

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

130-18-CA

PHILIP WILLISTON

APPELLANT

- and -

WORKPLACE HEALTH, SAFETY AND
COMPENSATION COMMISSION

RESPONDENT

Williston v. Workplace Health, Safety and
Compensation Commission, 2019 NBCA 47

CORAM:

The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Workers'
Compensation Appeals Tribunal:
October 5, 2018

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
None

Appeal heard:
March 20, 2019

Judgment rendered:
June 20, 2019

Reasons for judgment:
The Honourable Justice Baird

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

PHILIP WILLISTON

APPELANT

- et -

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

INTIMÉE

Williston c. Commission de la santé, de la sécurité
et de l'indemnisation des accidents au travail, 2019
NBCA 47

CORAM :

l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird
l'honorable juge French

Appel d'une décision du Tribunal d'appel des
accidents au travail:
le 5 octobre 2018

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appel entendu :
le 20 mars 2019

Jugement rendu :
le 20 juin 2019

Motifs de jugement :
l'honorable juge Baird

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:

Pour l'appelant :

George A. McAllister, Q.C.

George A. McAllister, c.r.

For the respondent:

Pour l'intimée :

John P. Barry, Q.C. and Deirdre L. Wade, Q.C.

John P. Barry, c.r. et Deirdre L. Wade, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed without costs.

L'appel est rejeté sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

BAIRD, J.A.

I. Introduction

[1] Mr. Williston appeals the decision of the Workers' Compensation Appeals Tribunal, which determined he could work as a retail sales clerk. His loss of earnings benefits were adjusted accordingly, to reflect his estimated capable earnings.

[2] The Tribunal decision begins with the following:

The appellant is appealing the January 22, 2018, decision advising that based on the transferable skills analysis, Retail Sales (at \$10.65 hourly for 40 hours per week) was identified as a suitable occupation and used to establish his estimated capable earnings effective November 1, 2016.

II. Grounds of Appeal

[3] In summary, Mr. Williston argues the Tribunal failed to:

- a) consider all the evidence and limited its decision to a consideration of the "medical evidence";
- b) take a whole body and a biopsychosocial approach to the assessment of Mr. Williston's disablement, and, in particular, his ability to perform a "suitable employment";
- c) consider Mr. Williston's ability to report to work on a regular basis, perform his occupation on a sustained basis, and perform all essential duties of his occupation safely and without aggravating or exacerbating his injuries; and
- d) require a job site analysis or, alternatively, a functional capacity assessment to establish Mr. Williston's safe level of function.

[4] Mr. Williston seeks an order requiring WorkSafeNB to pay him his loss of earnings benefits retroactively to the date on which they were suspended or terminated,

and he seeks party and party costs pursuant to ss. 23(8) and 23(9) of the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Workers' Compensation Appeals Tribunal Act*, S.N.B. 1994, c. W-14, and Rules 59.01 (1), 2 (a), (b) and (c) of the *Rules of Court*.

III. Standard of Review

[5] The scope of appellate intervention for decisions rendered by a Tribunal under the *WHSCC & WCAT Act* is set out in s. 21 (12), which states:

21(12) Any decision, order or ruling of the Appeals Tribunal shall be final, subject only to an appeal to the Court of Appeal involving any question as to its jurisdiction or any question of law.

21(12) Toute décision du Tribunal d'appel est définitive, sujet seulement à un appel devant la Cour d'appel concernant toute question de compétence ou de droit.

[6] The Court's recent decisions in *Robichaud v WorkSafeNB*, 2018 NBCA 44, [2018] N.B.J. No. 160 (QL), at paras. 9-11, and *Workplace Health and Safety Commission v. St. Onge*, 2018 NBCA 53, [2018] N.B.J. No. 198 (QL), at paras. 13-16, leave no doubt that this Court's jurisdiction to review Tribunal decisions on questions of law is that of correctness. Errors of fact which fall within one of the categories discussed in *VSL Canada Ltd. v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Duguay et al*, 2011 NBCA 76, 376 N.B.R. (2d) 292, can also be subject to review; however, only if they have played a "significant role" in shaping the outcome of the proceedings before the Tribunal (paras. 23-29).

[7] As *VSL* instructs, "[f]or an error of fact to be a reviewable and reversible error under s. 21(12), it must be: (1) the result of a palpable and overriding error in the assessment of the information in the record [...]; (2) reflective of a failure to consider material information or material admissions; or (3) the by-product of an interpretation of the record that no reasonable person could adopt [...]" (para. 29).

[8] In this case, Mr. Williston takes issue with how the Tribunal came to its conclusion he was able to work as a retail sales clerk. He contends there should have

been a functional capacity assessment to determine whether, or not, he could perform the functions of a retail sales clerk. He asserts the Tribunal misinterpreted “suitable occupation,” and committed an error in law, reviewable on the standard of correctness.

IV. Factual Background

[9] Mr. Williston was 43 years of age at the time he injured his right shoulder and upper back while moving boxes at Cochran’s Country Market Ltd. He was initially assessed at the Saint John Regional Hospital for tendinitis of the right shoulder, then referred to a physiotherapist and placed off work. A claim for WorkSafeNB benefits was accepted for the period October 1, 2013, to November 5, 2013, and it was later reopened.

[10] Mr. Williston continued to experience discomfort and pain in his right shoulder and was re-assessed at the Saint John Regional Hospital on November 12, 2013, for a “bursitis shoulder.” He was referred to the WorkSafe Rehabilitation Centre on November 29, 2013, by his case manager, who noted his condition was showing “many inconsistencies.”

[11] He was discharged from the WorkSafe Rehabilitation Centre on February 14, 2014, with the recommendation he return to his pre-accident job as a shipper/receiver at Cochran’s Country Market. Ltd.

[12] Mr. Williston was advised on February 17, 2014, that his case was closed due to the fact he had secured new employment assembling micro processing boards, as well as working as a shipper/receiver, and performing janitorial duties at Base Engineering, and that he would therefore not be participating in a gradual return to work program.

[13] In March 2014, a radiology report revealed Mr. Williston was, in fact, suffering from a significant posterior disk protrusion at the C-6-7 level and he was referred to an Orthopedic Surgeon, Dr. Cook, who diagnosed him with a “very large

extruded right-sided C-6-7 disk herniation.” Mr. Williston’s file with WorkSafeNB was reopened on May 12, 2015, the date of his back surgery.

[14] What followed was a series of reports from various medical and occupational specialists who chronicled Mr. Williston’s post-surgical progress. The key subjective findings documented by Danielle Boyle, Occupational Therapist, were: “Daily headaches and constant neck pain which radiates into top of shoulders. Pain limits ability to maintain neck flexion and limits neck movements. Head feels very heavy and difficult to spend long periods standing or sitting secondary to fatigue in neck muscles and pain.”

