



5-20-CA

PERRY JOHNSTON

APPELLANT

- and -

WORKPLACE HEALTH, SAFETY AND
COMPENSATION COMMISSION

RESPONDENT

Johnston v. Workplace Health, Safety and
Compensation Commission, 2021 NBCA 2

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

Appeal from a decision of the Workers'
Compensation Appeals Tribunal:
December 16, 2019

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
n/a

Appeal heard:
April 23, 2020

Judgment rendered:
January 15, 2021

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

Concurred in by:
The Honourable Justice Quigg

PERRY JOHNSTON

APPELANT

- et -

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

INTIMÉE

Johnston c. Commission de la santé, de la sécurité
et de l'indemnisation des accidents au travail, 2021
NBCA 2

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Appel d'une décision du Tribunal d'appel des
accidents au travail :
le 16 décembre 2019

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 23 avril 2020

Jugement rendu :
le 15 janvier 2021

Motifs de jugement :
l'honorable juge Green

Souscrit aux motifs :
l'honorable juge Quigg

Dissenting reasons by:
The Honourable Justice French

Counsel at hearing:

For the appellant:
George A. McAllister, Q.C.

For the respondent:
Matthew R. Letson

THE COURT

The appeal is dismissed without costs.

French, J.A., dissenting, would have allowed the appeal with costs of \$4,000.

Motifs dissidents :
l'honorable juge French

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :
George A. McAllister, c.r.

Pour l'intimée :
Matthew R. Letson

LA COUR

L'appel est rejeté sans dépens.

Le juge d'appel French, dissident, aurait accueilli l'appel avec dépens de 4 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, J.A.

I. Introduction

[1] In 1995, Perry Johnston sustained a work-related injury while working as a deckhand. A subsequent claim for workplace compensation benefits was accepted. In 1998 he was deemed by the Workplace Health, Safety and Compensation Commission [Commission] capable of working as a Food Products Sales Representative. Some 20 years later, relying upon a new medical opinion stating he was not physically able to do such work, Mr. Johnston sought to have the deeming changed. The Commission denied his request, and he appealed its decision to the Workers Compensation Appeals Tribunal [Appeals Tribunal]. The Appeals Tribunal accepted his appeal, directed the Commission to undertake a new evaluation and assessment, and ordered the Commission to pay Mr. Johnston loss of earnings benefits retroactive to November 14, 2018.

[2] Although he was successful before the Appeals Tribunal, Mr. Johnston now challenges its decision, arguing his benefits should have been retroactive to the date of his injury. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

II. Background

[3] On July 27, 1995, Mr. Johnston was working as a deckhand on board a Coast Guard vessel when he fell and injured himself. He was diagnosed with a rib fracture, and his claim for workplace compensation benefits was accepted effective July 30, 1995.

[4] Due to the physical demands of his former employment, Mr. Johnston determined by 1997 he could not return to that type of work and made the decision to go into business for himself and open a fish market.

[5] The facts of the case as set out by the Appeals Tribunal are as follows:

In May 1998, the Commission sought a “feasibility plan generated as to long term success” of the appellant’s fish market business [...]. By letter dated August 5, 1998, the Commission advised the appellant that it would not support his business plan because the Business Development Bank of Canada had identified it as a “high risk” venture. Therefore, the Commission refused to give the appellant an advance of his long-term disability benefits [...]. In addition, the Commission stated that it would not pay the appellant loss of earnings benefits for a 13-week job search period because he intended to pursue his business plan rather than seek employment.

By letter dated August 25, 1998, the Commission advised the appellant of his entitlement to long-term disability benefits. In order to calculate the monthly payment, the Commission used “Food Product Sales Representative” as a suitable occupation [...]. It is clear from the letter that this job was chosen because the appellant “indicated that [he] plan[ned] to pursue... self-employment in opening a fish market”. In other words, since the appellant intended to do this work on his own account, he could be deemed capable of doing it as an employee [...]. [paras. 11-12]

[6] Mr. Johnston’s pain was ongoing, and he continued to seek medical assistance. It was eventually determined that he had sustained a rotator cuff injury, believed to date back to his original workplace injury in 1995. In a 2009 report, Mr. Johnston’s orthopedic surgeon, Dr. Jennifer Fletcher, expresses this view:

I am sending [Mr. Johnston] for an MRI arthrogram of his right shoulder to rule out pathology as he, I believe, has quite significant pathology in his shoulder. I do believe that it dates back to his original injury in 1995 as he has had issues with it since then, but more significant issues recently.

[7] Dr. Fletcher made the following observations in a 2017 report:

What we are trying to decide here is if this correlates with the injury that he sustained on July 29, 1995 and certainly the cuff tear that he had could have resulted from that injury that he had in 1995.

[...]

