie pas en soi le congédiement

> sommaire et que même s'il le justifiait, les renseignements énoncés dans le guide de l'employé d'Asurion ne constitueraient pas, de toute façon, un avertissement dans des circonstances comme celles qui nous occupent en l'espèce. Le congédiement de M. Brown était disproportionné à son inconduite, si sa conduite devait être ainsi qualifiée. Il n'y a aucun argument à tirer du fait que M. Brown a nié tout acte fautif lorsque Mme Baxter l'a confronté le 23 juillet 2010. Cela n'est pas un moyen de défense crédible dans la présente action.
>
> La Cour conclut que M. Brown a fait l'objet d'un congédiement non motivé, ou sans motif valable, et qu'il avait droit à un préavis de congédiement raisonnable.
>
> [C'est moi qui souligne.]

[17] Dans la décision *Gabriel Cormier c. Asurion Canada Inc.* (inédite, le 25 avril 2012, n^o^ M/C/0747/10), le juge du procès a exploré davantage la défense d'Asurion et le témoignage de Mme Baxter :

> [TRADUCTION]
> Pour les fins de la présente décision, je me contenterai de répéter ce que j'ai écrit dans la décision *Brown c. Asurion* à propos du principe de droit applicable, qui s'applique aussi en l'espèce.
>
> Dans l'arrêt *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, le juge Iacobucci a fait une observation générale selon laquelle « les tribunaux ont explicitement décidé que la question du motif valable de congédiement est une question de fait devant être soumise à l'appréciation du jury ». Il a ensuite ajouté ceci : « Au lieu de considérer le motif de congédiement comme une conclusion de droit qui doit être tirée dans tous les cas […] le juge des faits ne peut se prononcer sur l'existence d'un motif valable de congédiement qu'après avoir examiné a) si la preuve démontre qu'il y a eu inconduite de la part de l'employé et b) si, dans les circonstances, cette inconduite était suffisante pour justifier le congédiement sans préavis de l'employé ».
>
> Dans l'affaire *Roe c. Schneider National Carriers Inc.*, 2006 CarswellOnt105, [2006] O.J. No. 94, où une [employée] avait été congédiée sans préavis ni indemnité

en raison de plaintes formulées par d'autres employés selon lesquelles il y avait eu harcèlement sexuel de la part de l'employée en question, le juge Taliano a dit ce qui suit à propos du droit de procéder à un congédiement justifié, ou congédiement pour un motif valable, sans préavis :

> [TRADUCTION]
> Il incombe à l'employeur d'établir qu'il existe un motif valable justifiant le congédiement sommaire d'un employé, mesure qui a été qualifiée de « peine capitale » de la relation de travail. Dans son ouvrage intitulé *Law of Dismissal in Canada*, au par. 601, Howard Levitt résume ainsi ce principe : [TRADUCTION] « L'employeur doit établir par prépondérance de la preuve l'existence d'un motif valable, fondé sur une conclusion d'incompétence ou d'inconduite réelle, et non une simple insatisfaction quant au rendement de l'employé ou une simple préoccupation concernant une éventuelle inconduite ». Levitt fait la mise en garde suivante : [TRADUCTION] « Puisque le congédiement sans préavis est une sanction aussi sévère, il ne peut être justifié que par une inconduite des plus graves ».

Dans l'arrêt *McKinley c. BC Tel*, précité, le juge Iacobucci énonce ainsi le critère qui régit le congédiement pour un motif valable :

> Selon ce critère, le juge de première instance doit demander au jury de déterminer (1) si la preuve démontre, selon la prépondérance des probabilités, que l'employé a adopté un comportement dolosif et (2), dans l'affirmative, si la nature et la gravité de la malhonnêteté justifiaient un congédiement. À mon sens, le second volet de ce critère ne mélange pas des questions de fait et de droit. L'évaluation de la gravité de l'inconduite exige plutôt que les faits démontrés au procès soient soigneusement examinés et soupesés. Il s'agit donc pour le jury d'entreprendre un examen factuel.

Suivant ces principes, pour qu'Asurion ait gain de cause, il doit y avoir des éléments de preuve qui démontrent, selon la prépondérance des probabilités, que M. Cormier a adopté un comportement dolosif et, le cas échéant, que la nature et la gravité de l'inconduite étaient si importantes,

l'inconduite étant des plus graves, que le congédiement immédiat était la seule sanction raisonnable.

[…]

La position d'Asurion est indéfendable et les faits ont, de l'avis de la Cour, été exagérés d'une façon incroyable. […]

Aucun de ces courriels n'a été communiqué à d'autres employés, transmis à des clients ni, en particulier, sollicité par M. Cormier. Dans son affidavit, Mme Baxter a dit que M. Cormier avait la responsabilité de superviser quinze employés et notamment de veiller au respect et à l'application des politiques et méthodes d'Asurion. Il n'existe aucune preuve fiable établissant que M. Cormier ne s'est pas acquitté des responsabilités qui lui incombaient à titre de superviseur. La réception de courriels non sollicités contenant des photos sexuellement explicites n'a rien à voir avec ses responsabilités.

