

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

159-11-CA

KEITH GRAHAM SANFORD

APPELLANT

- and -

WORKPLACE HEALTH, SAFETY AND
COMPENSATION COMMISSION

RESPONDENT

Sanford v. Workplace Health, Safety and
Compensation Commission, 2012 NBCA 86

CORAM:

The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the Appeals Tribunal of
the Workplace Health, Safety and Compensation
Commission:
June 22, 2011

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
February 22, 2012

Judgment rendered:
October 18, 2012

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

KEITH GRAHAM SANFORD

APPELANT

- et -

COMMISSION DE LA SANTÉ, DE LA
SÉCURITÉ ET DE L'INDEMNISATION DES
ACCIDENTS AU TRAVAIL

INTIMÉE

Sanford c. Commission de la santé, de la sécurité et
de l'indemnisation des accidents au travail, 2012
NBCA 86

CORAM :

L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Green

Appel d'une décision du Tribunal d'appel de la
Commission de la santé, de la sécurité et de
l'indemnisation des accidents au travail :
Le 22 juin 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
Inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 22 février 2012

Jugement rendu :
Le 18 octobre 2012

Motifs de jugement :
L'honorable juge Green

Concurred in by:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Bell

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:
Daniel P.L. Leger

Pour l'appellant :
Daniel P.L. Leger

For the respondent:
David G. O'Brien, Q.C.

Pour l'intimée :
David G. O'Brien, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed.

L'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN J.A.

I. Introduction

[1] The appellant suffered a workplace injury in January 2007, and was approved for benefits under the *Workers' Compensation Act*, R.S.N.B. 1973, c. W-13 (the *Act*). Two subsequent decisions of the Workplace Health, Safety and Compensation Commission formed the basis of his appeal to the Appeals Tribunal constituted under the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission Act*, S.N.B. 1994, c. W-14. The Tribunal denied his appeal, and Mr. Sanford then appealed that decision to this Court. At the conclusion of the hearing, we dismissed Mr. Sanford's appeal with reasons to follow. Here are my reasons.

II. Background

[2] The appellant was employed by Canada Post in Moncton, New Brunswick, as a letter carrier. He resided in Miramichi, New Brunswick. The two cities are located approximately 150 kilometres apart.

[3] On January 26, 2007, the appellant slipped and fell on ice while working. He was approved for benefits, under the *Act*, with respect to his workplace injury on March 15, 2007.

[4] The appellant reported that following the workplace injury, he began experiencing problems with his bowels.

[5] On February 21, 2008, the appellant underwent spinal surgery with respect to the workplace injury.

[6] In June 2009, a plan calling for the appellant to return to work on modified duties was arranged. The appellant was to be involved in the sorting of mail and related tasks at a facility in Moncton between the hours of midnight and 8:00 am. The appellant did not participate in this plan, citing health problems related to his workplace injury.

[7] In a letter dated July 23, 2009, the Commission advised the appellant his benefits would cease as of July 27, 2009. The following reasons were provided:

[...] [Y]ou indicated that you would not continue to participate in your gradual return to work program. Worksafe NB has offered you lodging in Moncton to minimize driving in order to help you continue with your rehabilitation plan. The information supplied by your family physician [confirms] that “part of the problem is the fact that he has to drive back and forth each day to Moncton”[.] [H]e also indicated that if you didn’t have the driving, that you could complete the return to work program.

[8] The decisions of the Commission underlying this matter are as follows:

1. On July 23, 2009, the Commission determined the appellant’s compensation coverage ceased, as he did not wish to participate in the appropriate return-to-work program. That decision was upheld on October 7, 2009.
2. On October 25, 2009, the Commission determined bouts of diarrhea experienced by the appellant were not related to his compensable injury and subsequent surgery. That decision was upheld on November 8, 2009.

III. Decision of the Appeals Tribunal

[9] The following two excerpts from the decision of the Appeals Tribunal concisely summarize its findings and decision with respect to the appellant:

After review of all the information on file and presented at the hearing, the Appeals Panel concluded that the appellant's bowel problems were not related to his compensable back problems. Secondly the Panel found that the appellant chose to live in another part of the province where his job was not located; therefore, he would have to drive a great distance to his job location, thus causing him pain. In addition, he was not able to work the night shift which he was responsible to do for the employer. The appellant used these two reasons for not being able to participate in a gradual return-to-work program. The Panel did not find there was objective medical evidence to support his non-participation and could not accept either reason given by the appellant.

[...]

After review of all the evidence, the Appeals Panel determined that there was sufficient medical evidence to conclude that the appellant's bowel situation is not the result of the compensable injury. Secondly there is no objective evidence to indicate the appellant could not participate in some form of a gradual return to work. The appellant's work is at the same location as it was prior to that accident. The travel issue is a non-issue as there are methods to use to be able to accommodate this, such as overnight accommodation in the city where his work is to be completed or car-pooling.

[pp. 3 and 7]

IV. Issues

[10] The appellant relies upon five grounds of appeal, and attributes the following errors to the Appeals Tribunal:

1. misapprehending the duty to accommodate;

2. determining travel from the appellant's "home area to his place of employment" was not a matter relevant to the appellant's workplace injury;
3. accepting there were "absolutely no reasons why the Appellant could not participate in a gradual return-to-work program";
4. concluding there was "no objective evidence to indicate the appellant could not participate in some form of gradual return to work"; and
5. ignoring the evidence of the appellant's physician that his diarrhea was a compensable injury.

V. Law & Analysis

A. *Standard of Review*

[11] The standard of review in workers' compensation cases is well established. Writing for the Court in *Canada Post Corporation v. Carroll and Workplace Health, Safety and Compensation Commission of New Brunswick*, 2012 NBCA 18, 383 N.B.R. (2d) 326, Robertson J.A. provided a comprehensive explanation of the applicable law:

With the statutory adoption of the workplace insurance scheme in 1918, the decisions of the Workmen's Compensation Board involving questions of law and jurisdiction were reviewed on the correctness standard. Under the *Workmen's Compensation Act*, S.N.B. 1918, c. 37, s. 33(1) and s. 35, the New Brunswick legislature declared the Board's rulings involving questions of law and fact to be "final and conclusive", subject only to direct right of appeal to the Court of Appeal, with leave of a judge of the Court of Queen's Bench, on a question of law or the Board's jurisdiction. Under the legislation in force in 1973, the decisions of the Board (now Commission) were expressly deemed to be final and immune from judicial review, subject to a statutory right of appeal to this Court on questions of law and jurisdiction: see *Workmen's Compensation Act*, R.S.N.B. 1973, c. W-13, ss. 34(1) and

36(2). The Appeals Tribunal was established in 1989 (S.N.B. 1989, c. 65, s. 5). The amending legislation declared decisions of the Appeals Tribunal to be final, subject only to an appeal to this Court on a question of law or jurisdiction. In 1994, further amending legislation clothed the Appeals Tribunal with the status of an independent adjudicative tribunal. Section 21(1) of the current *WHSCC Act* establishes a "final right of appeal" to the Tribunal from a decision of the Commission. Section 21(12) of that *Act* also states that all decisions of the Appeals Tribunal are final, subject to an appeal to this Court on a question of law or jurisdiction.