He continued to have pain in the right shoulder from the beginning of that injury in 1995 and was bruised from the right side of his ear, down the right side of his neck and all around the shoulder girdle and chest wall. The pain that he sustained to his chest wall and rib injury was so excruciating that he didn't immediately notice right shoulder pain but it was shortly thereafter that he had started noticing the right shoulder pain which continued until he eventually saw me in 2009.

I would certainly agree that this injury in 1995 could have lead to the continued right shoulder pain that he sustained after that injury and continued on until we eventually did surgery in 2014. The patient can have a small cuff tear that doesn't show any significant shoulder weakness on assessment, but can cause continued pain in the shoulder for several years. It is my opinion that the injury in 1995 resulted in the findings of the right shoulder requiring rotator cuff repair surgery in 2014.

[8] In 2018, Mr. Johnston sought, with the assistance of his Workers' Advocate, a change to his deemed position, as will be outlined in more detail below.

III. Issues and Analysis

A. *Standard of Review*

[9] The standard of review to be applied in appeals from decisions of the Appeals Tribunal was recently examined and explained by Richard C.J.N.B. in *Longphee v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2020 NBCA 45, [2020] N.B.J. No. 157 (QL), in light of changes in Canadian administrative law brought about by the decision of the Supreme Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] S.C.J. No. 65 (QL). Richard C.J.N.B. states:

Over the years, there have been many formulations of the standard of judicial review of administrative decision-making. The recent decision of the Supreme Court of Canada in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] S.C.J. No. 65 (QL), has brought about much-needed clarity. In sum, where a court reviews the merits of an administrative decision, there is a presumption the applicable standard of review is reasonableness; however, this presumption can be rebutted. Rebuttal occurs when the legislature has indicated that a different standard should be applied, either by legislating the standard or by providing a statutory appeal mechanism for the decision in question. In the former situation, the standard to be applied is the one set out in the legislation, whereas in the latter the usual appellate standards of review are applicable. The presumption will also be rebutted where required by the rule of law, that is “for certain types of legal questions: constitutional questions, general questions of law of central importance to the legal system as a whole and questions regarding the jurisdictional boundaries between two or more administrative bodies” (para 53).

[...]

In our view, *Vavilov* does not fundamentally change our Court’s approach to appeals against decisions of the Appeals Tribunal as set out in *VSL*. As Drapeau C.J.N.B. explained, decisions that are the product of a palpable and overriding error of fact (or of mixed law and fact) cannot be said to be made “upon the real merits of the case” as required by the legislation. If anything, *Vavilov* simply provides us with an opportunity to standardize the language to be used in appellate review of appeals against decisions of the Appeals Tribunal. Terms such as material errors, unreasonableness and the like are no longer applicable in these types of cases. Decisions of the Appeals Tribunal that raise questions of law or jurisdiction must be reviewed in the Court of Appeal on the correctness standard; whereas decisions that raise questions of fact, or questions of mixed law and fact where no question of law is readily extricable, will be reviewed on the palpable and overriding standard in order to determine whether the decision was made “upon the real merits of the case.” [paras. 15 and 18]

B. *Alleged errors by the Appeals Tribunal*

[10] Mr. Johnston alleges the Appeals Tribunal:

- (a) failed to order Worksafe to pay him loss of earnings benefits between July 27, 1995 and November 14, 2018 subject to any offsets available to Worksafe;
- (b) failed to draw reasonable inferences from the evidence and in particular that, if he was entitled to loss of earnings benefits after November 14, 2018, he was also entitled to loss of earnings benefits before November 14, 2018;
- (c) failed to consider that Worksafe had failed to discharge the burden of proof and that, therefore, his appeal should be decided in accordance with the presumption governing the burden of proof;
- (d) failed to consider that Worksafe had not made diligent and timely inquiries, which it was required to make pursuant to the *WCA*, and that, as such, the Chair should have allowed his appeal;
- (e) failed to consider the “real merits and justice” of the case and in particular the prejudice to him; and
- (f) failed to consider the principle of procedural fairness and the prejudice to him.

[11] The essence of Mr. Johnston’s appeal can effectively be expressed as follows: the Appeals Tribunal should have ordered that he receive loss of earning benefits retroactive to the date of his accident, a period of 25 years, and by not doing so the Tribunal committed an error which this Court should correct.

C. *The issue before the Commission*

[12] What request was put to the Commission on behalf of Mr. Johnston? The answer to that question can be found in a September 14, 2018 letter written to the Commission by Mr. Johnston's Workers' Advocate:

On August 29, 2018 I wrote to Dr. Fletcher requesting her opinion of the deemed occupation for Perry Johnston for his workplace injury on July 29, 1995. As you are aware, Mr. Johnston was deemed to perform the position of Food Products Sales Representative on September 19, 1998. Attached is a copy of my letter to her.