Pendant les heures de travail, les employés d'Asurion pouvaient recevoir, pour leur usage personnel, des messages vocaux et des courriels, comme on peut le lire dans le guide de l'employé. Après que l'employeur a été informé de la réception de ces courriels, il aurait pu aviser M. Cormier que cette pratique n'était pas acceptable et devait cesser. C'est ce à quoi on se serait attendu d'une personne raisonnable.

Pour une raison ou une autre, Mme Baxter a décidé d'examiner les courriels en question en compagnie du directeur principal des ressources humaines, du gestionnaire des opérations, du directeur des opérations et du vice-président au service à la clientèle et aux opérations. Asurion a estimé que ces courriels constituaient un « abus de confiance » important. Après une réunion avec M. Cormier, ce dernier a reconnu qu'il les avait reçus, qu'ils étaient importuns et qu'il aurait dû mettre fin à leur réception. Mme Baxter n'a pas estimé que cet aveu était suffisant pour remédier à l'abus de confiance et à la perte de confiance qui avaient résulté du manque de jugement de M. Cormier et de son manquement aux politiques d'Asurion. Il s'agit là aussi d'une exagération de la part de Mme Baxter.

> J'ai eu l'avantage d'entendre Mme Baxter témoigner relativement à ses affidavits. Après avoir examiné le caractère raisonnable de son témoignage, la façon dont son témoignage a été contredit par celui de M. Cormier, son attitude et son manque d'objectivité lorsqu'il s'est agi de représenter les intérêts d'Asurion, je n'estime pas que son témoignage est fiable. Dans tous les cas, là où son témoignage et celui de M. Cormier divergent, je préfère le témoignage de M. Cormier.
>
> Je n'ai trouvé aucune preuve fiable permettant de conclure qu'il existait un motif valable de congédier M. Cormier. Je ne puis conclure que sa conduite a été dolosive et au mieux, il aurait pu être averti qu'Asurion ne voulait pas que ses employés reçoivent des photos sexuellement explicites sur les ordinateurs qui lui appartenaient. Le congédiement d'un employé semble certainement disproportionné à la conduite de M. Cormier et dans les circonstances qui nous occupent, les raisons données pour expliquer ce congédiement ne trouvaient pas appui dans la preuve.
>
> Une personne raisonnable ne pourrait en aucune façon conclure que le comportement de M. Cormier a constitué une inconduite qui a irrémédiablement rompu le lien de confiance entre un employeur et un employé.
>
> Aucun motif valable ne justifiait le congédiement de M. Cormier. Asurion n'a pas établi, par prépondérance de la preuve, l'existence d'un motif valable fondé sur une inconduite réelle. Pour infliger un châtiment aussi sévère, il faut qu'une inconduite d'un genre assez grave se soit fait jour. Le fait qu'Asurion fasse ressortir son argumentation au fait que M. Cormier était un superviseur ne change rien à mes conclusions en l'espèce.
>
> [C'est moi qui souligne.]

III. Analyse et décision

[18] Asurion interjette appel et prétend que le juge du procès a commis les erreurs suivantes justifiant l'infirmation de ses décisions :

[TRADUCTION]

(1) il a décidé qu'il [lui incombait] d'établir que les employés avaient adopté une conduite « dolosive »;

(2) il a décidé qu'[elle] avait l'obligation d'avertir [chacun des] intimés que sa conduite était inacceptable et que si elle se reproduisait, elle pouvait mener à son congédiement;

(3) il a décidé que la réception par les intimés de ses politiques en matière d'emploi ne constituait pas un avertissement suffisant justifiant le congédiement sommaire à la première inconduite;

(4) en ce qui concerne M. Brown, il a conclu que le fait qu'[il] n'ait pas reconnu avoir mal agi lorsque confronté […] à des allégations d'inconduite était un facteur non pertinent pour l'évaluation des [….] moyens de défense;

(5) en ce qui concerne M. Cormier, il a conclu que le fait qu'[il] ait reçu […], de façon continue, des courriels contenant des images sexuellement explicites dans son compte de courriel au travail n'avait aucun rapport avec les responsabilités qui lui incombaient à titre de superviseur;

(6) il a conclu que le congédiement de [chaque] intimé était disproportionné à son inconduite;

(7) il a conclu que l'inconduite de [chacun des] intimés était insuffisante pour rompre irrémédiablement le lien de confiance entre employeur et employé;

(8) il a commis une erreur dans son appréciation de la crédibilité et du témoignage de Jennifer Baxter, qui a rendu un témoignage par affidavit et un témoignage de vive voix au procès,

a. en ne limitant pas la portée du témoignage rendu de vive voix par Mme Baxter;

b. en concluant que l'ensemble, ou la plus grande partie, du témoignage de Mme Baxter était déraisonnable sans que de quelconques motifs ou des motifs suffisants n'étayent cette conclusion;

c. en concluant que l'attitude de Mme Baxter au procès a miné sa crédibilité sans que de quelconques motifs ou des motifs suffisants n'étayent cette conclusion;

d. en disant que Mme Baxter manquait d'objectivité lorsqu'il s'agissait de représenter les intérêts de l'appelante;

e. en disant que le témoignage de Mme Baxter, y compris le témoignage non contesté qu'elle a rendu par affidavit, constituait une « exagération » et en le qualifiant d'« incroyable »;

f. en disant que le souvenir que gardait Mme Baxter n'était « pas […] très vif[...] » sans que de quelconques motifs ou des motifs suffisants n'étayent cette conclusion;

(9) il n'a pas convenablement examiné la crédibilité des intimés et a adopté une démarche qui a consisté à rejeter tous les éléments de preuve qui étaient incompatibles avec ses motifs et à accepter tous ceux qui étaient compatibles avec ses motifs.