The New Brunswick jurisprudence supports the general understanding that this Court has, from the outset, applied the correctness standard to questions of law and jurisdiction. Indeed, some of the earlier cases predate the articulation of the modern deference doctrine. In *Lanteigne v. Workmen's Compensation Board (N.B.)* (1973), 7 N.B.R. (2d) 36, [1973] N.B.J. No. 112 (S.C.A.D.) (QL) and *Crothers and Sussex Farm & Garden Ltd. v. Martin and Ascon Ltd. and Workers' Compensation Board (N.B.)* (1982), 44 N.B.R. (2d) 59, [1982] N.B.J. No. 392 (C.A.) (QL), this Court assumed that correctness was the proper review standard for questions of law. Admittedly, it was not until 1994 that the standard of review issue was expressly raised in this Court in *Spellman v. Gulf Operators Ltd. et al.* (1994), 143 N.B.R. (2d) 382, [1994] N.B.J. No. 27 (C.A.) (QL). Writing for the Court, Chief Justice Hoyt reaffirmed the law as it had been assumed to be in earlier precedents: see also *Martin v. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1998), 205 N.B.R. (2d) 319, [1998] N.B.J. No. 263 (C.A.) (QL). Subsequently, in *Gallant v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (2000), 228 N.B.R. (2d) 98, [2000] N.B.J. No. 320 (C.A.) (QL), this Court, per Drapeau J.A. (as he then was), was called on to reaffirm its earlier precedents.

I am not suggesting that the other factors set out in *Dunsmuir* have been ignored or that a statutory right to appeal a tribunal decision involving a question of law has been viewed determinative of the review standard: see the extensive analysis offered in *Keddy v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission, Region 3 Hospital Corporation and Anne Brown*, 2002 NBCA 24, 247 N.B.R.

(2d) 284. For example, when it comes to an appeal on a question of law, one cannot simply ignore the fact that, until recently, no member of the Appeals Tribunal was trained in the law. Nor has the Tribunal been guided in its legal determinations by the hand of independent legal counsel retained by the Appeals Tribunal. It is within this context that one has to approach the matter of tribunal expertise and not to be influenced by presumptions based, for example, on the realities of federal tribunals responsible for regulating such matters as energy, transportation or communications. In brief, so long as the analytical framework for identifying the applicable standard of review is premised on the understanding that the search for the proper standard is a search for legislative intent, the New Brunswick jurisprudence remains true to that of the Supreme Court.

[...]

As would be expected, the New Brunswick jurisprudence recognizes that tribunal decisions involving a question of mixed law and fact (the application of an analytical framework to unchallenged primary findings of fact) must be accorded deference on the standard of reasonableness, as articulated in *Dunsmuir*. Questions of fact are reviewable on the standard of palpable and overriding error. The review of factual determinations is consistent with the notion that a palpable and overriding error of fact qualifies as an error of law and also with s. 21(9) of the *WHSCC Act*: see generally *Brun v. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1996), 183 N.B.R. (2d) 172, [1996] N.B.J. No. 507 (C.A.) (QL); *VSL Canada Ltd. v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Duguay et al.*, 2011 NBCA 76, 376 N.B.R. (2d) 292; *Stewart v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2008 NBCA 45, 331 N.B.R. (2d) 278; *The City of Saint John v. The Workplace Health, Safety and Compensation Commission of New Brunswick and Rowe*, 2008 NBCA 83, 338 N.B.R. (2d) 213 and *New Brunswick Power Generation Corporation v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Dashwood*, 2011 NBCA 47, 374 N.B.R. (2d) 230.

[paras. 18-20 and 22]

B. *Grounds of Appeal*

[12] Grounds of appeal two through five allege errors of fact. In order to attract appellate intervention, any such error must be palpable and overriding. In my opinion, the appellant failed to demonstrate a palpable and overriding error with respect to any of the factual findings of the Tribunal; therefore, those four grounds of appeal must be dismissed. In effect, the Court was invited to retry the issues enumerated by the appellant, assess the evidentiary record, and reach its own conclusions. Clearly, that is not our role.

[13] The first ground of appeal alleges an error of law, specifically that the Appeals Tribunal has misapprehended the duty to accommodate. This ground poses somewhat of a challenge in that the Tribunal's decision makes no explicit reference to the duty to accommodate. The appellant invited the Court to look instead at the transcript, and argued that it disclosed an inappropriate understanding of accommodation principles on the part of the Tribunal.

[14] I could find no such lack of understanding by the Tribunal, and in any event, I am satisfied the employer made reasonable efforts to accommodate. It is important to note, however, that the rationale for the Tribunal's decision on the cessation of benefits issue was not grounded in its appraisal of how the employer had responded to the situation, *i.e.* accommodation, but rather how the appellant had conducted himself with respect to the gradual return-to-work program. The following excerpts from the Tribunal's decision confirm this understanding:

The Appeals Panel noted that both medical and other professionals involved in this case were of the opinion that there [were] absolutely no reasons why the appellant could not participate in a gradual return-to-work program, which the Panel accepts.

[...]

The Appeals Panel accepts the professional multidisciplinary team's report and agrees that the appellant could participate in a gradual return-to-work program.

Subsection 41(16) of the *Workers' Compensation Act* (the *Act*) states:

41(16) The Commission may also in its discretion diminish the compensation to which a worker is entitled or suspend payment thereof whenever the worker persists in dangerous and unsanitary practices imperiling or retarding his cure, or whenever he refuses to submit to such medical treatment and surgical aid as the Commission may deem necessary for his cure.

The Appeals Panel accepts that the Commission has the authority to do such and, since the appellant was not interested in returning to a gradual return to work, then the team was correct in its actions to suspend his benefits.

[pp. 6-7]

In summary, I find no merit in the first ground of appeal. Accordingly, it is for these reasons I was prepared to dismiss the appeal. However, there is one further matter that requires consideration.

C. *Position of the Respondent*

[15] The Court heard no argument from the respondent. On instructions from the Commission, counsel for the respondent made no oral submissions before the Court. The respondent's position on appeal is succinctly conveyed in the first paragraph of its written submission:

The Respondent, Workplace Health, Safety and Compensation Commission of New Brunswick ("WHSCC"), does not intend to either support or oppose the within appeal. Rather, the Respondent will attempt to provide assistance to the Court with the analysis of the applicable law, similar to the role served by *amicus curiae*.