[15] Six months following the surgery, Dr. Cook wrote that “I have no restrictions and he should continue with his physical therapy exercises and a gradual return to work can be considered.” In December 2015, the occupational therapist advised Mr. Williston he was progressing from the physiotherapy program to the work conditioning program. By February 2016, Mr. Williston was still reporting “cervical and chest wall pain, limited cervical ROM (range of motion), acute on chronic condition, limited functional tolerances and migraines.”

[16] The rehabilitation specialist who was assigned to conduct the estimated capable earnings report, concluded on June 13, 2016, that Mr. Williston had a “functional ability” to work as a retail sales clerk. His benefits, which started October 1, 2013, continued to be paid until November 1, 2016, to give him time to locate suitable employment in that field. Thereafter, he was paid long term disability benefits effective November 1, 2016.

[17] Mr. Williston’s family physician had expressed concerns in July 2016, and again in October 2016, he would most likely not be able to fulfill the job requirements of a retail sales clerk due to his ongoing limitations. She documented that he continued to suffer from persistent pain in his back, right shoulder and chest wall, that he had numbness in his 4th and 5th digits of his right hand, and he continued to experience migraines.

[18] Canada Health Solutions (CHS), was engaged to conduct a multidisciplinary assessment. A biopsychosocial questionnaire was completed by Mr. Williston in December 2016, in which he stated he had spoken with several business owners concerning employment, and was told he was a liability. That same month, an orthopedic consultation revealed primary limitations for Mr. Williston which included difficulties with prolonged sitting and standing, pain when he lifted his upper extremity and difficulty with rotational movements of the arm and neck. The surgeon's conclusion was that: "I would expect Mr. Williston to return to work involving light to medium duties."

[19] A psychological assessment revealed Mr. Williston was not over-reporting the "breadth of his psychological distress," and he had a "high" score on the pain complaints scale. He had a "moderately high" score on the functional complaints scale. Also, in December 2016, a counselor reported that Mr. Williston had assumed the role of full-time parent and he had "no intention of seeking full or part-time employment as he does not believe he is capable of completing the same." Mr. Williston, at that time, self-identified as disabled and reported he was pursuing other interests such as large-scale gardening and hobby farming.

[20] The CHS report, filed December 21, 2016, states:

In summary, Mr. Williston presents multiple barriers to return to some form of gainful employment in the absence of any identifiable objective pathology to account for his reported dysfunction. His motivation to return to work would appear to be low and this is supported by CHS Psychosocial Interview during which he reported that 'he has assumed the role of full-time parent and has no intention of seeking full or part-time employment [...].

[21] The executive summary, filed by Orthopedic Surgeon, Dr. Brendan Sheehan, Family and Occupational Medicine Specialist, Dr. Rachael Hill-Elias, Pharmacology, Emergency and Occupational Medicine Specialist, Dr. David Elias, Psychologist, Dr. Vance MacLaren, and Counselor (M.Ed.), Glenn Cronk, confirms that, while there was no significant objective impairment identified that would prevent Mr.

Williston from working at the light to medium level, there were multiple psychosocial issues that were considered to be the major barriers to his return to gainful employment.

[22] Dr. MacLaren, Psychologist, conducted a psychometric evaluation of Mr. Williston and determined somatic complaints can overlap with the physical aspects of common psychological conditions. In his opinion, however, “Mr. Williston did not indicate a clinically significant level of [current] psychological distress” and the Beck Depression Inventory revealed “mild depression.”

[23] At page 37 of the CHS report, the writers, Dr. Sheehan, Dr. Hill-Elias and Dr. Elias opine:

Vocational evaluation determined that Mr. Williston would meet the occupational demands of a retail sales clerk. **There is no objective pathology identified from CHS clinical evaluation that would be expected to prevent him from working at this level.**

However, it is important to note that significant psychosocial factors and amber flags have been present throughout the duration of this claim. These include inconsistencies between reported symptoms and objective functional evaluations, questionable motivation to return to work, employer/employee discord with more than one employer, escalating marijuana use from beginning of claim to present (1-1.5 gm/day in August 2014, in Dr. Manson’s report; 3 gm/day in October 2016, in Dr. Chandler’s report; 2-5 gm/day in November 2016, in Dr. Barry’s report) and the introduction of multiple symptoms into the claim (migraine headaches, tinnitus) that cannot be reasonably attributed to the work injury.

In summary, Mr. Williston presents multiple barriers to return to some form of gainful employment in the absence of any identifiable objective pathology to account for his reported dysfunction. His motivation to return to work would appear to be low and this is supported by CHS Psychosocial Interview during which he reported that “he has assumed the role of full-time parent and has no intention of seeking full or part-time employment...”.

[Emphasis in original.]

[24] On June 20, 2017, Orthopedic Surgeon, Dr. N.A. Manson, reported:

Physical examination pertaining to the neck confirms reasonable range of motion. There is tenderness through the posterior neck. There is 5/5 upper extremity power and he reports decreased sensation through digits 4 and 5 of right greater than left. Today I have counselled him that from a neck standpoint I have no concerns. I do not believe his global symptoms are emanating from his neck.

[25] Physical Medicine and Rehabilitation Specialist, Dr. D.D. Smith, reported on March 6, 2018, that: "There is no evidence of cervical myelopathy or peripheral nerve entrapment on clinical examination."

[26] In January 2018, Mr. Williston was advised the decision to estimate his capable earnings based on the suitable occupation as retail sales clerk had not changed, on the basis the medical evidence indicated he was physically able to work in that occupation. He appealed that decision to the Tribunal.

[27] In dismissing Mr. Williston's appeal, the Tribunal writes:

I find that based upon a balance of probabilities, the medical evidence in the Appellant's Appeal Record suggests that the Appellant is capable of performing the deemed occupation. I acknowledge that there is an apparent conflict in the Form 10s reference to home activities but note the clear wording of the telephone summary between Dr. Elias and Dr. Davies. I find that notwithstanding the reference to home activities, Dr. Davies has agreed that the Appellant is capable of performing the work outlined in the February 14, 2017, telephone consultation.

[28] It is clear from the discussion between Dr. Elias and Dr. Davies that both anticipated maximum medical improvement in which Mr. Williston would be able to perform work within "Medium level physical demands and with the shoulder restrictions outlined in the CHS assessment." I observe here that Dr. Davies was Mr. Williston's family physician throughout.