Le moyen (1)

[19] Je reconnais d'emblée qu'Asurion n'avait pas la charge d'établir qu'une quelconque inconduite de la part des intimés était [TRADUCTION] « dolosive ». Il s'ensuit, comme on le laisse entendre dans le cadre du premier moyen, que l'énoncé contraire du juge du procès traduit une erreur de droit. Bien que la preuve d'une conduite « dolosive » soit requise lorsque le « motif valable » invoqué est fondé sur la malhonnêteté de l'employé, elle ne l'est pas dans un cas comme celui-ci où, comme nous l'avons vu, l'inconduite sous-jacente est la violation de la politique de l'employeur sur l'utilisation acceptable d'Internet. Cela dit, je suis respectueusement d'avis que l'énoncé inexact du droit qu'a fait le juge du procès ne porte pas atteinte à sa conclusion de disproportion et il s'ensuit que l'erreur mise en lumière dans le cadre du premier moyen n'entraîne pas l'infirmation.

Le moyen (2)

[20] Le moyen (2) concerne la question fondamentale qu'est la proportionnalité sur laquelle je reviendrai sous peu.

Les moyens (3), (4) et (5)

[21] Les moyens (3), (4) et (5) soulèvent des questions dont la Cour n'est pas valablement saisie, Asurion ayant omis d'invoquer dans les exposés de sa défense les faits substantiels sous-jacents. Plus précisément, Asurion n'a pas plaidé le fait que le contenu de son guide de l'employé constituait [TRADUCTION] « un avertissement suffisant justifiant le congédiement sommaire à la première inconduite ». Elle n'a pas non plus plaidé que le défaut de M. Brown de reconnaître un quelconque acte fautif constituait un élément de base dans la formation d'un « motif valable » de le congédier. Il en va de même de la prétention selon laquelle M. Cormier ne se serait pas acquitté des responsabilités qui lui incombaient à titre de superviseur. Il est bien connu que « 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 » (c'est moi qui souligne, le juge d'appel Robertson, dans l'arrêt *Henry c. Foxco Ltd.*, 2004 NBCA 22, 269 R.N.-B. (2e) 63). Voir, aussi, l'analyse approfondie que l'on trouve à ce propos dans l'arrêt *Backman c. Maritime Paper Products Limited, corps constitué*, 2009 NBCA 62, 349 R.N.-B. (2e) 171 :

> 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)).

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 ».

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. (2e) 284, [1999] A.N.-B. no 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. (2e) 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. (2e) 292, aux p. 312 et 313. [Par. 33, 35 et 36]

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. (2e) 63, [2004] A.N.-B. no 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 ».

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 ». [Par. 14 à 18.]

Cela dit, et pour le cas où des doutes subsisteraient à cet égard, je ne suis pas du tout convaincu que le juge du procès a commis une erreur en tirant les conclusions que l'on conteste dans le cadre des moyens (3), (4) et (5).

Les moyens (6) et (7)

[22] Les moyens (6) et (7) visent la question de la proportionnalité, laquelle, comme je l'ai dit, est au cœur du présent appel et sera examinée en profondeur plus loin dans les présents motifs.

Les moyens (8) et (9)

[23] En ce qui concerne le moyens (8) et (9), ils se rapportent à des questions de fait, y compris la conclusion du juge du procès voulant que le témoignage des intimés fût crédible et fiable. Comme on le constate à maintes reprises à la lecture de ses motifs de jugement, le juge du procès a conclu que le témoignage de Mme Baxter n'était pas fiable, du moins pour ce qui concernait des questions qui étaient à la fois controversées et susceptibles de faire pencher la balance à l'encontre des intimés. Les conclusions contestées dans le cadre des moyens (8) et (9) sont des conclusions de fait pour lesquelles la norme de contrôle applicable en appel est l'« erreur manifeste et dominante » (voir l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10). En ce qui concerne la conclusion voulant que le témoignage des intimés fût crédible, les observations suivantes que l'on trouve dans l'arrêt *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41 sont particulièrement idoines :

> En toute déférence, je ne peux voir dans les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel qu'un désaccord avec l'appréciation de la crédibilité de F.H. par la juge du procès à la lumière des contradictions et de l'absence d'élément circonstanciel corroborant le témoignage. Il incombe clairement au juge du procès d'apprécier la crédibilité, de sorte que sa décision à cet égard justifie une grande déférence. Comme l'ont expliqué les juges Bastarache et

Abella dans l'arrêt *R. c. Gagnon*, [2006] 1 R.C.S. 621, 2006 CSC 17, par. 20 :

> Apprécier la crédibilité ne relève pas de la science exacte. Il est très difficile pour le juge de première instance de décrire avec précision l'enchevêtrement complexe des impressions qui se dégagent de l'observation et de l'audition des témoins, ainsi que des efforts de conciliation des différentes versions des faits. C'est pourquoi notre Cour a statué — la dernière fois dans l'arrêt *H.L.* — qu'il fallait respecter les perceptions du juge de première instance, sauf erreur manifeste et dominante. [Par. 72]
>
> [C'est moi qui souligne.]