[16] With respect, I find this position to be problematic. This is but one in a series of recent cases before our Court in which *WHSCC* is named as a party, and the concerns I have with the Commission's position in this matter are not new. I will, however, take this opportunity to articulate my frustration with the situation in the hope it may lead to either a change in approach or a change in the governing legislation.

[17] I begin with an overview of the nature and extent of judicial review of administrative decisions, and again refer to the words of Robertson J.A., in this instance writing for the Court in *Smith v. Province of New Brunswick (Department of Public Safety) and New Brunswick Human Rights Commission*, 2012 NBCA 41, [2012] N.B.J. No. 139 (QL):

There is one other matter which requires mention. At the appeal hearing, we noted the complainant had made the Commission a party to the application for judicial review, even though there is no provision in the *Human Rights Code* which grants the Commission status to appear as either a party or intervener in judicial review proceedings. Admittedly, s. 20(4.1) (now s. 23(7)) provides that in cases where the complaint goes to the inquiry stage, the Commission has carriage of the complaint and is a party to the inquiry. It should follow that if the commission is a party to the inquiry, it is a party to any subsequent judicial review proceedings. However, as s. 20(4.1) of the *Code* is not applicable, we asked whether the Commission had the requisite standing in circumstances where the Commission's decision was being attacked by the complainant and defended by the employer. The Commission was kind enough to provide us with a supplementary submission regarding the issue of standing.

The Commission's supplemental brief refers to several cases in which the Commission has been named as a party to a judicial review or appeal proceeding. However, none of the cases raise the issue of tribunal standing. This leaves us to consider this Court's decision in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America v. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 N.B.R. (2d) 93. In that case, a decision of the Labour and Employment Board had been subjected to judicial review. The employer was challenging the decision and the union defending it. The

application was allowed and, on appeal to this Court, the Board notified the Registrar that it would be making written submissions and appearing at the scheduled hearing. In the absence of a statutory provision bestowing standing on the Board, this Court rejected the Board's contention it possessed the inherent right to participate in the proceedings, either in the Court of Queen's Bench or in this Court, once the originating document issued. This Court held that the Board may participate in the proceedings, provided the requisite standing was obtained pursuant to either Rule 15.02 or 15.03 of the *Rules of Court*. Save for s. 20(4.1), there is no provision of the *Human Rights Code* which makes the Commission a party to any legal proceedings in which one of its decisions is being reviewed judicially. Nor does the *Code* give the Commission the general right to participate in review proceedings. This omission is to be contrasted with the legislation governing workers' compensation claims under the *Workers' Compensation Act*, R.S.N.B. 1973, c. W-13 and the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission Act*, S.N.B. 1994, c. W-14. Within that framework, the Workers' Compensation Commission is given the right to participate in appeals to this Court from the Appeals Tribunal: see s. 23(6) of the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission Act*.

There will be cases where the Commission cannot avoid being a named party: see *New Brunswick Human Rights Commission v. Province of New Brunswick*, where the Commission was named a party in order to avoid the embarrassment of having one government Minister suing another. But that is the exceptional case. Hence, the Commission more often than not will need to seek the requisite standing. But I do not want to leave the impression this Court is unsympathetic or antagonistic to the Commission exercising its legal right to seek standing. In cases where it is alleged the tribunal breached the fairness duty, the decision to grant status as an intervener or a party is normally expected, particularly if the allegation relates to post-hearing matters or allegations of actual or perceived bias. While standing has often been granted in cases where the tribunal's jurisdiction is in issue, the Supreme Court has recently narrowed the concept of jurisdiction by use of a presumption: see *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654,

in particular, para. 31. There are also cases where one of the parties lacks the ability to defend a tribunal decision, as is true in the case of the self-represented litigant. In such circumstances, the tribunal may be driven by practical necessity to obtain the requisite standing.

It must be remembered that the lead decision of the Supreme Court with respect to tribunal standing remains *Northwestern Utilities Ltd. et al. v. Edmonton*. The precedential significance of that case can be reduced to the proposition that no tribunal is entitled to make submissions aimed at bolstering reasons that are otherwise viewed as being materially deficient. Bluntly stated: “bootstrapping” is not permitted. The long and the short of it is that the Supreme Court held that the ability of a tribunal to make submissions embracing the merits of the case undermines the principle of tribunal impartiality. At the same time, this Court recognized that the subsequent jurisprudence has made room for exceptions. The law in New Brunswick is summarized in *Bransen Construction*, in the following manner:

In summary, a tribunal seeking intervener status must persuade the court that: the case is of precedential significance; the tribunal can contribute to the proceedings in a way not reasonably expected of the parties; and the principle of impartiality can and will be respected. Written submissions that address the merits of the decision do not offend this principle, except those intended to bootstrap tribunal reasons that are materially deficient. Oral submissions that respond only to questions posed by the reviewing court, or are of brief duration, qualify as non-aggressive participation that respect the principle of impartiality. [para. 36]

As the Commission was made a party to the proceedings and no one objected to its participation, there is no need to comment further with respect to the standing issue: see generally *Ontario (Children’s Lawyer) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [2005] O.J. No. 1426 (C.A.) (QL); *B.C. Teachers’ Federation, Nanaimo District Teachers’ Association et al. v. Information and Privacy Commissioner (B.C.) et al.*, 2005 BCSC 1562, [2005] B.C.J. No. 2394 (QL) and *Leon’s Furniture Limited v. Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, 2011

ABCA 94, [2011] A.J. No. 338 (QL), which draws a distinction between cases in which the tribunal is adjudicating over a dispute between two adversaries and those in which it is not.

[paras. 20-24]

[18] As noted by Robertson J.A. in *Smith*, the workers' compensation scheme in New Brunswick imbues the *WHSCC* with a statutory right to participate in appeals before this Court on decisions of the Appeals Tribunal. Section 23(6) of the *Workplace Health Safety and Compensation Commission Act* provides as follows:

Appeal to Court of Appeal

[...]

23(6) The Commission is entitled to be represented by counsel on the hearing of an appeal.

Appel à la Cour d'appel

[...]

23(6) Lors de l'audition de l'appel, la Commission a le droit d'être représentée par un avocat.

Interestingly, the provision does not explicitly state the Commission is a *party* in such proceedings.

[19] The Commission regularly appears before this Court in appeals from decisions of the Appeals Tribunal. The challenge for the Court is the lack of consistency as to how the Commission construes its role. I will elaborate.