V. Analysis

A. *Did the Tribunal consider all the evidence?*

[29] Mr. Williston's primary contention is that the Tribunal did not comply with the provisions of s. 21(3) and 21(9) of the *WHSCC and WCAT Act* by limiting its decision to the medical evidence concerning his physical impairments, and by not considering his biopsychosocial barriers to employment. He submits the Tribunal had a statutory obligation to consider his "subjective complaints," which include pain, fatigue, and depression, as barriers to his return to gainful employment.

[30] Sections 21(3) and (9) of the *WHSCC and WCAT Act*, as worded at the time of this Tribunal hearing, required the Tribunal to make its decision based on the real merits and justice of the case, to apply a policy approved by the Commission that was applicable in the case to the extent that the policy was not inconsistent with the *WHSCC and WCAT Act*, the *Workers' Compensation Act*, R.S.N.B. 1973, W-13, the *Firefighters' Compensation Act*, S.N.B. 2009, c. F-12.5, or the *Occupational Health and Safety Act*, S.N.B. 1983, c. O-0.2, and to not be bound by precedent. The inconsistency of any policy with the legislation does not arise in this case.

[31] A review of the Tribunal decision reveals that it considered all relevant evidence. It advised at the beginning of the decision that it had reviewed the:

- 1) Appeal Record dated June 19, 2018, and an addendum dated July 3, 2018;
and
- 2) Explanations provided during the hearing by:
 - the Appellant;
 - the Appellant's representative, a worker's advocate; and
 - the manager of standing representing the Workplace Health, Safety and Compensation Commission (the Commission) of New Brunswick.

[32] Mr. Williston submits that because the Tribunal ignored the biopsychosocial barriers identified in the CHS report, it did not fulfill its mandate as an inquirer on the merits of the claim. He argues the Tribunal placed too much reliance on the medical evidence concerning his physical condition to the exclusion of the psychosocial aspects of his claim.

[33] The WCAT is a tribunal of inquiry. It has a responsibility to not only receive and gather information, it is also required to weigh the evidence and come to a conclusion based on the “preponderance” of that evidence (Policy #21-113 at s. 4.2.1). With respect to medical evidence, Policy #21-113, s. 4.2.3 requires the decisionmaker, when he or she receives conflicting evidence, to evaluate the credibility and the quality of the evidence, and to consider whether “[o]bjective evidence is likely to be more reliable than subjective evidence, especially when objective evidence supports corroborating opinions between multiple observers.”

[34] The CHS report documented Mr. Williston’s subjective complaints of pain, nausea, tinnitus and restlessness; however, as noted, there were multiple symptoms that could not be “reasonably attributed to the work injury.” In the Biopsychosocial Intake Questionnaire, Mr. Williston indicated he did not intend to seek either full or part-time work and preferred to stay home as a full-time parent, and to pursue large-scale gardening and hobby farming. Before us, Mr. Williston argued his decision to remain at home was due to the fact he cannot work because of depression, fatigue, pain, restlessness and tinnitus.

[35] It is not disputed that when WorkSafeNB evaluates a claim, it must not only consider the physical capacity of the worker to perform the work, but it must also consider the worker’s psychosocial capacity as well. WorkSafeNB acknowledged this obligation when it wrote to Mr. Williston in June 2018. Suitable occupation was described as: “Employment that does not endanger the health, safety or well-being of other workers in the workplace.” In the final decision letter concerning Mr. Williston’s claim, WorkSafeNB opines the evidence supported that he was able to work as a retail sales clerk because he was “physically able to meet the job demands of the position and it

does not endanger your health, safety and well-being.” This statement was repeated in the Tribunal decision.

[36] The word “health”, broadly interpreted, is not limited to physical health. The Tribunal had the results of the CHS evaluation, and it is clear it weighed the findings of that report against Mr. Williston’s testimony at the hearing. It accepted the conclusions reached by the multidisciplinary team that Mr. Williston could work as a retail sales clerk, in spite of his subjective complaints. This was a decision reached following a global assessment of all the evidence and was based on the merits of the case.

B. *Improper interpretation of the CHS report*

[37] Mr. Williston asserts the Tribunal misread the CHS report as stating he could work as a retail sales clerk when, in fact, it discussed only his “functional category,” without specifying retail sales clerk. If he is correct, this would constitute a palpable and overriding error, as set out in *Page v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission of New Brunswick*, 2006 NBCA 95, 304 N.B.R. (2d) 128. I conclude, however, there was no misinterpretation of the report on this issue.

[38] CHS was specifically asked to answer the question whether Mr. Williston’s compensable condition excluded him from working as a retail sales clerk. The multidisciplinary team concluded there was no “objective impairment identified that would prevent this client from working at a light to medium level.” True, the authors did not specifically use the words “retail sales clerk” in their conclusory paragraph; however, given the functional capabilities of Mr. Williston that were identified in the report, it was reasonable for the Tribunal to conclude Mr. Williston could perform the duties of a retail sales clerk as recommended in that report.

C. *The Tribunal conflated a functional category with an occupation.*

[39] Mr. Williston submits the Tribunal failed to properly interpret the term “suitable occupation”, by conflating “functional ability” with “functional capacity.” The

Tribunal referred to a work conditioning assessment performed in January 2016, where it was reported Mr. Williston “meets the light level of physical demand with some materials handling into the medium level (40 lbs.). Sitting tolerance was not maximized at 1 hour, 45 minutes. O.K. for on-feet tasks, climbing stairs, squat and rise, balance.” It then looked at the Estimated Capable Earnings Report Based on Transferable Skills Analysis filed in June 2016, where the conclusion reads: “Based on a review of the comparison of the information contained in the NOC Career Handbook for the Occupation of Retail Sales Clerk NOC 6421 with your functional abilities, the physical activities associated with this occupation were found to be within your physical demand level.”

[40] The National Occupational Classification Career Handbook lists the tasks required for a retail sales clerk as including verbal communication with customers, numerical proficiency, clerical attention-to-detail in the course of conducting sales, maintaining records and inventory control. The physical requirements include standing, walking, upper limb co-ordination and a “light” application of strength (Statement of Facts, Tab C, pp. 335-337).

[41] There was no evidence before the Tribunal that Mr. Williston could not functionally perform the above tasks, and I disagree, with respect, that the Tribunal conflated functional capacity with “suitable occupation.”

[42] WorkSafeNB Policy No. 21-417 at s. 3.1 provides: “WorkSafeNB uses the National Occupational Classification (NOC) as the primary tool to identify the essential duties of employment.” Mr. Williston submits the Tribunal erred when it considered the tasks of a retail sales clerk as “they are commonly understood,” rather than considering he might be required to perform other tasks, such as lifting, climbing or carrying which he could not perform. In its conclusion, the Tribunal writes: “I find that based upon a balance of probabilities, the medical evidence in the appellant’s Appeal Record suggests the appellant is capable of performing the deemed occupation” (para. 20). I agree. The medical evidence included a consideration of Mr. Williston’s psychosocial barriers. It was the Tribunal’s duty to weigh that evidence against all of the other medical evidence in the case, which it did, in my view.