I received a response from Dr. Fletcher on September 10, 2018, copy also attached for your review. Dr. Fletcher speaks to Mr. Johnston's bilateral shoulder pain issues and specifically the right shoulder.

Please review the attached letter from Dr. Fletcher and advise if her opinion regarding Mr. Johnston's current shoulder condition should be considered in order to change the deemed occupation of Food Products Sales Representative for Mr. Johnston.

[Emphasis added.]

[13] The request to the Commission was whether Mr. Johnston's deeming should be changed in light of his "current shoulder condition." In my opinion, this was not a request to reconsider the deeming decision made in 1998 and change it retroactively.

[14] Dr. Fletcher's letter of September 10, 2018, states in part:

It is not quite clear to me what a food product sales representative position entails, but I would suspect that if this involves transportation of food and lifting and movement of food into a supermarket then he may have a difficult time doing such a job. Certainly I would not recommend any heavy repetitive lifting and a more sedentary position would be more likely to be satisfactory

for someone who has bilateral shoulder pain issues and specifically the right shoulder.

[Emphasis added.]

[15] As is readily apparent, Dr. Fletcher's letter was somewhat equivocal. Mr. Johnston "may have a difficult time" and she "would not recommend any heavy repetitive lifting". It is perhaps not surprising that the Commission made the following determination, communicated in a letter dated October 24, 2018:

The client's deemed occupation is Food Product Sales Representative, sedentary to light strength.

The medical information presented was reviewed by our medical advisor. Again deeming capabilities were sedentary and light strength. No significant changes identified therefore there will not be any change to Mr. Johnston's deeming.

[16] A second letter from Dr. Fletcher, this one dated November 14, 2018, was decidedly more definitive in the medical opinion expressed:

Mr. Johnston cannot do a job that requires repetitive overhead work using the right arm or any repetitive heavy lifting and should only really be considered for a sedentary one and I am not sure if he has the educational background for that.

If the food product sales representative did not involve lifting boxes and distributing them into places of business like a Superstore then he could potentially do that job, but my understanding of that type of position is that it requires transportation of [food] into a facility that sells that and that involves lifting, lugging, piling and unpacking of these products which I don't feel he could tolerate.

[Emphasis added.]

[17] A May 8, 2019 letter from the Commission acknowledges receipt of Dr. Fletcher's second report, and affirms the Commission's earlier position:

The medical information presented was reviewed by our medical consultant. Again deeming capabilities were sedentary and light strength. No significant changes identified therefore there will not be any change in Mr. Johnston's deeming.

D. *The issue before the Appeals Tribunal*

[18] Properly identifying and understanding the issue that was before the Appeals Tribunal is of central importance to this appeal, given that the decision of the Tribunal on the issue in question is now being challenged.

[19] On April 25, 2019, after the first refusal by the Commission to change Mr. Johnston's deeming and before the second was received, a Workers' Advocate representing Mr. Johnston wrote to the Registrar of WorkSafe informing it of his wish to appeal the October 24, 2018 decision. The wording of this letter is important as it might be interpreted as seeking retroactive benefits to some unspecified date, perhaps to the date of Mr. Johnston's initial accident or the original deeming, but that interpretation is by no means evident. The letter initiating the appeal states:

Mr. Johnston was informed by a letter dated October 24, 2018, that the medical information presented was reviewed by a medical advisor and no significant changes were identified, therefore there will not be any change in his deeming.

Mr. Johnston was deemed to perform the position of Food Products Sales Representative on September 19, 1998 (sedentary to light).

Mr. Johnston does not agree with this decision and wishes to appeal. We submit that the position of Food Products Sales Representative was wrongly identified as "suitable employment" for Mr. Johnston as per the extended definition noted in policy 21-417, section 1.0.

[20] The following is taken from a letter written by the Registrar's Assistant of the Appeals Tribunal to the Workers' Advocate representing Mr. Johnston dated June 28, 2019:

I reviewed your Notice of Appeal dated April 25, 2019 as well as Mr. Johnston's file and it is my understanding that you wish to present, to the Workers' Compensation Appeals Tribunal (WCAT), his position regarding the following decision:

The October 24, 2018 decision, upheld May 8, 2019, advising that the medical information presented was reviewed and there were no significant changes identified. As a result, he was advised there will be no change to his "deeming".

If this is not the decision you wish to appeal, please advise immediately.

[Emphasis in original.]

[21] I see nothing in the record to indicate the Appeals Tribunal received a reply suggesting any other decision or issue was to be the subject matter of Mr. Johnston's appeal.