[20] In some instances, the Commission is named as the sole respondent, as is the situation in the present case. In other instances, the Commission is named as a respondent in addition to the employer, if the appellant is the worker, or in addition to the worker, if the appellant is the employer. The problem lies in how the Commission chooses to participate as respondent. On Mr. Sanford's appeal, the Commission takes no position. In some cases, the Commission vigorously defends the impugned decision of the Appeals Tribunal. On occasion, the Commission argues against the decision of the Appeals Tribunal, and adopts a position supportive of the appellant. It is this latter scenario which produces the most troubling results. I cite as a glaring example *J.D.*

Irving, Limited (Sussex Sawmill) v. Wayne Douthwright and Workplace Health, Safety and Compensation Commission, 2012 NBCA 35, 386 N.B.R. (2d) 241, in which Richard J.A. wrote:

[...] Section 34 of the *Workers' Compensation Act* contains a privative clause that gives certain exclusive jurisdiction to the Commission, but the final authority as to the Commission's decisions rests with the Appeals Tribunal. Section 21(1) of the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission Act* leaves no ambiguity in this regard. It provides a final right of appeal to the Appeals Tribunal, notwithstanding any provision of the *Workers' Compensation Act*. Moreover, s. 21(11) provides as follows:

21(11) Any decision, determination, direction, declaration, order, interim order or ruling of, or any act or thing done by a panel of the Appeals Tribunal shall be a decision, determination, direction, declaration, order, interim order or ruling of, or an act or thing done by the Commission.

This provision highlights the absurdity of the Commission's position in this appeal. As the final administrative determination of the issue, the decision of the Appeals Tribunal is the "decision [of] the Commission", yet the Commission supports the Appellant's position. The Commission is arguing against its own decision.

[paras. 47-48] [Emphasis in original.]

[21] The remarkable aspect of the *Douthwright* appeal was having the Commission argue the Appeals Tribunal's decision was wrong, that it should be set aside, and that the Court should embrace the position of the appellant employer and allow the appeal. Given the clear wording of s. 21(11) of the *Act*, the Commission was in effect saying that its own decision was made in error, and that its own decision should be overturned and set aside.

[22] The reason scenarios such as the one which occurred in *Douthwright* should not be allowed is straightforward: the Commission should not be permitted to

seize upon an appeal to this Court as a second chance to make the case it “lost” before its own Appeals Tribunal.

[23] In the case before us, the Court was not afforded the benefit of a fully articulated response to the appellant’s assertions. That, after all, is what is normally expected of the respondent, and it is this process which best allows for a complete airing of the pertinent issues.

[24] With respect, perhaps the time has come for the Legislature to consider the implications of s. 21(11). In the alternative or in the meantime, I am of the opinion the Commission should come before this Court adopting a clear, consistent position: the decision of the Appeals Tribunal was correct, and should be upheld. For greater clarity, it is reasonable to expect the Commission to adhere to the following general framework when participating in appeals before this Court:

1. If the Commission is the sole respondent, or if another named respondent does not appear, or is unrepresented by legal counsel, the Commission is expected to defend the decision of the Appeals Tribunal. An obvious exception to this general principle would be a decision of the Appeals Tribunal which is clearly unsustainable, e.g. a decision of Appeals Tribunal plainly at odds with a decision of this Court or the Supreme Court of Canada.
2. If another named respondent does appear to support the decision of the Appeals Tribunal, and is represented by legal counsel, the Commission may be expected to respond to questions posed by the Court as would an intervener.
3. In certain circumstances (e.g. an allegation of a breach of the fairness duty), the Commission will be expected to defend the decision of the

Appeals Tribunal, even if another named respondent is represented by legal counsel.

VI. Disposition

[25] The appeal was dismissed from the bench with reasons to follow. Given the respondent took no position on the appeal, I would award no costs.

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] L'appelant a subi un accident du travail en janvier 2007 et sa demande de prestations a été acceptée sous le régime de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13 (la *Loi*). M. Sanford a interjeté appel de deux décisions ultérieures de la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail devant le Tribunal d'appel constitué en vertu de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, L.N.-B. 1994, ch. W-14. Son appel devant le Tribunal a été rejeté et M. Sanford porte maintenant cette décision en appel devant notre Cour. À l'issue de l'audience, nous avons rejeté l'appel de M. Sanford et indiqué que les motifs suivraient. Voici mes motifs.

II. Contexte

[2] L'appelant était un employé de Postes Canada à Moncton, au Nouveau-Brunswick, à titre de facteur. Il habitait à Miramichi, au Nouveau-Brunswick. Environ 150 kilomètres séparent ces deux villes.

[3] Le 26 janvier 2007, pendant qu'il travaillait, l'appelant a glissé et est tombé sur la glace. Sa demande de prestations, relativement à son accident du travail, a été acceptée sous le régime de la *Loi* le 15 mars 2007.

[4] L'appelant a signalé qu'après son accident du travail, il a commencé à avoir des problèmes avec ses intestins.

[5] Le 21 février 2008, l'appelant a subi une opération de la colonne vertébrale relativement à l'accident du travail.

[6] En juin 2009, un programme a été conçu afin que l'appelant puisse reprendre son emploi. On lui confierait des fonctions moins ardues, notamment le tri du courrier et des tâches connexes, à une installation située à Moncton, pendant le quart de minuit à huit heures. L'appelant n'a pas pris part à ce programme, invoquant des problèmes de santé liés à son accident du travail.

[7] Dans une lettre datée du 23 juillet 2009, la Commission a informé l'appelant que ses prestations prendraient fin le 27 juillet 2009. Les raisons suivantes ont été invoquées :

[TRADUCTION]

[...] Vous nous avez fait savoir que vous n'alliez pas poursuivre votre programme de retour progressif au travail. Travail sécuritaire NB vous a offert un logement à Moncton pour minimiser vos déplacements en voiture, dans le but de vous aider à continuer votre programme de réadaptation. L'information fournie par votre médecin de famille [confirme] [TRADUCTION] « qu'une partie du problème est le fait qu'il doit faire la navette entre Miramichi et Moncton chaque jour » [.]. Il a aussi fait savoir que si vous n'aviez pas à faire ces déplacements, vous pourriez terminer le programme de retour au travail.

[8] Les décisions de la Commission qui sous-tendent cette affaire sont les suivantes :

1. Le 23 juillet 2009, la Commission a décidé que le versement des prestations de l'appelant cesserait parce qu'il ne voulait pas poursuivre le programme établi de retour au travail. Cette décision a été confirmée le 7 octobre 2009.
2. Le 25 octobre 2009, la Commission a déterminé que les diarrhées dont souffrait l'appelant n'étaient pas liées à sa blessure indemnisable et à son opération

ultérieure. Cette décision a été confirmée le 8 novembre 2009.

III. Décision du Tribunal d'appel

[9] Les deux extraits suivants de la décision du Tribunal d'appel résument de façon concise ses conclusions et sa décision relativement à l'appelant.