Il va sans dire qu'à la différence du juge du procès, nous n'avons pas eu l'avantage d'observer et d'entendre Mme Baxter et les intimés pendant qu'ils témoignaient.

[24] D'après le dossier dont nous disposons, je ne vois aucune raison de modifier les conclusions de fait, y compris les conclusions constatant la crédibilité des intimés, dont il est question dans les moyens (8) and (9). C'est au juge du procès qu'il appartenait de déterminer quels témoignages étaient fiables et, à mon avis, ses conclusions à cet égard ne sont ni déraisonnables ni le produit d'une erreur manifeste et dominante. Cela étant, il n'est pas nécessaire, à proprement parler, d'en dire davantage en ce qui concerne les moyens d'appel qui contestent la façon dont le juge a apprécié le témoignage de l'un ou l'autre témoins. Néanmoins, il est à remarquer, en toute justice pour Mme Baxter, que les remarques plus désobligeantes que le juge du procès a faites à propos de son témoignage ne laissent nullement entendre qu'elle n'aurait pas dit la vérité.

[25] À mon avis, les questions importantes qui découlent d'une combinaison des exposés de la défense, des avis d'appel et des débats, tant au procès qu'en appel, sont essentiellement : (1) La réception et le visionnement des courriels « pornographiques » ont-il violé la politique d'Asurion en matière d'utilisation acceptable d'Internet? (2) Dans l'affirmative, cette violation était-elle tellement grave que le congédiement sommaire a constitué une mesure disciplinaire proportionnée à la violation? La réponse à la première

question passe nécessairement par une compréhension contextuelle du libellé de la disposition pertinente de la politique en question et la seconde question requiert l'application du principe de la proportionnalité. Comme nous le verrons, je ne suis pas persuadé qu'Asurion a établi qu'il y a eu violation de la disposition qu'elle invoque. Mes doutes à cet égard procèdent de ce que j'estime être une ambiguïté dans le libellé de la disposition en question, envisagée dans son contexte. Au bout du compte, toutefois, je choisis de confirmer le jugement qui fait l'objet du présent appel pour le motif que la conclusion de disproportion dans laquelle la décision du juge est ancrée, à titre subsidiaire certes, n'est entachée par aucune erreur justifiant son infirmation. Ce choix s'impose à moi parce que je ne suis pas convaincu que les parties ont convenablement débattu la question d'interprétation dans leurs mémoires et leurs observations orales.

A. *Les violations de la politique qui sont invoquées dans les exposés de la défense ont-elles eu lieu?*

[26] En common law, l'employeur n'est pas tenu aux dommages-intérêts pour un congédiement sommaire fondé sur une inconduite [TRADUCTION] « grossière » prouvée (voir l'ouvrage intitulé *Halsbury's Laws of England*, 4e éd., vol. 16 (Londres : Butterworths, 1992) au par. 298). L'inconduite prouvée doit être [TRADUCTION] « des plus graves » (voir l'ouvrage de Ball, intitulé *Canadian Employment Law*, vol. 1, feuillets mobiles (Aurora (Ont.) : Canada Law Book, 2011) au par. 11:10). La question fondamentale consiste à savoir si l'inconduite qui sous-tend la défense de « motif valable » était [TRADUCTION] « suffisamment grave pour constituer une répudiation par l'employé du contrat de travail, qu'il s'agisse de la répudiation du contrat dans son ensemble ou de la répudiation d'une partie précise du contrat qui a une importance fondamentale » (voir *Halsbury's Laws of England*, au par. 299). Bien qu'il faille examiner chaque instance d'une façon objective, tant en Angleterre qu'au Canada la doctrine et la jurisprudence appuient largement l'opinion voulant que la question de savoir si l'inconduite est d'une gravité suffisante soit une question de fait (voir l'ouvrage intitulé *Halsbury's Laws of England*, au par. 299, et l'arrêt *Backman c. Maritime Paper Products Limited, corps constitué*, au par. 31). Il en est certainement ainsi parce que pour trancher cette question, le juge des faits doit évaluer les circonstances propres à l'instance

y compris, notamment, la nature et les conséquences de l'inconduite sous-jacente, les mesures disciplinaires antérieures prises par l'employeur, le cas échéant, la nature de l'entreprise, les attributions de l'employé ainsi que son ancienneté, son rendement antérieur et ses états de service.