[22] Shortly after the commencement of the September 18, 2019 hearing before the Appeals Tribunal, the Chairperson sought to clarify precisely what was at issue. He stated:

Let me confirm the issue in the Appeal Record. So it states, Mr. Johnston, with the help of a Workers' Advocate, is appealing the October 24th 2018 decision upheld May 8th 2019, advising Mr. Johnston that the medical information presented was reviewed and there was no significant – there were no significant changes identified. As a result he was advised there will be no change to his deeming. Is that the issue under appeal?

[Emphasis added.]

[23] The Workers' Advocate representing Mr. Johnston replied, "That is correct."

[24] The Chairperson took the additional step of repeating his question to the other individuals attending the hearing: “Okay. Everyone else, that is what we are here to talk about?” Only one person responded, the hearing representative for WorkSafe NB, who said, “Yes.”

E. *Arguments advanced by Mr. Johnston before the Appeals Tribunal*

[25] In the course of the hearing before the Appeals Tribunal, the Workers’ Advocate made clear the position that the original deeming in 1998 was flawed, and that Mr. Johnston should have been entitled to loss of earnings benefits for years. I reproduce the following submissions by the Workers’ Advocate:

Dr. Fletcher’s opinion is significant in that it shows his function was restricted, he was not capable of doing the duties of the deemed job and now that all this information is available, the deeming should have been changed when the Commission had an opportunity to go back and review it.

[...]

This case is not about Mr. Johnston’s level of cooperation with WorkSafe and some of his frustration with WorkSafe, which is not – nothing unusual, but rather whether the new medical regarding the shoulder is a significant change and whether he was deemed to work suitable employment considering the whole person, his entire health, whether the deemed position made a risk of harm, which I think is absolutely true considering that he was never able to do full-time work and he was deemed at working full-time.

[...]

I can conclude just to say that the appellant was never fit to do the deemed position full-time without risk of harm and that there is a difference between a worker taking it upon themselves to do a job beyond their physical limits and the Commission using their authority to make that decision for them and to say that they can do the job without harm when the evidence does not state that or that the WCE other

evidence in the record demonstrates that there was a substantial risk of harm, and that this should all be viewed through the lens of the shoulder injury that was not discovered until much later. That that is new and substantial evidence that was not available at the time in 1998. And accordingly, we ask the Commission decision be reversed and that the Commission be ordered to handle the file accordingly such that Mr. Johnston receives the LTD benefits he should have been entitled to all of these years.

[...]

Well I suppose the issue under appeal would be for the – I guess the deeming to be reconsidered based on new and substantial evidence or significant evidence.

[...]

We would ask [...] that the decision of October 24th upheld May 8th advising that there was no new medical evidence or no new medical information that significant changes were identified, and that there be no change to the deeming that you decide that that decision was incorrect and that you order them to review the file accordingly.

[26] At this point, the Chairperson asked, “So you want them to reconsider that decision, or you want them to do a new evaluation of some kind?”

[27] The Workers’ Advocate responded, “I think they should reconsider the 1998 deeming based on the fact that that is what they should have done at this point when this decision was made.”

[28] In my opinion, the Chairperson of the Tribunal was being asked to do something he lacked the authority to do. The request put to the Commission was to have Mr. Johnston’s deeming changed in light of the new medical opinion from Dr. Fletcher. The Commission was not asked to undertake a reconsideration of its 1998 decision on deeming. Mr. Johnston’s appellate counsel was questioned on this point. On what basis would the Tribunal have the authority to order loss of earnings benefits back to the date of the accident in 1995? The response was the Court could make such an order by giving

effect to the principles of procedural fairness. When pressed on the question, counsel acknowledged he had found no discrete precedent on point.

F. *The decision rendered by the Appeals Tribunal*

[29] When he issued his decision, the Chairperson framed the issue before him and summarized his conclusions in these terms: “The question to be answered in this appeal is whether it is more likely than not that Food Handling Product Sales Representative is a suitable occupation for the purposes of assessing the appellant’s earning capacity. In my view, it is not.”

[30] The following excerpt encapsulates the findings of the Chairperson and his disposition of Mr. Johnston’s appeal:

This analysis leaves aside the more fundamental point that the Commission never actually conducted a vocational assessment of the Food Product Sales Representative position. Instead, this occupation was chosen because the appellant signaled his intention to pursue a business that involved this type of work [...]. At the hearing, the employer’s counsel emphasized the inconsistency and unfairness of the fact that the appellant insisted on this particular line of work, to the exclusion of a broader job search, only to now say that he is incapable of doing it. Although I have some sympathy for this argument, it is ultimately irrelevant to the legal and policy definition of “suitable occupation”. What matters is not what the appellant wants to do; what matters is what he is physically capable of doing.

As outlined above, the Food Product Sales Representative must be a job that, in light of the appellant’s physical abilities, he is capable of performing without endangering himself: see subsection 42.1(1) of the *WC Act*. The preponderance of the evidence indicates that, as of November 14, 2018, the position chosen by the Commission does not satisfy this test.