[TRADUCTION]

Après avoir examiné toutes les renseignements au dossier, ainsi que ceux présentés à l'audience, le Tribunal d'appel a conclu que les problèmes d'intestins dont souffre l'appelant ne sont pas liés à ses problèmes de dos indemnissables. Deuxièmement, le comité a constaté que l'appelant avait choisi de vivre dans une autre partie de la province et qu'il allait devoir conduire une grande distance pour se rendre à son lieu de travail, lui causant ainsi de la douleur. De plus, il ne pouvait pas travailler le quart de nuit, bien que cela fasse partie de ses responsabilités envers son employeur. L'appelant s'est appuyé sur ces deux motifs pour justifier sa non-participation au programme de retour progressif au travail. Le comité n'a trouvé aucune preuve médicale objective pour justifier sa non-participation et ne pouvait donc pas accepter l'un ou l'autre des motifs invoqués par l'appelant.

[...]

Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, le Tribunal d'appel a déterminé qu'il y avait suffisamment de preuves médicales pour conclure que les problèmes d'intestins dont souffre l'appelant ne sont pas le résultat d'une blessure indemnissable. Deuxièmement, il n'y a aucune preuve objective qui indique que l'appelant ne pourrait pas participer à un programme quelconque de retour progressif. L'emplacement géographique de son emploi n'a pas changé depuis l'accident, et le trajet en voiture ne pose pas de problème puisqu'il a d'autres options, telles le covoiturage ou le logement dans la ville où il effectue son travail.

[p. 3 et 7]

IV. Questions en litige

[10] L'appelant invoque cinq moyens d'appel et attribue les erreurs suivantes au Tribunal d'appel :

1. avoir mal interprété l'obligation qu'avait l'employeur de prendre des mesures d'adaptation;
2. avoir conclu que les déplacements entre [TRADUCTION] « sa maison et son lieu de travail » n'étaient pas une question pertinente relativement à son accident du travail;
3. avoir accepté qu'il [TRADUCTION] « n'y avait absolument aucune raison pour que l'appelant ne puisse pas participer à un programme de retour progressif au travail »;
4. avoir conclu qu'il n'y avait [TRADUCTION] « aucune preuve objective qui indique que l'appelant ne pourrait pas participer à un programme quelconque de retour progressif ».
5. n'avoir pas tenu compte de la preuve du médecin de l'appelant selon laquelle la diarrhée dont souffrait ce dernier constituait une blessure indemnifiable.

V. Droit et analyse

A. *Norme de contrôle*

[11] La norme de contrôle qui s'applique aux décisions portant sur l'indemnisation des victimes d'accidents du travail est bien établie. Dans l'arrêt *Société canadienne des postes c. Carroll et Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick*, 2012 NBCA 18, 383 R.N.-B. (2^e) 326, le juge Robertson, s'exprimant au nom de la Cour, a donné une explication exhaustive des règles de droit applicables :

Avec l'adoption par voie législative du régime d'assurance en milieu de travail en 1918, les décisions de la Commission des accidents du travail portant sur des questions de droit et de compétence étaient contrôlées selon la norme de la décision correcte. En vertu de la *Workmen's Compensation Act*, S.N.B. 1918, ch. 37, par. 33(1) et art. 35, le législateur néo-brunswickois déclarait que les décisions de la Commission sur des questions de droit et de fait étaient [TRADUCTION] « définitives et péremptoires », sous réserve seulement d'un droit d'appel direct à la Cour d'appel, avec l'autorisation d'un juge de la Cour du Banc de la Reine, au sujet d'une question de droit ou de compétence de la Commission. En vertu de la loi en vigueur en 1973, les décisions de la Commission étaient expressément réputées être définitives et non susceptibles de révision devant un tribunal, sous réserve d'un droit d'appel devant notre Cour sur des questions de droit et des questions relatives à la compétence : voir la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13, par. 34(1) et 36(2). Le Tribunal d'appel a été établi en 1989 (L.N.-B. 1989, ch. 65, art. 5). La loi modificative déclarait définitives les décisions du Tribunal d'appel, sous réserve uniquement d'un appel devant notre Cour sur une question de droit ou de compétence. En 1994, on a adopté une loi modificative qui dotait le Tribunal d'appel du statut d'instance décisionnelle indépendante. Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail* actuelle établit un « dernier droit d'appel » devant le Tribunal d'une décision rendue par la Commission. Le paragraphe 21(12) de cette *Loi* prévoit également que toutes les décisions du Tribunal d'appel sont définitives, sous réserve seulement d'un appel devant notre Cour concernant une question de droit ou de compétence.

La jurisprudence néo-brunswickoise reconnaît généralement que dès le commencement, notre Cour a appliqué la norme de la décision correcte aux questions de droit et de compétence. De fait, certaines des toutes premières causes sont antérieures à l'élaboration de la doctrine moderne de la retenue judiciaire. Dans l'arrêt *Lanteigne c. Workmen's Compensation Board* (1973), 7 R.N.-B. (2^e) 36, [1973] A.N.-B. n^o 112 (C.S.N.-B., Div. d'appel) (QL) et *Crothers c. Martin et al.* (1982), 44 R.N.-B. (2^e) 59, [1982] A.N.-B. n^o 392 (C.A.) (QL), notre Cour a émis l'hypothèse que la norme de la décision

correcte était la norme de contrôle appropriée en ce qui concerne les questions de droit. Certes, ce n'est qu'en 1994 que notre Cour a expressément soulevé la question de la norme de contrôle dans l'arrêt *Spellman c. Gulf Operators Ltd. et al.* (1994), 143 R.N.-B. (2^e) 382, [1994] A.N.-B. n^o 27 (C.A.) (QL). S'exprimant au nom de la Cour, le juge en chef Hoyt a confirmé le droit tel qu'il avait été présumé être dans des décisions antérieures : voir également *Martin c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1998), 205 R.N.-B. (2^e) 319, [1998] A.N.-B. n^o 263 (C.A.) (QL). Par la suite, dans l'arrêt *Gallant c. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (2000), 228 R.N.-B. (2^e) 98, [2000] A.N.-B. n^o 320 (C.A.) (QL), notre Cour, par l'entremise du juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre), a été invitée à confirmer ses arrêts antérieurs.