[27] Néanmoins, l'analyse judiciaire vise essentiellement à déterminer si le congédiement sommaire était objectivement proportionné à la gravité de l'inconduite, compte tenu de l'ensemble des circonstances. Cet exercice, bien qu'en grande partie tributaire des faits, suppose nécessairement la détermination d'une norme ou d'un critère de base et, ce qui n'a rien d'étonnant, on a laissé entendre qu'un appel dans lequel on conteste la façon dont le juge du procès a appliqué cette norme ou ce critère de base aux faits soulève une question mixte de fait et de droit (voir, par exemple, l'opinion opposée qu'ont exprimée nos collègues les juges Turnbull et Robertson dans l'arrêt *Henry c. Foxco Ltd.*). Toutefois, si l'on devait reconnaître qu'il s'agit d'une question mixte de droit et de fait, celle-ci serait néanmoins « assujettie à la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins que le juge de première instance n'ait clairement commis une erreur de principe isolable en déterminant la norme applicable ou en appliquant cette norme, auquel cas l'erreur peut constituer une erreur de droit » : *Housen c. Nikolaisen*, au par. 37. Je reconnais également que suivant la façon dont elle est couramment interprétée et appliquée, la norme de l'erreur manifeste et dominante englobe la « raisonnabilité » ou la « rationalité » de la conclusion ou décision contestée (pour un jugement en faveur d'une infirmation fondée sur le caractère déraisonnable d'une conclusion de « motif valable », voir l'analyse de la juge d'appel Larlee dans l'arrêt *Henry c. Foxco Ltd.).* Une dernière observation préliminaire s'impose : les règles de droit en matière de « motif valable » de congédiement, tout comme l'attitude de la société à l'égard d'une multitude d'autres sujets, ont beaucoup évolué au cours des dernières décennies et les juges des procès auraient tout intérêt à envisager avec une grande prudence les interprétations plus anciennes de la gravité d'une inconduite.

[28] Lorsque l'inconduite invoquée pour justifier un congédiement sommaire est la violation d'une règle de conduite de l'employé, les questions suivantes entrent en jeu :

> [TRADUCTION]
>
> - La règle en question est-elle raisonnable et licite?
> - La règle est-elle en harmonie avec le contrat de travail de l'employé?
> - La règle s'applique-t-elle à l'employé?
> - La règle, y compris les conséquences de sa violation, est-elle connue de l'employé?
> - La règle est-elle claire, dénuée de toute ambiguïté et uniformément appliquée par l'employeur?
> - La violation de la règle par l'employé est-elle suffisamment grave dans les circonstances, compte tenu de son ancienneté, du poste qu'il occupe, de la nature de la règle et du fait qu'il a, ou non, une excuse raisonnable, à telle enseigne que la violation de la règle ou de la politique n'est ni une simple transgression isolée ni une simple erreur de jugement, mais une violation fondamentale qui témoigne de la répudiation du contrat de travail ou d'une intention de ne plus être lié par une condition fondamentale de ce contrat de travail?
>
> [C'est moi qui souligne.]

Voir l'ouvrage du juge Randall Scott Echlin et de Matthew L.L. Certosimo, intitulé *Just Cause: The Law of Summary Dismissal in Canada* (feuillets mobiles) (Toronto : Canada Law Book, 2012), par. 16:310. Voir également l'ouvrage de David Harris, intitulé *Wrongful Dismissal*, vol. 1, feuillets mobiles (Toronto : Thomson Carswell, 1989), p. 3-71.

[29] Pour les fins qui nous occupent, je limiterai mon propos à la question de savoir si l'interdiction en question est claire et dénuée de toute ambiguïté. On se rappellera la prétention d'Asurion, savoir qu'en recevant les courriels non sollicités et en visionnant les pièces jointes à ces courriels, les intimés ont violé ce qu'Asurion prétend être sa règle interdisant la réception ou la consultation de documents pornographiques sur ses ordinateurs.