Finally, while I recognize that the appellant has other health issues that are a barrier to employment, it is well established that the compensable injury does not have to be the sole or predominant cause of the worker's loss of earning capacity. As long as the appellant's workplace injury is playing a role in his diminished physical capabilities, then the financial consequences will be compensable: see Terence G. Ison, *Workers' Compensation in Canada*, second edition (Butterworths: Toronto, 1989) at page 58; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 SCR. 458, 1996 CanLII 183 (SCC) at paragraph 17. In this case, both the 1997 WCE and Dr. Fletcher's letters from 2017 and 2018 indicate that a job requiring even relatively light lifting would trigger pain in his injured right side and not be medically advisable.

For the foregoing reasons, the appeal is accepted. I direct the Commission to perform a new work capacity evaluation and vocational assessment of the appellant. In the interim, I direct the Commission to pay the appellant regular loss of earnings benefits retroactive to November 14, 2018. I further direct the Commission to manage the file accordingly. [paras. 41-44]

[31] Counsel for Mr. Johnston argued the decision of the Chairperson to order compensation retroactive to November 18, 2018, was arbitrary. He suggested that, because it was not possible to go back in time and assess Mr. Johnston's claim fairly, given the fact that clinical impressions based on Mr. Johnston's condition over the years could not now be formed, the only just remedy would be full retroactive benefits back to 1995.

[32] I am inclined to agree with the position articulated by counsel for the Commission. The Chairperson of the Appeals Tribunal did not consider ordering compensation retroactive to 1995 because he lacked the authority to do so. If Mr. Johnston was seeking a reconsideration of the 1998 decision, his request to the Commission should have been framed in those terms and, had he been unsuccessful, the issue of compensating him retroactive to 1995 would have been squarely before the Appeals Tribunal. In the actual circumstances of this case, it was not.

[33] The Chairperson determined the appropriate date for benefits to be conferred retroactively was November 18, 2018. That represents the date of the second letter from Dr. Fletcher, in which she stated that Mr. Johnston “cannot do a job that requires repetitive overhead work using the right arm or repetitive heavy lifting and should only really be considered for a sedentary type job and I am not sure if he has the educational background for that.” In his decision, the Chairperson stated, “It is the opinion of Dr. Fletcher, an orthopedic surgeon, that convinces me this was not a suitable occupation, at least as of November 14, 2018.” From an evidentiary perspective, that letter provided the Tribunal with the basis to determine that Mr. Johnston was unable to perform the duties of the deemed position and entitled to receive compensation from that date forward.

[34] While I am not without sympathy for Mr. Johnston, applying the requisite standard of review as articulated in *Longphee*, I see no error on the part of the Chairperson of the Appeals Tribunal justifying appellate intervention.

[35] At the hearing of the appeal, there was some discussion by counsel of the possibility of Mr. Johnston returning to the Commission to explicitly seek a reconsideration of the 1998 decision. I will refrain from commenting, as the question is not one that was before the Court.

IV. Conclusion and Disposition

[36] For the reasons set out above, I would dismiss the appeal.

[37] In keeping with the longstanding practice of the Court not to award costs against workers in workplace compensation appeals, I would order that each side bear their own costs.

The dissenting reasons of

FRENCH, J.A.

I. Introduction

[38] The Workplace Health, Safety and Compensation Commission maintains, as a preliminary matter, that this Court should not consider Perry Johnston’s appeal. It submits he was entirely successful before the Workers’ Compensation Appeals Tribunal – it says Mr. Johnston got what he asked for, that is, a reassessment of his loss of earnings benefits, prospectively from 2018, based on the Tribunal’s finding he was incapable of being a Food Product Sales Representative, the occupation the Commission had deemed him capable of performing, in 1998, for the purpose of estimating his earning capacity (when it determined his loss of earnings benefits). More particularly, the Commission maintains Mr. Johnston did not ask the Tribunal to retroactively change his deemed occupation and he had not previously made such a request to the Commission, or, at least, his request did not identify properly the section of the *Workers’ Compensation Act*, R.S.N.B. 1973, c. W-13 (the “WC Act”) that permitted a reconsideration of the 1998 decision.

[39] Like the majority opinion of this Court, I do not accept the assertion that Mr. Johnston did not seek from the Tribunal a retroactive change to the deemed occupation. As my colleagues note, at the hearing before the Tribunal, Mr. Johnston requested a retroactive change to the deemed occupation from 1998.

[40] However, my colleagues conclude the Tribunal did not consider Mr. Johnston’s request for a retroactive change because it lacked the authority to address a request he had not previously put to the Commission. They accept the argument that Mr. Johnston had requested from the Commission only a prospective change, from 2018, as reflected in the letter from a Workers’ Advocate dated September 14, 2018, and he had

not properly framed his request to indicate he was seeking a reconsideration of the 1998 deeming decision.