Je ne veux aucunement laisser entendre que les autres facteurs énoncés dans l'affaire *Dunsmuir* ont été laissés de côté ou que l'existence d'un droit d'origine législative d'interjeter appel d'une décision d'un tribunal portant sur une question de droit a été jugée déterminante dans le choix de la norme de contrôle : voir l'analyse exhaustive effectuée dans l'arrêt *Keddy c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail, Corporation hospitalière de la Région 3 et Anne Brown*, 2002 NBCA 24, 247 R.N.-B. (2^e) 284. Par exemple, s'agissant d'un appel sur une question de droit, il est impossible de mettre tout simplement de côté le fait que jusqu'à une date récente, aucun membre du Tribunal d'appel n'avait de formation juridique. Le Tribunal n'a pas non plus été guidé, dans ses solutions aux questions de droit, par un conseiller juridique indépendant dont les services avaient été retenus par le Tribunal d'appel. C'est dans ce contexte qu'il faut aborder la question de l'expertise du tribunal, sans se laisser influencer par des présomptions fondées, par exemple, sur des réalités propres aux tribunaux administratifs fédéraux chargés de régir des secteurs comme l'énergie, les transports ou les communications. Bref, tant que le cadre analytique qui sert à déterminer quelle est la norme de contrôle applicable sera fondé sur le postulat que la recherche de la norme appropriée est une recherche de l'intention du législateur, la jurisprudence néo-brunswickoise restera fidèle à celle de la Cour suprême.

[...]

Comme on pouvait s'y attendre, la jurisprudence néo-brunswickoise reconnaît que les décisions des tribunaux administratifs portant sur une question mixte de droit et de fait (l'application d'un cadre analytique à des conclusions non contestées relatives à des faits prouvés directement) commandent la déférence suivant la norme de la décision raisonnable comme cela a été énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir*. La norme qui préside au contrôle des questions de fait est celle de l'erreur manifeste et dominante. Le contrôle des questions de fait concorde avec la notion qu'une erreur de fait manifeste et dominante représente une erreur de droit, ainsi qu'avec le par. 21(9) de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail* : voir en général *Brun c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (N.-B.)* (1996), 183 R.N.-B. (2^e) 172, [1996] A.N.-B. n^o 507 (C.A.) (QL), *VSL Canada Ltd. c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail et Duguay et autres*, 2011 NBCA 76, 376 R.N.-B. (2^e) 292; *Stewart c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2008 NBCA 45, 331 R.N.-B. (2^e) 278; *City of Saint John c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick et Rowe*, 2008 NBCA 83, 338 R.N.-B. (2^e) 213 et *Corporation de production Énergie Nouveau-Brunswick c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick et Dashwood*, 2011 NBCA 47, 374 R.N.-B. (2^e) 230.

[par. 18 à 20 et par. 22]

B. Moyens d'appel

[12] L'appelant soutient, dans ses moyens d'appel deux à cinq, que le Tribunal a commis des erreurs de fait. Une erreur de fait doit être manifeste et dominante pour que la Cour d'appel intervienne. Je suis d'avis que l'appelant n'a pas réussi à démontrer qu'une erreur manifeste et dominante avait été commise relativement aux conclusions de fait du Tribunal. Ces quatre moyens d'appel doivent donc être rejetés. En fait, j'estime qu'on demande à notre Cour d'instruire de nouveau les questions énumérées par

l'appelant, d'évaluer le dossier de la preuve et d'arriver à nos propres conclusions. Manifestement, ce n'est pas notre rôle.

[13] Dans son premier moyen d'appel, l'appelant fait valoir que le Tribunal d'appel a commis une erreur de droit, plus précisément qu'il a mal interprété l'obligation qu'avait l'employeur de prendre des mesures d'adaptation. Ce moyen d'appel pose un défi en quelque sorte, parce que la décision du Tribunal ne mentionne pas explicitement l'obligation qu'avait l'employeur de prendre des mesures d'adaptation. L'appelant a demandé que la Cour examine plutôt la transcription et il soutient qu'elle démontre que le Tribunal a mal interprété les principes relatifs aux mesures d'adaptation.

[14] Je n'ai rien trouvé qui dénote un manque de compréhension de la part du Tribunal, et de toute façon, je suis convaincu que l'employeur a fait des efforts raisonnables pour mettre en place des mesures d'adaptation. Il est important de souligner, toutefois, que le raisonnement qui sous-tendait la décision du Tribunal de mettre fin aux prestations de l'appelant n'était pas fondé sur son évaluation de la façon dont l'employeur avait réagi à la situation (ses tentatives de mettre en place des mesures d'adaptation). Il était plutôt fondé sur le comportement de l'appelant relativement au programme de retour progressif au travail. Les extraits suivants de la décision du Tribunal confirment cette interprétation :

[TRADUCTION]

Le Tribunal d'appel a constaté que les professionnels de la santé et les autres experts qui ont témoigné dans cette affaire étaient tous d'avis qu'il n'y avait absolument aucune raison pour justifier la non-participation de l'appelant à un programme de retour progressif au travail, ce que le Tribunal accepte.

[...]

Le Tribunal d'appel accepte le rapport de l'équipe multidisciplinaire d'experts et convient que l'appelant pourrait participer à un programme de retour progressif au travail.

Le paragraphe 41(16) de la *Loi sur les accidents du travail* énonce ce qui suit :

41(16) La Commission peut aussi à sa discrétion diminuer l'indemnité à laquelle un travailleur a droit ou en suspendre son paiement chaque fois que le travailleur persiste dans des pratiques dangereuses et malsaines qui compromettent ou retardent sa guérison, ou chaque fois qu'il refuse de se soumettre au traitement médical et à l'intervention chirurgicale que la Commission, le cas échéant, juge nécessaires à sa guérison.

Le Tribunal d'appel accepte que la Commission a l'autorité d'agir ainsi et, puisque l'appelant ne souhaitait pas participer à un programme de retour progressif au travail, le comité a eu raison de mettre fin à ses prestations.

[p. 6 et 7]

En résumé, je conclus que le premier moyen d'appel invoqué par l'appelant est sans fondement. C'est donc pour ces motifs que j'étais prêt à rejeter l'appel. Nous devons toutefois examiner une autre question.

C. *La position de l'intimée*

[15] L'intimée n'a présenté aucun argument à la Cour. Suivant les directives de la Commission, l'avocat de l'intimée n'a pas fait d'observations orales devant la Cour. La position de l'intimée en appel est exposée succinctement dans le premier paragraphe de ses observations écrites :

[TRADUCTION]

L'intimée, la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick (« CSSIAT »), n'a pas l'intention d'appuyer ou d'opposer le présent appel. L'intimée tentera plutôt d'apporter son aide à la Cour dans l'analyse du droit applicable, comme le ferait un ami de la Cour.

[16] En toute déférence, je trouve que cette position est problématique. Ce n'est qu'une affaire parmi une série d'affaires instruites devant notre Cour récemment, dans laquelle la CSSIAT est nommée comme partie, et les inquiétudes que j'ai relativement à la position de la Commission dans cette affaire ne datent pas d'hier. Je vais toutefois profiter de l'occasion pour exprimer mes frustrations par rapport à cette situation en espérant que cela pourra mener à un changement d'optique ou une modification des dispositions législatives en vigueur.