D. *Failure to require a job site assessment or a functional capacity assessment*

[43] Mr. Williston argues that in relying on the functional requirements set out in the NOC, the Tribunal failed to consider whether a position as a retail sales clerk was a “match” for Mr. Williston, particularly in light of his self-reported psychosocial barriers. Mr. Williston submitted, before us, that should he be required to perform more physically demanding duties, such as those required in a store like Home Depot, he would not be able to. This potential limitation, along with his inability to commit to being on time for work because of pain, depression and fatigue, would act as impediments or barriers to his return to work.

[44] In reply, the respondent submits there is no legislation or policy requirement that WorkSafeNB must perform a job site assessment or a functional capacity assessment before identifying a suitable occupation (see Policy No. 21-417 at s. 4.0).

[45] Although s. 2.0 of Policy No. 21-417 states that WorkSafeNB may gather evidence to verify whether the occupation is suitable, which includes receiving functional capacity assessments, the section is permissive only, as it is but one of the pieces of information that can be considered before determining the suitable occupation. Nowhere in either the *Act* or the Policies does it state that a functional capacity assessment is required before designating a suitable occupation. Given the number and diversity of assessments performed by the various medical practitioners in this case, there was sufficient evidence before the Tribunal of Mr. Williston’s functional capacity.

E. *Conclusion*

[46] There can be no doubt that Mr. Williston disagrees with the Tribunal decision; however, given the standard of review, I am not able to find either an error of law, nor do I discern a palpable and overriding error in fact, that would warrant appellate intervention in this case. I would dismiss the appeal.

VI. Disposition

[47] Although s. 23(9) of the *WHSCC Act* permits a court to make an order of costs in any appeal, it is a discretion that has generally been judiciously exercised so as to avoid ordering costs against a worker. I would dismiss the appeal without costs.

LA JUGE BAIRD

I. Introduction

[1] M. Williston interjette appel d'une décision rendue par le Tribunal d'appel des accidents au travail, qui a jugé qu'il pouvait travailler comme commis-vendeur en commerce de détail. Ses prestations au titre de la perte de gains ont été rajustées en conséquence, afin de refléter sa capacité de gain estimative.

[2] Voici l'introduction de la décision rendue par le Tribunal :

[TRADUCTION]

L'appelant interjette appel de la décision rendue le 22 janvier 2018 et l'avisant du fait que, selon l'analyse des compétences transférables, un emploi dans le domaine du commerce de détail (taux horaire de 10,65 \$ l'heure sur 40 heures/semaine) était indiqué comme emploi convenable et avait servi à établir sa capacité de gain estimative à partir du 1^{er} novembre 2016.

II. Moyens d'appel

[3] Pour résumer, M. Williston prétend que le Tribunal a omis de faire ce qui suit :

- a) examiner l'ensemble de la preuve et a limité sa décision à un examen de la « preuve médicale »;
- b) évaluer l'incapacité de M. Williston, en particulier sa capacité d'occuper un « emploi convenable », en ayant recours à un modèle d'examen holistique du corps et à un modèle biopsychosocial;
- c) tenir compte de la capacité de M. Williston de se présenter au travail de façon régulière, d'accomplir ses tâches de façon soutenue et de remplir les fonctions essentielles de son poste en toute sécurité et sans aggraver ou exacerber ses blessures;

- d) exiger une évaluation sur les lieux du travail ou, subsidiairement, une évaluation des capacités fonctionnelles afin d'établir le niveau de fonctionnement sécuritaire de M. Williston.

[4] M. Williston sollicite une ordonnance prescrivant à Travail sécuritaire NB de lui verser ses prestations au titre de la perte de gains rétroactivement à la date de leur interruption ou cessation, et il sollicite les dépens entre parties sous le régime des paragraphes 23(8) et (9) de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail et le Tribunal d'appel des accidents au travail*, L.N.-B. 1994, ch. W-14 (la *Loi*), et des règles 59.01(1) et 2a), b) et c) des *Règles de procédure*.

III. Norme de contrôle

[5] S'agissant des décisions rendues par le Tribunal, le paragraphe 21(12) de la *Loi* établit l'étendue d'une intervention en appel. Voici le texte du paragraphe 21(12) :

21(12) Any decision, order or ruling of the Appeals Tribunal shall be final, subject only to an appeal to the Court of Appeal involving any question as to its jurisdiction or any question of law.

21(12) Toute décision du Tribunal d'appel est définitive, sujet seulement à un appel devant la Cour d'appel concernant toute question de compétence ou de droit.

[6] Dans certaines décisions récentes rendues par notre Cour, soit *Robichaud c. Travail sécuritaire NB*, 2018 NBCA 44, [2018] A.N.-B. n° 160 (QL), aux par. 9 à 11, et *Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail c. St. Onge*, 2018 NBCA 53, [2018] A.N.-B. n° 198 (QL), aux par. 13 à 16, notre Cour a dit clairement que sa compétence en matière de contrôle des décisions rendues par le Tribunal sur des questions de droit est fondée sur la norme de la décision correcte. Les erreurs de fait qui tombent dans une des catégories examinées dans *VSL Canada Ltée 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, peuvent aussi faire l'objet d'un contrôle, mais uniquement si elles ont contribué « de façon importante » à l'issue de l'instance tenue devant le Tribunal (par. 23 à 29).

[7] Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *VSL*, « [p]our qu'une erreur de fait constitue une erreur qui est susceptible de révision et qui justifie l'infirmité de la décision sous le régime du par. 21(12), elle doit être : (1) le résultat d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation des renseignements versés au dossier [...]; (2) le reflet d'une omission de prendre en compte des renseignements importants ou des aveux importants; ou (3) le sous-produit d'une interprétation du dossier à laquelle aucune personne raisonnable ne souscrirait [...] (par. 29).

[8] En l'espèce, M. Williston conteste la manière dont le Tribunal est parvenu à sa conclusion selon laquelle il pouvait travailler comme commis-vendeur en commerce de détail. Il prétend qu'une évaluation de ses capacités fonctionnelles aurait dû être effectuée afin de déterminer s'il pouvait ou non accomplir les fonctions de commis-vendeur en commerce de détail. Il affirme que le Tribunal a mal interprété le terme « emploi convenable » et qu'il a commis une erreur de droit susceptible de révision en fonction de la norme de la décision correcte.