[41] I do not accept the Commission's assertion that the issue of a retroactive change to Mr. Johnston's deemed occupation was not before the Commission. In my opinion, it was. Significantly, even if the Commission did not consider a retroactive change, Mr. Johnston indisputably raised the issue before the Tribunal and it had not only the authority to determine the issue, but an obligation to do so. As a result, I would dismiss the Commission's preliminary objection to Mr. Johnston's appeal. In addition, I would allow his appeal and remit the outstanding issues to the Tribunal.

II. Overview

[42] In 1995, Mr. Johnston was injured while working aboard a Canadian Coast Guard vessel. Following a Work Capacity Evaluation, the Commission concluded the injuries Mr. Johnston suffered to his ribs and thoracic area left him with physical limitations (work restrictions) that prevented a return to his pre-accident employment. In 1998, the Commission determined Mr. Johnston's entitlement to "loss of earnings" benefits, which are based on his lost income less the earnings he "is estimated to be capable of earning at a suitable occupation after sustaining the injury" (s. 38.1(1) of the *WC Act*). The Commission deemed Mr. Johnston capable of being a Food Product Sales Representative, working 35 hours per week at \$5.50 per hour (the rate in 1998). Since then, Mr. Johnston's loss of earnings benefits (also called LTD benefits by the Commission) have reflected a deduction for the income he was "capable of earning" from the deemed occupation.

[43] At the time Mr. Johnston was deemed, neither the Commission nor Mr. Johnston was aware his right shoulder had also been injured in the accident. This injury remained undiagnosed until 2009, when he was seen by Dr. Fletcher, an orthopedic surgeon. Initially, to relieve Mr. Johnston's shoulder pain, Dr. Fletcher injected his shoulder, but she later operated on his torn right rotator cuff, in 2014.

[44] In 2009, Mr. Johnston made the first of his requests for the Commission to increase his LTD benefits, relying on Dr. Fletcher's opinion the shoulder injury was caused by the workplace accident. Despite Dr. Fletcher's opinion, the Commission decided the injury was not caused by the accident and denied his request for "compensation benefits for the right shoulder injury," to use the words of the Commission at the time. There is no doubt Mr. Johnston's request for an increase was based on the shoulder injury being new evidence, unknown at the time he was deemed in 1998, which established he was incapable of the deemed occupation and a change was necessary.

[45] After Dr. Fletcher operated on Mr. Johnston's shoulder, he again asked the Commission to accept his shoulder injury was caused by the accident and to change his deemed occupation. This request was supported in 2017 by an opinion from Dr. Fletcher, and from his family physician. In June 2017, the Commission reconsidered its 2009 decision; it accepted the injury was caused by the accident and, as a result, undertook to review Mr. Johnston's LTD and other benefits. In relation to the review of his LTD benefits, there is no question the issue was whether the now accepted shoulder injury (unknown when he was deemed in 1998) was substantial new evidence that established he was incapable of being a Food Product Sales Representative, and a change to the deemed occupation was necessary.

[46] However, the Commission did not immediately pursue the review of Mr. Johnston's LTD benefits, for reasons that are not clear from the record. It did promptly arrange for a new Permanent Physical Impairment (PPI) assessment of Mr. Johnston to assess the significance of the shoulder injury. It concluded Mr. Johnston's total body impairment was considerably greater than was identified from his previous PPI assessment, which considered only the injury to his ribs and thoracic area. Additionally, as a consequence of having accepted the shoulder injury as compensable, the Commission reimbursed, retroactively, minor travel expenses incurred by Mr. Johnston from the time of his first consultation with Dr. Fletcher, in 2009.

[47] Inexplicably, no decision was taken by the Commission regarding Mr. Johnston's LTD benefits, in view of his shoulder injury, until a year later, after it received a letter from a Workers' Advocate in September 2018. This letter provided an opinion from Dr. Fletcher (September 2018) regarding Mr. Johnston's current limitations and asked if the Commission would change the deemed occupation.

[48] The Commission denied the request for a change on October 24, 2018. It concluded Mr. Johnston's physical limitations were still within the range of the assessment made when he was deemed in 1998 and, as a result, the deemed occupation was suitable despite the shoulder injury. Mr. Johnston then provided the Commission with a second letter from Dr. Fletcher, which addressed more specifically his capacity to perform the duties of a Food Product Sales Representative; however, on May 8, 2019, the Commission confirmed its earlier decision and denied the request for a change.

[49] Mr. Johnston appealed to the Tribunal. It decided Mr. Johnston "was incapable of being a Food Product Sales Representative." It ordered the Commission to: (1) undertake both a new Work Capacity Evaluation and a vocational assessment of Mr. Johnston, to determine an alternate suitable occupation, if any; and (2) in the interim, pay Mr. Johnston "regular" LTD benefits from November 14, 2018 (that is, LTD benefits that are not reduced by the estimated capable earnings from a deemed occupation).