[17] Je vais commencer en donnant une vue d'ensemble de la nature et de la portée de la révision judiciaire en ce qui a trait aux décisions administratives. Je me réfère encore une fois au juge d'appel Robertson qui, cette fois, rendait jugement au nom de la Cour dans l'arrêt *Smith c. Province du Nouveau-Brunswick (Ministère de la Sécurité publique) et Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick*, 2012 NBCA 41, [2012] A.N.-B. n° 139 (QL) :

Il reste une question qui mérite d'être mentionnée. Pendant l'audition de l'appel, nous avons remarqué que le plaignant avait désigné la Commission comme partie à la requête en révision judiciaire, même si le *Code des droits de la personne* ne contient aucune disposition conférant à la Commission la qualité requise pour comparaître soit comme partie, soit comme intervenante dans l'instance en révision judiciaire. Certes, le par. 20(4.1) (aujourd'hui le par. 23(7)) prévoit que dans les cas où la plainte est portée à l'étape de l'enquête, la Commission a charge de la plainte et est partie à l'enquête. Il devrait s'ensuivre que si la Commission est partie à l'enquête, elle est partie à toute instance ultérieure de révision judiciaire. Toutefois, puisque le par. 20(4.1) du *Code* est inapplicable, nous avons demandé si la Commission avait la qualité requise pour agir dans les cas où la décision de la Commission était contestée par le plaignant et défendue par l'employeur. La Commission a bien voulu nous fournir un mémoire supplémentaire concernant la question de la qualité pour agir.

Le mémoire supplémentaire de la Commission renvoie à plusieurs affaires où la Commission a été désignée comme partie à une instance de révision judiciaire ou d'appel.

Toutefois, aucune de ces affaires n'a soulevé la question de la qualité pour agir du tribunal administratif. Il nous reste alors à examiner la décision de notre Cour dans l'affaire *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 1386 c. Bransen Construction Ltd.*, 2002 NBCA 27, 249 R.N.-B. (2^e) 93. Dans cette affaire, une décision de la Commission du travail et de l'emploi avait été portée en révision judiciaire. L'employeur contestait la décision et le syndicat la défendait. La requête a été accueillie et, en appel devant notre Cour, la Commission a informé le registraire qu'elle présenterait un mémoire et comparaitrait à l'audience prévue. En l'absence d'une disposition législative conférant à la Commission la qualité pour agir, notre Cour a rejeté la prétention de la Commission voulant qu'elle possède le droit inhérent de participer aux instances, soit à la Cour du Banc de la Reine, soit à notre Cour, une fois que l'acte introductif d'instance a été délivré. Notre Cour a déclaré que la Commission peut participer à l'instance pourvu que la qualité pour agir requise ait été obtenue en vertu des règles 15.02 ou 15.03 des *Règles de procédure*. À l'exception du par. 20(4.1), le *Code des droits de la personne* ne contient aucune disposition qui fait de la Commission une partie à des instances judiciaires où l'une de ses décisions fait l'objet d'une révision judiciaire. Le *Code* ne donne pas non plus à la Commission le droit général de participer aux instances de révision. Il faut remarquer le contraste entre cette omission et la législation qui régit les demandes d'indemnisation des accidents au travail présentées en vertu de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13, et de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, L.N.-B. 1994, ch. W-14. Dans ce cadre, la Commission de l'indemnisation des accidents au travail est investie du droit de participer aux appels formés devant notre Cour à l'encontre du Tribunal d'appel : voir le par. 23(6) de la *Loi sur la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*.

Il existe des cas où la Commission ne peut pas éviter d'être une partie désignée : voir l'affaire *Commission des droits de la personne du Nouveau-Brunswick c. Province du Nouveau-Brunswick*, où la Commission a été désignée comme partie pour éviter l'embarras de voir un ministre en poursuivre un autre. Mais un tel cas est exceptionnel. Il s'ensuit que la Commission, plus souvent qu'autrement,

devra solliciter la qualité pour agir requise. Toutefois, je ne veux pas donner l'impression que notre Cour est défavorable ou opposée à ce que la Commission exerce son droit légal de demander la qualité pour agir. Dans les cas où on soutient que le tribunal administratif a manqué à son obligation d'agir équitablement, la décision de lui accorder la qualité d'intervenante ou de partie est normalement attendue, particulièrement si l'allégation a trait à des affaires postérieures à l'audience ou à des allégations de partialité réelle ou apparente. Bien que la qualité pour agir ait souvent été accordée dans les affaires où la compétence du tribunal administratif est en litige, la Cour suprême a récemment rétréci la notion de compétence en recourant à une présomption : voir l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, en particulier au par. 31. Il existe aussi des cas où l'une des parties n'a pas la capacité de défendre la décision d'un tribunal administratif, comme il arrive lorsque le plaideur se représente lui-même. Dans de telles circonstances, le tribunal administratif peut être motivé à obtenir la qualité pour agir requise par une nécessité pratique.

On doit se souvenir que la décision de principe de la Cour suprême au sujet de la qualité pour agir d'un tribunal administratif est toujours l'arrêt *Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Edmonton*. L'importance jurisprudentielle de cette affaire peut se ramener à la proposition voulant qu'aucun tribunal administratif n'ait le droit de faire des observations visant à étoffer des motifs qui sont considérés par ailleurs comme présentant des lacunes importantes. Pour le dire carrément, il ne lui est pas permis de « suppléer » aux lacunes de sa décision. En bref, la Cour suprême a déclaré que la capacité d'un tribunal administratif de faire des observations englobant le fond de l'affaire compromet le principe de l'impartialité de ce tribunal. En même temps, notre Cour a reconnu que la jurisprudence ultérieure fait place à des exceptions. L'état du droit au Nouveau-Brunswick est résumé comme suit dans l'arrêt *Bransen Construction* :

En résumé, le tribunal administratif qui souhaite avoir qualité pour intervenir doit persuader la cour que l'affaire a une importance jurisprudentielle, qu'il peut contribuer à l'instance d'une manière autre que celle à laquelle on peut raisonnablement s'attendre

des parties et que le principe de l'impartialité peut être respecté et qu'il le sera. Sauf pour ce qui est de ceux qui visent à suppléer à des motifs par ailleurs substantiellement incomplets, les mémoires qui traitent du fond de la décision ne transgressent pas ce principe. L'argumentation orale qui ne fait que répondre aux questions de la cour de révision, ou qui est courte, est considérée comme une participation non active qui respecte le principe de l'impartialité.
[Par. 36]