IV. Contexte factuel

[9] M. Williston était âgé de 43 ans lorsqu'il a subi des blessures à l'épaule droite et au haut du dos en déménageant des boîtes chez Cochran's Country Market Ltd. Son état a été évalué au départ à l'Hôpital régional de Saint John, qui a diagnostiqué une tendinite de l'épaule droite, puis il a été dirigé vers un physiothérapeute et mis en congé autorisé. Travail sécuritaire NB a accueilli sa demande de prestations pour la période du 1^{er} octobre 2013 au 5 novembre 2013, puis a renouvelé ses prestations.

[10] M. Williston a continué d'éprouver un malaise et une douleur à l'épaule droite et il a été réévalué à l'Hôpital régional de Saint John le 12 novembre 2013, où on a posé comme diagnostic une [TRADUCTION] « bursite de l'épaule ». Son gestionnaire de cas l'a dirigé vers le Centre de rééducation de Travail sécuritaire NB, le 29 novembre 2013, en signalant que l'état de M. Williston présentait de [TRADUCTION] « nombreuses contradictions ».

- [11] Il a reçu son congé du Centre de rééducation de Travail sécuritaire NB le 14 février 2014, le Centre ayant recommandé qu'il réintègre son emploi d'expéditeur-réceptionnaire chez Cochran's Country Market Ltd., emploi qu'il occupait avant son accident.
- [12] Le 17 février 2014, M. Williston a été avisé du fait que son dossier était fermé, puisqu'il avait obtenu un nouvel emploi dans l'assemblage de microprocesseurs, qu'il travaillait aussi comme expéditeur-réceptionnaire et qu'il effectuait des travaux de concierge à Base Engineering. Par conséquent, il était exclu du plan de retour progressif au travail.
- [13] En mars 2014, un rapport de radiologie montrait que M. Williston souffrait, en effet, d'une protrusion discale marquée au plan postérieur des vertèbres C-6 et C-7 et il a été dirigé vers un chirurgien orthopédique, le D^r Cook, qui a posé le diagnostic suivant : [TRADUCTION] « [...] Hernie discale exclue très prononcée du côté droit des vertèbres C-6 et C-7. » Le dossier de M. Williston auprès de Travail sécuritaire NB a été rouvert le 12 mai 2015, date de sa chirurgie au dos.
- [14] Par la suite, une série de rapports ont été présentés par divers spécialistes en médecine et spécialistes des emplois qui décrivaient les progrès post-chirurgicaux de M. Williston. Les résultats subjectifs importants documentés par Danielle Boyle, ergothérapeute, sont les suivants : [TRADUCTION] « Maux de tête quotidiens et douleur cervicale constante irradiant jusqu'au haut des épaules. La douleur réduit la capacité de mouvement et de flexion du cou. La tête semble très lourde et le client a de la difficulté à rester debout ou assis pendant de longues périodes en raison de la douleur et de la fatigue qu'il ressent dans les muscles du cou. »
- [15] Six mois après la chirurgie, le D^r Cook a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « Je n'ai aucune interdiction à signaler et il devrait continuer les exercices prescrits par la physiothérapie et songer à un retour progressif au travail. » En décembre 2015, l'ergothérapeute a fait savoir à M. Williston qu'il allait passer du

programme de physiothérapie au programme de conditionnement au travail. En février 2016, M. Williston présentait encore les symptômes suivants : [TRADUCTION] « douleur au cou et à la paroi de la cage thoracique, ADM (amplitude des mouvements) réduite au niveau cervical, état aigu conjugué à un état chronique, limitations fonctionnelles et migraines. »

[16] Le spécialiste en rééducation qui était chargé de rédiger le rapport sur la capacité de gain estimative a conclu, le 13 juin 2016, que M. Williston avait la [TRADUCTION] « capacité fonctionnelle » de travailler comme commis-vendeur en commerce de détail. Le versement de ses prestations, qui avait commencé le 1^{er} octobre 2013, s'est poursuivi jusqu'au 1^{er} novembre 2016, afin de donner à M. Williston le temps de trouver un emploi convenable dans ce domaine. Par la suite, soit à partir du 1^{er} novembre 2016, des prestations d'invalidité de longue durée lui ont été versées.

[17] La médecin de famille de M. Williston avait exprimé certaines inquiétudes, en juillet 2016 et de nouveau en octobre 2016, celle-ci estimant que M. Williston serait fort probablement incapable de remplir les exigences du travail de commis-vendeur en commerce de détail en raison de ses limitations persistantes. Elle a documenté ses douleurs persistantes au dos, à l'épaule droite et à la paroi de la cage thoracique, l'engourdissement qu'il ressentait aux 4^e et 5^e doigts de la main droite et ses constantes migraines.

[18] Les services de Solutions de santé canadiennes Inc. (SSC) ont été retenus afin qu'elle effectue une évaluation multidisciplinaire. En décembre 2016, M. Williston a rempli un questionnaire d'évaluation biopsychosociale dans lequel il affirme s'être entretenu avec plusieurs propriétaires d'entreprises afin d'obtenir un emploi et ces derniers lui ont dit qu'il serait un fardeau. Au cours du même mois, M. Williston a obtenu une consultation en orthopédie qui a révélé certaines limitations fonctionnelles primaires, notamment, il avait de la difficulté à demeurer assis ou debout pendant de longues périodes, il éprouvait de la douleur en soulevant le membre supérieur et il avait de la difficulté à effectuer des rotations du bras et du cou. Le chirurgien orthopédiste a conclu

ce qui suit : [TRADUCTION] « Je m’attendrais à ce que M. Williston puisse retourner à un travail qui suppose l’exécution de tâches légères ou moyennes. »

[19] Une évaluation psychologique a montré que M. Williston n’exagérait pas [TRADUCTION] « l’étendue de sa détresse psychologique » et il a obtenu un résultat « élevé » à l’échelle d’évaluation de la douleur. Son résultat à l’échelle des limitations fonctionnelles était « moyennement élevé ». De plus, en décembre 2016, un conseiller a fait savoir que M. Williston avait assumé le rôle de parent à temps plein et qu’il n’avait [TRADUCTION] « aucune intention de chercher à obtenir un emploi à temps plein ou à temps partiel, car il pensait ne pas être en mesure d’occuper un tel emploi ». À ce moment-là, M. Williston se décrivait lui-même comme personne handicapée et affirmait vouloir poursuivre d’autres intérêts, par exemple, dans les domaines du grand jardinage ou de l’exploitation agricole d’agrément.