[30] En bref, la réponse à cette prétention est celle-ci : il n'existe aucune interdiction de ce genre qui soit clairement énoncée. Ce que le manuel de l'employé entend interdire, c'est « de consulter, de transmettre, de recevoir ou de stocker tout renseignement qui est discriminatoire, blasphématoire, importun ou diffamatoire de quelque façon que ce soit (par exemple, un document sexuellement explicite ou discriminatoire sur le plan racial) » (c'est moi qui souligne). Après avoir lu le texte cité plusieurs fois, son sens continue de m'échapper et reste même mystérieux. La consultation, la transmission et le stockage de renseignements supposent un acte positif, pas la réception de renseignements. Compte tenu de ces truismes, est-il raisonnable de tenir pour acquis que le texte cité comprend une interdiction de recevoir un courriel non sollicité ou même des courriels ultérieurs non sollicités provenant du même expéditeur? De plus, si l'intention d'Asurion était d'interdire la consultation ou la réception de tout document sexuellement explicite, elle aurait certainement pu employer une formule beaucoup plus directe, plus simple et plus claire. On pourrait soutenir que l'interdiction, telle que formulée, se prête à l'interprétation suivante : le document en question doit non seulement être sexuellement explicite, mais aussi être sollicité et contenir des renseignements susceptibles d'être considérés comme : (1) discriminatoires; (2) blasphématoires; (3) importuns; ou (4) diffamatoires. Je m'empresse de souligner que rien de ce que contient le dossier ne donne à penser que les courriels et pièces jointes dont il est question en l'espèce contiennent des renseignements de cette nature. Chose intéressante, le manuel de l'employé contient une interdiction claire et non ambigüe [TRADUCTION] « de faire circuler au travail des […] images suggestives (notamment par courriel »). Si la disposition de la politique sur laquelle repose la défense de « motif valable » interdisait de consulter et de recevoir toute image sexuellement explicite, y compris les images qui ne contiennent aucun renseignement [TRADUCTION] « discriminatoire, blasphématoire, importun ou diffamatoire », on se demande pourquoi il a été jugé nécessaire d'inclure une interdiction spécifique de faire circuler des images suggestives au travail par courriel. Il me semble à tout le moins plausible qu'on ait voulu donner à la disposition de la politique sur laquelle Asurion a fondé sa défense de « motif valable » une portée plus restreinte que celle qui a été débattue dans la présente instance. Quoi qu'il en soit, une conclusion s'impose : la disposition est loin d'être clairement

libellée et son sens véritable est sujet à discussion. Je ne dirai rien de plus à ce sujet et je me pencherai maintenant sur ce qui constitue, à mon sens, le nœud du litige.

B. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur justifiant l'infirmation de ses décisions en tirant des conclusions défavorables à l'employeur sur la question de la proportionnalité?*

[31] Il est bien connu que c'est à l'employeur qu'il incombe d'établir l'existence d'un « motif valable » et le juge du procès doit examiner la question à nouveau et en toute objectivité : pour dire les choses clairement, il ne siège pas en appel de la décision de l'employeur et n'a pas besoin d'être convaincu par l'employé congédié de l'existence d'une erreur qui vicie cette décision. En fait, il incombe à l'employeur d'établir que le congédiement était une mesure disciplinaire proportionnée à l'inconduite. Dans l'arrêt *Hall c. Boise Alljoist Ltd.*, 2006 NBCA 111, 306 R.N.-B. (2e) 396, la Cour a cité, en marquant son approbation, les observations qu'a faites à cet égard le juge d'appel Robertson au par. 109 de l'arrêt *Henry c. Foxco* :

> Le principe de la proportionnalité veut que l'on établisse un équilibre utile entre la gravité de l'inconduite d'un employé et la sanction infligée. Ce principe se veut un rappel du cliché éculé selon lequel le congédiement sommaire est une peine capitale en droit du travail.

[32] L'extrait suivant de l'ouvrage de Ball, intitulé *Canadian Employment Law*, au par 11:190, jette aussi un éclairage utile sur ce domaine du droit :

> [TRADUCTION]
> <u>Pour que la violation d'une règle formulée par un employeur constitue un motif valable de congédier sommairement l'employé</u>, ce dernier doit connaître l'existence de cette règle, la règle doit être raisonnable et <u>les conséquences de sa violation si graves que cette violation constitue une violation fondamentale du contrat de travail</u>. Pour qu'une règle soit applicable à un employé, son application doit être clairement énoncée. Comme dans le cas de l'insubordination, il faut non seulement que la politique soit claire, mais il faut aussi que l'on fasse savoir à l'employé que la violation de sa politique entraînera de

> graves conséquences. Si la violation de la règle formulée par l'employeur résulte d'une erreur de bonne foi de la part de l'employé, il s'agira là d'une considération fort pertinente lorsque la Cour devra décider si elle doit conclure ou non à l'existence d'un motif valable de le congédier sommairement. La sanction infligée pour la violation de la règle doit être raisonnable et objectivement proportionnelle à la gravité de l'inconduite de l'employé. Aux fins de déterminer si le congédiement est la sanction appropriée, les bons ou les mauvais antécédents de l'employé au travail sont pertinents. Le fait que l'employeur n'applique pas uniformément une règle de la compagnie peut avoir pour effet de le priver de sa capacité de congédier sommairement un employé pour violation de cette règle.
>
> [C'est moi qui souligne.]

[33] Le juge du procès doit trancher la question de la proportionnalité en recourant à la démarche contextuelle qu'a adoptée la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *McKinley c. B.C. Tel*, démarche qui a depuis été retenue dans des instances se rapportant à une inconduite autre que la malhonnêteté (voir les arrêts *Henry c. Foxco Ltd.* et *Backman c. Maritime Paper Products Limited, corps constitué*, au par. 31). Des résumés d'instances que l'on trouve dans l'ouvrage de Ball, intitulé *Canadian Employment Law*, au par. 11:190, illustrent l'application de cette démarche à des situations concrètes et renforcent l'opinion, qu'a adoptée le juge du procès, qui veut que seule une inconduite [TRADUCTION] « grossière » ou [TRADUCTION] « très grave » puisse suffire à justifier un congédiement sommaire, même lorsque des règles de conduite claires et non ambiguës ont été violées, et que l'inconduite dont il est question en l'espèce ne soit pas, tant s'en faut, suffisante :