Puisque la Commission a été constituée comme partie à l'instance et que personne ne s'est opposé à sa participation, il n'est pas nécessaire d'en dire davantage sur la question de la qualité pour agir : voir en général les arrêts *Ontario (Children's Lawyer) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [2005] O.J. No. 1426 (C.A.) (QL), *B.C. Teachers' Federation, Nanaimo District Teachers' Association et al. c. Information and Privacy Commissioner (B.C.) et al.*, 2005 BCSC 1562, [2005] B.C.J. No. 2394 (QL), et *Leon's Furniture Ltd. c. Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, 2011 ABCA 94, [2011] A.J. No. 338 (QL); ce dernier établit une distinction entre les cas où le tribunal administratif statue sur un litige entre deux adversaires et les cas où il ne le fait pas.
[par. 20 à 24]

[18] Comme l'a fait remarquer le juge d'appel Robertson dans l'arrêt *Smith*, le régime d'indemnisation des accidents du travail au Nouveau-Brunswick investit la *CSSIAT* du droit de participer aux appels formés devant notre Cour à l'encontre du Tribunal d'appel. Le paragraphe 23(6) de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail* prévoit ce qui suit :

Appeal to Court of Appeal

[...]

23(6) The Commission is entitled to be represented by counsel on the hearing of an appeal.

Appel à la Cour d'appel

[...]

23(6) Lors de l'audition de l'appel, la Commission a le droit d'être représentée par un avocat.

Chose intéressante, cette disposition n'indique pas explicitement que la Commission est une *partie* à de telles instances.

[19] La Commission participe régulièrement aux appels formés devant notre Cour à l'encontre du Tribunal d'appel. La difficulté, pour la Cour, s'avère être le manque de cohérence dans la façon dont la Commission conçoit son rôle. Je vais préciser ma pensée.

[20] Dans certains cas, la Commission est la seule intimée nommée, comme c'est le cas en l'espèce. Dans d'autres instances, la Commission est nommée à titre d'intimée en plus de l'employeur, si l'employé est l'appelant, ou elle est nommée à titre d'intimée en plus de l'employé, si l'employeur est l'appelant. Le problème est attribuable à la façon dont la Commission choisit de participer à titre d'intimée. Dans l'appel de M. Sanford, la Commission ne prend aucune position. Dans certains cas, la Commission défend énergiquement la décision du Tribunal d'appel qui est contestée. Parfois, la Commission milite contre la décision du Tribunal, et adopte une position qui appuie celle de l'appelant. C'est ce type de scénario qui produit les résultats les plus préoccupants. Je cite comme exemple flagrant l'arrêt *J.D. Irving, Limited (scierie de Sussex) c. Wayne Douthwright et Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2012 NBCA 35, 386 R.N.-B (2^e) 241, dans lequel le juge d'appel Richard a écrit :

[...] l'article 34 de la *Loi sur les accidents du travail* renferme une clause privative qui confère à la Commission une certaine compétence exclusive, mais c'est au Tribunal d'appel qu'il incombe de statuer en dernier ressort sur les décisions de la Commission. Le paragraphe 21(1) de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail* ne laisse aucune ambiguïté à cet égard. Il prévoit qu'il existe un dernier droit d'appel devant le Tribunal d'appel, nonobstant toute disposition de la *Loi sur les accidents du travail*. De plus, le par. 21(11) est ainsi libellé :

21(11) Toute décision, directive, déclaration, ordonnance, ordonnance provisoire, ordre ou tout

jugement d'un comité du Tribunal d'appel ou tout acte ou toute chose qu'il a accompli, constitue une décision, directive, déclaration, ordonnance, ordonnance provisoire ou un jugement de la Commission, ou un acte ou une chose qu'elle a accompli.

Cette disposition montre à quel point la thèse que défend la Commission en l'espèce est absurde. En sa qualité de décision administrative définitive sur la question, la décision du Tribunal d'appel est la « décision [...] de la Commission », mais la Commission appuie pourtant la thèse de l'appelante. La Commission conteste ainsi sa propre décision.

[par. 47 et 48] [Souligné dans l'original.]

[21] Ce qui est étonnant dans l'appel *Douthwright*, c'est que la Commission a fait valoir que la décision du Tribunal d'appel était erronée, que cette décision devrait être annulée et que la Cour devrait accepter la thèse de l'appelante et accueillir l'appel. Compte tenu du libellé clair du par. 21(11) de la *Loi*, la Commission, en réalité, se trouvait à dire que sa propre décision était erronée, et que cette dernière devait être infirmée et annulée.

[22] La raison pour laquelle la Cour ne devrait pas permettre des stratégies telle celle qui a été utilisée dans l'arrêt *Douthwright* n'est guère compliquée : la Commission ne devrait pas être autorisée à se servir d'un appel devant notre Cour pour faire valoir la cause qu'elle a « perdue » devant son propre Tribunal d'appel.

[23] La Cour, en l'espèce, n'a pas pu profiter d'une réponse détaillée de la part de l'intimée aux assertions de l'appelant. Après tout, c'est ce à quoi l'on s'attend normalement de l'intimée et c'est cette façon de faire qui permet le mieux d'exposer en détail les questions litigieuses.

[24] En toute déférence, peut-être le temps est-il venu pour le législateur d'examiner les incidences du par. 21(11). Subsidiairement ou dans l'entre-temps, je suis d'avis que la Commission devrait présenter une position claire et constante lorsqu'elle se

présente devant notre Cour : la décision du Tribunal d'appel était correcte et devrait être confirmée. Par souci de clarté, il est raisonnable de s'attendre à ce que la Commission respecte le cadre général suivant lorsqu'elle prend part à des appels devant notre Cour :

1. Si la Commission est la seule intimée, ou si un autre intimé désigné ne se présente pas, ou que ce dernier n'est pas représenté par un conseiller juridique, on s'attendra à ce que la Commission défende la décision du Tribunal d'appel. Une exception évidente à ce principe général serait une décision du Tribunal d'appel qui est nettement insoutenable, par ex., une décision du Tribunal d'appel qui, manifestement, est incompatible avec une décision de notre Cour ou de la Cour suprême du Canada.
2. Si un autre intimé désigné ne se présente pas pour appuyer la décision du Tribunal d'appel, et que ce dernier est représenté par un conseiller juridique, on pourrait demander à la Commission de répondre aux questions posées par la Cour, comme le ferait un intervenant.
3. Dans certaines circonstances (par ex : une allégation qu'il y a eu manquement à l'obligation d'agir équitablement), l'on s'attendra à ce que la Commission défende la décision du Tribunal d'appel, même si un autre intimé désigné est représenté par un conseiller juridique.

VI. Dispositif

[25] Nous avons rejeté l'appel, séance tenante, avec motifs à suivre. Compte tenu du fait que l'intimée n'a pas pris position en appel, je n'accorderai aucuns dépens.