[20] Le rapport de SSC, déposé le 21 décembre 2016, contient ce qui suit :

[TRADUCTION]

Pour résumer, quoiqu’il n’y ait aucun signe pathologique objectif pour expliquer les troubles fonctionnels qu’il dit éprouver, de multiples obstacles réduisent les chances que M. Williston puisse reprendre une forme quelconque d’emploi rémunéré. Sa motivation à reprendre le travail semble faible, et les résultats de l’entrevue psychosociale menée par SSC viennent appuyer ce fait, car il a affirmé pendant cette entrevue qu’il avait [TRADUCTION] « assumé le rôle de parent à temps plein et n’a[vait] aucune intention de chercher à obtenir un emploi à temps plein ou à temps partiel » [...].

[21] Le résumé déposé par le chirurgien orthopédiste, le D^r Brendan Sheehan, la spécialiste en médecine de famille et en médecine du travail, la D^{re} Rachael Hill-Elias, le spécialiste en pharmacologie, en soins d’urgence et en médecine du travail, le D^r David Elias, le psychologue Vance MacLaren et M. Glenn Cronk, M.Ed. (psychologie du counselling), confirme que, même si ces derniers n’ont décelé aucune incapacité objective importante qui serait susceptible d’empêcher M. Williston de retourner au travail en effectuant des tâches légères ou moyennes, de multiples problèmes

psychosociaux constituaient des obstacles importants à la reprise par lui d'un emploi rémunéré.

[22] Le psychologue Vance MacLaren a effectué une évaluation psychométrique de M. Williston et a conclu que les symptômes somatiques chevauchent, dans certains cas, les symptômes physiques de certains états psychologiques communs. À son avis, toutefois, [TRADUCTION] « M. Williston ne présentait pas un niveau de détresse psychologique [actuelle] important sur le plan clinique », et selon l'Inventaire de dépression de Beck, il souffrait de [TRADUCTION] « dépression légère ».

[23] À la page 37 du rapport de SSC, les auteurs, soit les docteurs Sheehan, Hill-Elias et Elias, ont fait part de leur opinion :

[TRADUCTION]

L'évaluation professionnelle montre que M. Williston serait capable de remplir les exigences d'un poste de commis-vendeur en commerce de détail. **L'évaluation clinique menée par SSC n'a permis d'isoler aucun signe pathologique objectif qui serait susceptible de l'empêcher d'effectuer un tel travail.**

Toutefois, il y a lieu de signaler la présence de facteurs psychosociaux importants et d'alertes jaunes tout au long du présent processus de réclamation. Parmi ceux-ci, il y avait les contradictions entre les symptômes signalés et les évaluations fonctionnelles objectives, le niveau douteux de motivation à reprendre le travail, la mauvaise relation employeur/employé entre lui et plusieurs employeurs, la consommation croissante de marijuana à partir du début de la réclamation jusqu'à maintenant (1 à 1,5 g/jour au mois d'août 2014, selon le rapport du D^r Manson; 3 g/jour en octobre 2016, selon le rapport du D^r Chandler; 2 à 5 g/jour en novembre 2016, selon le rapport du D^r Barry) et l'ajout dans la réclamation de multiples symptômes (migraines, acouphène) qui ne peuvent être attribués raisonnablement à la blessure au travail.

Pour résumer, quoiqu'il n'y ait aucun signe pathologique objectif pour expliquer les troubles fonctionnels qu'il dit éprouver, de multiples obstacles réduisent les chances que M. Williston puisse reprendre une forme quelconque d'emploi rémunéré. Sa motivation à reprendre le travail semble faible, et les

résultats de l'entrevue psychosociale menée par SSC viennent confirmer ce fait, car il a affirmé pendant cette entrevue qu'il avait [TRADUCTION] « assumé le rôle de parent à temps plein et n'a[vait] aucune intention de chercher à obtenir un emploi à temps plein ou à temps partiel » [...].

[Les caractères gras et le soulignement sont dans le texte original.]

[24] Le 20 juin 2017, le chirurgien orthopédique, le D^r N.A. Manson, a établi le rapport suivant :

[TRADUCTION]

L'examen physique du cou confirme que son amplitude des mouvements est raisonnable. Il éprouve une certaine sensibilité au plan postérieur du cou. La force au niveau du membre thoracique est de 5/5 et il se plaint de sensation diminuée aux doigts 4 et 5 de la main droite, plus qu'à la main gauche. Aujourd'hui, je lui ai dit que je ne m'inquiétais pas de la douleur au cou. Je ne pense pas que les symptômes généraux qu'il éprouve soient attribuables à la blessure au cou.

[25] Le D^r D.D. Smith, spécialiste en médecine physique et spécialiste de la rééducation, a écrit le rapport suivant, le 6 mars 2018 : [TRADUCTION] « L'examen clinique n'a révélé aucun indice de myélopathie cervicale ou de compression chronique des nerfs périphériques. »

[26] En janvier 2018, M. Williston a été avisé du fait que la décision de faire l'estimation de sa capacité de gain en fonction de l'emploi convenable que constituait un poste de commis-vendeur en commerce de détail n'avait pas changé, en raison de la preuve médicale qui indiquait qu'il était physiquement apte à ce travail. Il a interjeté appel de cette décision auprès du Tribunal.

[27] En rejetant l'appel de M. Williston, le Tribunal a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je conclus, par prépondérance des probabilités, que la preuve médicale versée au dossier d'appel de l'appelant indique que ce dernier est capable d'accomplir l'emploi

réputé convenable. Je reconnais qu'il semble y avoir contradiction dans la formule 10, qui mentionne des activités ménagères, mais je souligne le libellé clair du résumé produit à la suite de l'entretien téléphonique entre le D^r Elias et la D^{re} Davies. Je conclus que, malgré la mention des activités ménagères, la D^{re} Davies est d'avis que l'appelant est capable d'exécuter le travail décrit dans la consultation téléphonique du 14 février 2017.

[28] Il est clair, dans l'entretien entre le D^r Elias et la D^{re} Davies, que tous deux prévoyaient une amélioration maximale sur le plan médical et que, compte tenu de cette amélioration, M. Williston serait apte à accomplir un travail qui [TRADUCTION] « exigerait un effort physique moyen tenant compte des limitations au niveau de l'épaule décrites dans l'évaluation faite par SSC ». Je fais remarquer que la D^{re} Davies était, tout au long de l'affaire, la médecin de famille de M. Williston.

V. Analyse

A. *Le Tribunal a-t-il tenu compte de l'ensemble de la preuve?*

[29] M. Williston soutient, d'abord et avant tout, que le Tribunal ne s'est pas conformé aux dispositions des par. 21(3) et (9) de la *Loi* en limitant sa décision à la preuve médicale des déficiences physiques et en ne tenant pas compte des obstacles biopsychosociaux à l'emploi. Il soutient qu'en application de la loi le Tribunal avait l'obligation de tenir compte de ses « plaintes subjectives », lesquelles incluent la douleur, la fatigue et la dépression, en tant que facteurs faisant obstacle à la reprise par lui d'un emploi rémunéré.