> [TRADUCTION]
> La Cour a conclu que la violation d'une politique de la compagnie en matière de sécurité par le surintendant de la sécurité-incendie, un cadre, ne justifiait pas un congédiement puisque la défenderesse n'avait pas subi de préjudice important et que la politique n'avait pas été uniformément appliquée dans le passé. La violation d'une politique interdisant la consommation d'alcool au travail n'était pas suffisamment grave pour constituer un motif

valable de congédiement, l'employé ayant de longs et bons états de service. La violation mineure d'une politique interdisant le harcèlement sexuel ne constituait pas un motif valable de congédiement étant donné qu'il n'y avait eu aucune tentative en vue de renseigner ou d'instruire les membres du personnel sur les politiques exposées dans un énoncé de politique, de plus, cet énoncé de politique n'était qu'un document parmi une liasse de documents reçue au moment de l'embauchage. Le défaut de respecter une politique énonçant l'obligation d'avoir des comptes distincts, qui avait fait perdre des intérêts à l'employeur, ne constituait pas un motif valable de congédier un cadre qui était employé de longue date et qui avait fait d'importants apports à l'employeur au fil des ans. Dans cette affaire, l'employeur aurait dû adresser une réprimande à l'employé ou prendre une autre mesure disciplinaire avant de le congédier. L'omission de se conformer à la politique de l'employeur en matière de communication de renseignements a été jugée ne pas constituer un motif valable de congédiement puisque l'employé avait de longs états de service et des antécédents sans tache et qu'il essayait de servir les intérêts de la compagnie.

La Cour a conclu qu'un technicien en soins médicaux d'urgence auprès d'une compagnie de transport par ambulance qui avait enfreint des politiques raisonnables et nécessaires avait fait l'objet d'un congédiement justifié étant donné que sa conduite avait été préjudiciable à l'entreprise de l'employeur. Les compagnies de transport par ambulance étaient tenues à des normes rigoureuses; le strict respect des directives était nécessaire aux activités de la compagnie et une simple suspension, rétrogradation ou privation d'autres droits ou privilèges n'était pas indiquée dans le contexte de l'industrie en question. De même, les juristes, et cela se comprend, considèrent que la violation délibérée des consignes de sécurité d'une compagnie qui ont pour objet de protéger la vie des autres employés est plus grave que la violation d'autres règles de la compagnie. La violation de la politique d'une compagnie concernant l'exploitation d'un entrepôt et la sécurité dans cet entrepôt constituait un mépris flagrant des responsabilités de l'employé et allait bien au-delà du manque de diligence ou de la simple indifférence, de sorte qu'elle constituait un motif valable de congédiement. La violation des règles d'une banque en matière de crédit peut constituer un motif valable de congédiement sommaire lorsque les

> circonstances le justifient. L'abus de confiance à l'endroit d'une banque peut, lorsque les circonstances le justifient, constituer un motif valable de congédiement. La violation de la politique d'un grand magasin interdisant de sortir ses biens du magasin a été jugée constituer un motif valable de congédiement parce que l'employé s'était déjà rendu coupable d'autres violations de la politique de la compagnie.
>
> Une municipalité était en droit de congédier un employé qui avait enfreint sa politique qui exigeait des employés municipaux qu'ils habitent dans la municipalité. Un cadre supérieur qui avait amené des prostituées au bureau après les heures de travail a été congédié pour le motif, notamment, qu'il avait enfreint le code de déontologie de l'employeur.

[34] Le sujet bien précis de la violation des politiques sur l'utilisation acceptable d'Internet au travail comme « motif valable » de congédiement fait l'objet des observations suivantes au par. 11 :195 de l'ouvrage de Ball, intitulé *Canadian Employment Law* :

> [TRADUCTION]
> Certains employeurs tentent d'adopter une approche puritaine à l'utilisation abusive d'Internet et plus particulièrement, au visionnement de documents pornographiques au travail. C'est souvent à ses propres risques que l'employeur adopte une approche intransigeante et non contextuelle. Un arbitre nommé en vertu du *Code canadien du travail* a décidé que le fait de regarder de la pornographie sur Internet pendant les heures de travail ne justifiait pas, en soi, un congédiement sommaire en l'absence de mesures disciplinaires progressives. Le fait que le visionnement de documents pornographiques ait violé une règle adoptée par l'employeur n'écartait pas l'obligation de prendre des mesures disciplinaires progressives avant de procéder au congédiement sommaire. Il est fort probable que dans des circonstances normales, une décision semblable donnerait lieu à une action en common law pour congédiement injustifié. Toutefois, lorsqu'il s'agit de pornographie qui touche à une chose interdite par le droit criminel, il est fort possible que la Cour n'exige pas que des mesures disciplinaires progressives soient prises.