[50] Mr. Johnston appeals to this Court claiming the Tribunal's decision to order "regular" LTD benefits only from the date of Dr. Fletcher's last letter (November 14, 2018) is "arbitrary" and was made without providing any reasons. He submits the date she wrote her letter bears no relationship to the time he was/became "incapable of being" a Food Product Sales Representative. Additionally, he maintains that date cannot be reconciled with the Tribunal's determination that the Commission did not properly deem him in 1998, since: (1) the Commission did not properly assess, as required by the *WC Act*, whether he was capable of being a Food Product Sales Representative; and (2) it appears, from the evidentiary record that existed in 1998 in relation to Mr. Johnston's physical restrictions/limitations, he was never capable of the deemed occupation, and it

was not “suitable employment.” Mr. Johnston contends the Tribunal erred by failing to order “regular” benefits from 1998.

[51] The Commission advances one position in opposition to Mr. Johnston’s appeal (and it neither appealed the decision nor filed a Notice of Contention). It maintains the Tribunal did not consider a retroactive change to the deemed occupation, for any period prior to 2018, because “the question of whether the 1998 deeming decision should have been changed retroactively was not a question before [the Tribunal]. As such, the appeal should be dismissed.” Its submission to this Court summarizes this position:

It is submitted that this appeal in its entirety is without merit as the Appellant is seeking an order from this Honourable Court that was not sought at the [Tribunal] hearing in this matter. The Appellant was entirely and completely successful in front of the [Tribunal]. It granted him the order that he sought; a change to his deemed occupation based on changed circumstances due to the worsening of his shoulder symptoms. In effect, the Appellant raises for the first time on this appeal whether the original decision of August 25, 1998 ought to be reconsidered. Respectfully, that is not the function of this Honourable Court.

At no time did the Appellant request that the original decision in 1998 be changed retroactive to 1998. In other words, the Appellant did not request a reconsideration of the 1998 decision nor did he invoke ss.22 or ss.22.1 [sic] of the Workplace Health, Safety and Compensation Commission and *Workers’ Compensation Appeals Tribunal Act* [...]. Rather, all requests made by the Workers’ Advocate on behalf of the Appellant were for the period 2018 forward.

[Emphasis added.]

[52] In short, before this Court, Mr. Johnston submits the Tribunal should have reassessed his entitlement to LTD benefits from 1998, and the Commission maintains the Tribunal did not consider making a retroactive order because Mr. Johnston asked only for a prospective change “for the period 2018 forward.”

[53] I am unable to agree with the Commission's position for two reasons. First, the record does not support the Commission's claim that Mr. Johnston did not seek a retroactive change to the 1998 deeming decision. The Commission maintains the letter from the Workers Advocate ought to be treated as Mr. Johnston's "pleading" and submits it requests only prospective relief from 2018. In my opinion, in addition to wrongly treating the request as though the process were adversarial, the Commission misconstrues the letter and fails to interpret it in context, including the Commission's 2017 decision to accept Mr. Johnston's shoulder injury and undertake a review of his LTD benefits. This undertaking remained outstanding and unaddressed when the Workers' Advocate provided Dr. Fletcher's opinion in September 2018. Although it is clear the letter speaks in the present tense and provides evidence of Mr. Johnston's current condition, it cannot be interpreted either as a discrete request for only prospective relief or as limiting or abandoning Mr. Johnston's earlier request for a retroactive change. The claim that a request for a prospective change was the sole issue before the Commission, at the time it made the decision appealed, is not accurate.

[54] Further, in my opinion, even if the issue before the Commission had been as limited as the Commission now submits, that alone would not deprive the Tribunal of the authority to address Mr. Johnston's request for a retroactive change. An appeal before the Tribunal is a *de novo* hearing and the Tribunal has the statutory authority to address all issues that arise in any appeal of a decision of the Commission. Mr. Johnston's request for a retroactive change arises naturally from a successful appeal of the Commission's decision to deny any change to the deemed occupation.

[55] In my opinion, the appeal itself ought to be allowed for the reasons set out below.

III. Issues on Appeal

- A. *Did the Tribunal lack the authority to address Mr. Johnston's request for a retroactive change to the deemed occupation, from 1998, as the Commission contends?*

[56] The Commission's claim was raised in response to Mr. Johnston's appeal to this Court. Before the Tribunal, neither the Commission nor the employer objected or argued that the Tribunal lacked the authority to address Mr. Johnston's request, and the Tribunal did not expressly address any such limit to its authority. Before us, Mr. Johnston disputes the Commission's characterization of his request and denies he had taken any action that may be interpreted as confining his request to the Commission to 2018 forward. As a result, this Court is required to assess, from the record, the Commission's assertion that the letter from the Workers' Advocate defined the sole issue before it and this deprived the Tribunal of the authority to address Mr. Johnston's request to the Tribunal for a retroactive change, if it allowed his appeal. This issue consumed the lion's share of the hearing before us.