[30] Les paragraphes 21(3) et (9) de la *Loi*, selon le libellé qu'avaient ces dispositions au moment de l'audience tenue par le Tribunal, prévoyaient que le Tribunal devrait rendre sa décision en toute justice et sur le bien-fondé de l'espèce, qu'il était lié par une politique approuvée par la Commission et applicable à l'affaire en cause, dans la mesure où cette politique n'allait pas à l'encontre de la *Loi*, de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13, de la *Loi sur l'indemnisation des pompiers*, L.N.-B. 2009, ch. F-12.5, ou de la *Loi sur l'hygiène et la sécurité au travail*, L.N.-

B. 1983, ch. O-0.2, et qu'il ne devait pas être lié par les précédents. En l'espèce, la question de la cohérence entre une politique et la législation n'a pas été soulevée.

[31] Un examen de la décision rendue par le Tribunal montre que ce dernier a tenu compte de toute la preuve pertinente. Au début de sa décision, il a indiqué qu'il avait passé en revue les éléments suivants :

1. le dossier afférent à l'appel, daté du 19 juin 2018, ainsi qu'une pièce en annexe datée du 3 juillet 2018;
2. les observations faites au cours de l'audience :
 - par l'appelant;
 - par le représentant de l'appelant, un défenseur des employés;
 - par le représentant des intérêts en matière de qualité pour agir de la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick.

[32] M. Williston soutient qu'étant donné le fait que le Tribunal n'a pas tenu compte des obstacles biopsychosociaux isolés dans le rapport de SSC, il n'a pas rempli ses fonctions d'enquêteur sur le bien-fondé de la réclamation. Il prétend que le Tribunal a trop mis l'accent sur la preuve médicale concernant son état physique, au détriment des aspects psychosociaux de sa réclamation.

[33] Le Tribunal d'appel des accidents au travail est un tribunal d'enquête. Il est chargé non seulement de recevoir et de réunir les renseignements, mais il doit aussi soupeser la preuve et parvenir à une conclusion en se fondant sur la « prépondérance » de cette preuve (Politique n° 21-113, sect. 4.2.1). S'agissant de la preuve médicale, la Politique n° 21-113 prévoit, à la sect. 4.2.3, que le décideur doit évaluer la crédibilité et la qualité de la preuve lorsqu'il reçoit une preuve contradictoire, et déterminer si « la preuve objective est probablement plus fiable que la preuve subjective, surtout lorsque la preuve objective appuie des avis corroborants d'observateurs multiples ».

[34] Le rapport présenté par SSC faisait état des plaintes subjectives de M. Williston, qui se plaignait de douleur, de nausée, d'acouphène et d'instabilité psychomotrice, toutefois, ainsi qu'il a été mentionné, de multiples symptômes ne pouvaient pas être [TRADUCTION] « attribués raisonnablement à la blessure subie au travail ». Dans le questionnaire sur les symptômes biopsychosociaux, M. Williston a indiqué qu'il n'avait pas l'intention de chercher à obtenir un emploi à temps plein ou à temps partiel et qu'il préférerait demeurer à la maison et exercer le rôle de parent à temps plein, en poursuivant des activités de grand jardinage ou d'exploitation agricole d'agrément. Devant notre Cour, M. Williston a fait valoir que sa décision de demeurer à la maison s'expliquait du fait qu'il ne peut plus travailler en raison de la dépression, de la fatigue, de la douleur, de l'instabilité psychomotrice et de l'acouphène dont il souffrait.

[35] Les parties s'entendent sur le fait que lorsque Travail sécuritaire NB évalue une réclamation, il doit tenir compte non seulement de la capacité physique du travailleur à effectuer le travail, mais aussi de sa capacité psychosociale. Travail sécuritaire NB a reconnu cette obligation dans la lettre qu'elle a fait parvenir à M. Williston en juin 2018. Cette lettre donnait la description suivante de ce qui constitue un emploi convenable : [TRADUCTION] « Il s'agit d'un emploi qui ne met pas en danger la santé, la sécurité ou le bien-être des autres travailleurs dans le milieu du travail. » Dans la lettre avisant M. Williston de sa décision définitive concernant sa réclamation, Travail sécuritaire NB a dit qu'à son avis la preuve étayait le fait qu'il pouvait effectuer un travail de commis-vendeur en commerce de détail, étant donné qu'il était [TRADUCTION] « physiquement capable de remplir les exigences du poste et que cela ne mettrait pas en danger [sa] santé, [sa] sécurité et [son] bien-être ». Le Tribunal a dit la même chose dans sa décision.

[36] Le terme « santé », au sens large, ne se limite pas à la santé physique. Le Tribunal avait en sa possession les résultats de l'évaluation de SSC et il est clair qu'il a soupesé les conclusions de ce rapport au regard du témoignage fourni par M. Williston à l'audience. Il a accepté les conclusions tirées par l'équipe multidisciplinaire selon laquelle M. Williston pouvait travailler comme commis-vendeur en commerce de détail, malgré ses plaintes subjectives. Il s'agit d'une décision que le Tribunal a rendue après

une appréciation globale de l'ensemble de la preuve et cette décision était fondée sur le bien-fondé de l'espèce.

B. *Interprétation inappropriée du rapport de SSC*

[37] M. Williston soutient que le Tribunal a mal interprété le rapport de SSC lorsqu'il a conclu que ce rapport affirmait qu'il pouvait travailler comme commis-vendeur en commerce de détail, car en réalité le rapport mentionnait uniquement [TRADUCTION] « sa catégorie fonctionnelle » sans préciser le poste de commis-vendeur en commerce de détail. Si cet argument est fondé, le Tribunal aurait alors commis une erreur manifeste et dominante, ainsi qu'il est indiqué dans *Page c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2006 NBCA 95, 304 R.N.-B. (2^e) 128. Je conclus, toutefois, que le Tribunal n'a pas mal interprété le rapport sur ce point.

[38] La tâche précise que SSC devait remplir était celle de répondre à la question de savoir si l'état indemnisable de M. Williston empêchait ce dernier d'effectuer un travail de commis-vendeur en commerce de détail. L'équipe multidisciplinaire a conclu qu'il n'y avait [TRADUCTION] « [...] aucune incapacité objective [...] qui serait susceptible d'empêcher le client d'effectuer des tâches légères ou moyennes ». Il est vrai que les auteurs n'ont pas utilisé spécifiquement les termes « commis-vendeur en commerce de détail » dans leur conclusion. Toutefois, étant donné les capacités fonctionnelles de M. Williston, lesquelles ont été établies dans le rapport, il était raisonnable pour le Tribunal de conclure que M. Williston pouvait accomplir les fonctions d'un poste de commis-vendeur en commerce de détail, selon les recommandations du rapport.