[35] La présente instance peut être utilement mise en contraste avec l'affaire *Backman c. Maritime Paper Products Limited, corps constitué*, dans laquelle l'employé congédié avait persisté à faire des recherches dans Internet afin de trouver des sites pornographiques et y accéder à partir de l'ordinateur de son employeur, activité à laquelle il s'était livrée en sachant fort bien qu'elle violait une politique claire de l'employeur à cette égard et malgré que ses supérieurs l'aient exhorté à y renoncer et à y mettre fin. La solidité de la conclusion du juge du procès, dans l'affaire *Backman*, voulant qu'il y ait eu un « motif valable », ressort du résumé des faits du juge d'appel Richard, qui a rédigé les motifs de jugement de notre Cour :

> 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.
>
> 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 ».
>
> 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 ».
>
> 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.
>
> 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. [Par. 3 à 7.]

[36] La présente instance concerne le congédiement sommaire d'employés de longue date qui avaient à leur actif la prestation de services dévoués et sans tache. Ils étaient employés dans un centre d'appels, pas professeurs de moralité. Les courriels invoqués pour étayer l'existence d'un « motif valable » étaient non sollicités. Bien que ni l'un ni l'autre des intimés n'aient pris de mesures pour dissuader leur « ami » commun de transmettre des courriels « pornographiques » à leurs postes de travail, aucun des courriels reçus n'a été partagé avec des collègues de travail de sorte que la question du harcèlement au travail, qui était à l'évidence et à juste titre une préoccupation majeure d'Asurion, n'intervient pas en l'espèce. Dans la mesure où nous pouvons en juger d'après les documents certes limités dont nous disposons, il n'y avait rien dans les activités d'Asurion qui justifiait une attitude « puritaine » ou « intransigeante » en ce qui concernait les mesures disciplinaires à infliger à un employé pour avoir reçu et visionné

en solo des documents sexuellement explicites dans l'intimité relative que lui apportait son poste de travail. Finalement, Asurion ne prétend pas que les images jointes aux courriels en question ne faisaient pas partie de la catégorie du « matériel pornographique pour adultes parfaitement légal » à laquelle a fait allusion le juge Fish dans les motifs de décision de la majorité, au par. 51 de l'arrêt *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253. Plus généralement, on ne laisse pas entendre que la conduite des intimés a enfreint une quelconque disposition du *Code criminel du Canada*.

[37] Le juge du procès a abordé la proportionnalité d'une façon contextuelle, suivant la démarche adoptée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *McKinley c. B.C. Tel*, et il a conclu que l'« inconduite » des intimés, évaluée objectivement, n'atteignait pas le niveau de gravité requis pour constituer un motif valable de les congédier sommairement. Je suis respectueusement d'avis qu'Asurion n'a pas établi que cette conclusion résulte d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve ou est par ailleurs déraisonnable. Puisque j'en suis arrivé à cette conclusion, j'ai estimé de mon devoir de me joindre à mes collègues pour rejeter l'appel séance tenante peu après avoir entendu les observations faites par l'avocat pour le compte d'Asurion. Je clos la discussion en faisant de brèves observations sur la question des dépens en appel.

C. *Pourquoi rendre, quant aux dépens afférents à l'appel, une ordonnance qui accorde une indemnité substantielle?*

[38] Les avocats des intimés ont informé notre formation que leurs honoraires pour les services rendus au titre de l'appel s'établiraient au total à environ 10 000 $. Nul ne conteste le caractère raisonnable de cette estimation. Après tout, les appels ont été poursuivis séparément jusqu'au début de l'audience devant notre Cour et l'appelante a soulevé de nombreux moyens d'appel, lesquels ont tous exigé des réponses réfléchies et coûteuses en temps de la part des avocats des intimés.

[39] Néanmoins, bien que les appels soient rejetés, ils ont été débattus avec compétence et étaient loin d'être frivoles. D'ailleurs, l'appelante a soulevé plusieurs

questions importantes et a mis en lumière, ce faisant, au moins une erreur qu'avait commise le juge du procès (son énoncé selon lequel il incombait à l'appelante de prouver l'existence d'une conduite « dolosive » de la part des intimés). De façon plus générale et chose davantage pertinente, l'appelante n'a pas adopté une « conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante » dans la poursuite de sa cause devant notre Cour. Cette situation excluait la condamnation, sur le fondement de certains principes, aux frais entre avocat et client (voir les arrêts *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, [1993] A.C.S. n° 112 (QL), à la p. 134, la juge McLachlin (tel était alors son titre), et *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303).

[40] Dans leurs mémoires, toutefois, les intimés ont prétendu – à juste titre selon moi – que sans une ordonnance quant aux dépens leur accordant une indemnité substantielle, une partie importante du jugement qu'ils ont obtenu au procès serait perdue, ce qui ne leur laisserait guère plus qu'une victoire à la Pyrrhus. D'où mon adhésion à l'attribution de dépens de 4 500 $, en deux masses distinctes, au titre de l'appel.

IV. Conclusion

[41] C'est pour ces motifs que je me suis joint à mes collègues pour rejeter l'appel et accorder à chacun des intimés des dépens de 4 500 $ afférents à l'instance devant notre Cour.