C. *Le Tribunal a confondu une catégorie fonctionnelle avec un emploi*

[39] M. Williston soutient que le Tribunal n'a pas interprété correctement le terme « emploi convenable », en confondant les notions d'« aptitude fonctionnelle » et de « capacité fonctionnelle ». Le Tribunal a mentionné une évaluation du conditionnement

au travail effectuée en janvier 2016, où il est indiqué que M. Williston [TRADUCTION] « répond aux exigences d'un travail nécessitant un effort physique léger, certains matériaux pouvant être manipulés s'ils nécessitent un effort moyen (40 livres). Le maximum de la tolérance à la position assise n'a pas été atteint à 1 heure 45 minutes. Il est apte à travailler debout, il peut monter les escaliers, s'accroupir et se lever, se tenir en équilibre. » Le Tribunal a ensuite examiné le rapport de la capacité de gain estimative fondée sur une analyse des compétences transférables, déposé en juin 2016, dont la conclusion est rédigée en ces termes : [TRADUCTION] « Après avoir examiné la comparaison entre vos capacités fonctionnelles et l'information contenue dans le Guide sur les carrières de la Classification nationale des professions, au code NOC 6421 – commis-vendeur en commerce de détail, nous concluons que les activités physiques associées à cet emploi correspondent au niveau d'effort physique que vous êtes capable de déployer. »

[40] Le Guide sur les carrières de la Classification nationale des professions dresse une liste des tâches que doit remplir un commis-vendeur en commerce de détail et ces tâches comprennent la communication verbale avec les clients, l'aptitude au calcul, l'attention au détail dans la préparation des ventes, la tenue de dossiers et le contrôle des stocks. Les exigences physiques sont la nécessité de se tenir debout et de marcher, la capacité d'effectuer des mouvements coordonnés du membre supérieur et la capacité de déployer un effort « léger » (exposé des faits, onglet C, aux p. 335 à 337).

[41] Le Tribunal n'était saisi d'aucune preuve indiquant que M. Williston n'avait pas la capacité fonctionnelle d'accomplir les tâches susmentionnées et, avec égards, je ne suis pas d'avis que le Tribunal a confondu les notions de capacité fonctionnelle et d'« emploi convenable ».

[42] La Politique n° 21-417 de Travail sécuritaire NB prévoit, à la sect. 3.1, ce qui suit : « Travail sécuritaire NB se sert principalement de la Classification nationale des professions pour déterminer les tâches essentielles d'un emploi [...] » M. Williston prétend que le Tribunal a commis une erreur lorsqu'il a tenu compte des tâches afférentes à l'emploi de commis-vendeur en commerce de détail, ainsi que ces tâches

[TRADUCTION] « sont couramment perçues », plutôt que de tenir compte du fait que M. Williston pourrait être tenu d'accomplir d'autres tâches, comme soulever des objets, monter des escaliers ou transporter des objets, ce qu'il ne pouvait pas faire. Dans sa conclusion, le Tribunal a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « Je conclus, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve médicale versée au dossier d'appel de l'appelant indique que ce dernier est capable d'accomplir l'emploi réputé convenable » (par. 20). Je suis du même avis. Dans la preuve médicale, les obstacles psychosociaux auxquels était confronté M. Williston avaient été pris en compte. La tâche du Tribunal consistait à soupeser cette preuve par rapport à tous les autres éléments de preuve médicale en l'espèce, et à mon avis c'est ce qu'il a fait.

D. *Omission d'exiger une évaluation du lieu de travail ou une évaluation de la capacité fonctionnelle*

[43] M. Williston soutient que le Tribunal, en se fondant sur les exigences fonctionnelles établies dans la Classification nationale des professions, a omis de se pencher sur la question de savoir si l'emploi de commis-vendeur en commerce de détail [TRADUCTION] « était adapté » aux capacités de M. Williston, particulièrement à la lumière des obstacles psychosociaux dont il avait fait état. M. Williston a fait valoir, devant notre Cour, que s'il était tenu d'accomplir des tâches plus exigeantes sur le plan physique, telles celles exigées dans un grand magasin comme le Home Depot, il ne serait pas capable de les accomplir. Cette limitation possible, conjuguée au fait qu'il ne peut s'engager à se présenter au travail à temps en raison de la douleur, de la dépression et de la fatigue, constituerait un empêchement ou un obstacle à son retour au travail.

[44] En réponse, l'intimée soutient qu'aucune loi ou politique n'exige que Travail sécuritaire NB effectue une évaluation du lieu de travail ou des capacités fonctionnelles avant d'isoler un emploi convenable (voir la Politique n° 21-417, à la sect. 4.0).

[45] Même si la sect. 2.0 de la Politique n° 21-417 prévoit que Travail sécuritaire NB peut recueillir des éléments de preuve afin de déterminer si l'emploi est

convenable, ce qui inclut la réception d'évaluations des capacités fonctionnelles, cette section est de nature purement facultative, car l'information pouvant être recueillie ne constitue qu'un seul élément d'information qui peut être pris en considération avant de déterminer s'il s'agit d'un emploi convenable. Il n'est prévu, nulle part dans la *Loi* ou dans les politiques, qu'une évaluation de la capacité fonctionnelle doit être effectuée avant qu'un emploi puisse être désigné comme un emploi convenable. Étant donné le nombre et la variété des évaluations effectuées par les divers praticiens en l'espèce, le Tribunal disposait d'une preuve suffisante concernant la capacité fonctionnelle de M. Williston.

E. *Conclusion*

[46] Il ne fait aucun doute que M. Williston rejette la décision du Tribunal; toutefois, étant donné la norme de contrôle qui s'applique, il m'est impossible de conclure que le Tribunal a commis une erreur de droit et je ne suis pas en mesure non plus d'isoler une erreur de fait manifeste et dominante qui serait susceptible de justifier une intervention par la Cour d'appel en l'espèce. Je suis d'avis de rejeter l'appel.

VI. Dispositif

[47] Même si le par. 23(9) de la *Loi* permet à une cour d'accorder des dépens en appel, la décision de le faire relève du pouvoir discrétionnaire de cette cour et, en règle générale, ce pouvoir a été exercé de façon judicieuse afin d'éviter de condamner un travailleur aux dépens. Je rejetterais l'appel sans dépens.