- B. *Did the Tribunal err by not determining Mr. Johnston's request for a retroactive change to the deemed occupation from 1998?*

[57] Mr. Johnston's grounds of appeal may be summarized as asserting, first, that the Tribunal's award of "regular" benefits from the date of Dr. Fletcher's November 14, 2018 letter is "purely arbitrary" and was rendered without reasons. The Commission did not challenge this submission; except, as noted, by claiming the Tribunal did/could not adjudicate Mr. Johnston's request for a retroactive change because it lacked the authority to address an issue that was not before the Commission.

[58] Second, Mr. Johnston's remaining grounds of appeal all relate to his submission that the Tribunal erred by failing to order he receive "regular" LTD benefits from 1998.

C. *If the Tribunal erred, should this Court determine: (1) Mr. Johnston's retroactive request for a change to the deemed occupation from 1998 and, if so; (2) should it determine what occupation would be suitable employment, if any?*

[59] Mr. Johnston submits that, if the Court concludes the Tribunal erred, it should order he receive "regular" LTD benefits from 1998, without any deduction for his estimated capable earnings, based on a new/alternative deemed occupation. He submits it would be unfair to now attempt to determine whether he was capable of another occupation. The Commission maintains the record is inadequate for this Court to address the issue and, if the appeal is allowed, the matter ought to be sent back to the Tribunal.

IV. Factual Background

[60] Relevant to the issues are: (1) the initial assessment of Mr. Johnston's injuries and his deeming as a Food Product Sales Representative in 1998; (2) the diagnosis of his shoulder injury in 2009; and (3) the circumstances surrounding the Commission's: (i) 2017 decision accepting the shoulder injury is compensable and undertaking to review his LTD benefits, and (ii) 2018 decision rejecting Mr. Johnston's claim for a change to the deemed occupation.

A. *The initial assessment of Mr. Johnston's injury*

[61] Mr. Johnston began working with the Canadian Coast Guard in 1989. At the time of the accident, in July 1995, he was employed as a "casual ships crew" member. In this capacity, Mr. Johnston was eligible to work up to 125 days in a year. He was 34 years of age.

[62] Mr. Johnston reported that he struck his lower right-side rib cage when he fell while climbing the stairs between decks of the vessel. He initially thought he had cracked a rib. However, the injury turned out to be more complicated and extensive.

[63] Dr. John Acker, an orthopedic surgeon, reported in September 1995 that Mr. Johnston had indicated he was eager to get back to work but that this was not possible since additional assessment was required; the X-ray showed what Dr. Acker described as an unusual shadow. It indicated a possible avulsion fracture, with a bone fragment about 2 cm from the rib. After a fluoroscopy and Tomogram were performed, the radiologist's report described the fracture as "a major separation of rib fragment including a piece of bone. This is really quite an unusual radiographic finding."

[64] In February 1996, Dr. Stiles surgically removed the rib fragment. However, this did not solve Mr. Johnston's difficulties. In a July 1996 letter to the Commission, Dr. Stiles reported the "[s]urgical intervention was carried out with only fair results." Mr. Johnston continued to experience pain in his rib cage/thoracic area and limited function and was prescribed morphine to be taken as necessary. Dr. Stiles referred Mr. Johnston to a pain clinic at the Saint John Regional Hospital.

[65] As noted, it was not known at the time that Mr. Johnston had also injured his right shoulder. With the benefit of hindsight, a review of the Commission's records from 1997 provides glimpses of Mr. Johnston having difficulties with his right shoulder and upper right extremity (his right arm; he is right-hand dominant). This was later acknowledged in the Commission's June 2017 letter advising that it accepted the shoulder injury as compensable.

[66] Reports from Mr. Johnston's participation in the Commission's pain management program at the Workers' Rehabilitation Centre in February 1997 reference limitations related to Mr. Johnston's right upper extremity, including the following:

He reports difficulty doing some of his right upper extremity exercises. He was able to lift 3 kg with his right upper extremity. He is attending the gym twice daily. In O.T. during his one hour daily session, Perry he is working on a sedentary leather work projects alternating sitting and standing. He reports increased pain in his right rib area when doing activities with upper extremity particularly with his right upper extremity.

[...]

Mr. Johnston completed only two weeks of Occupational Therapy during this admission to the pain management program. On initial assessment, he reported most difficulty with tasks requiring right upper extremity strength as this increased the pain in his right rib area. He also reported increased symptoms with raising his right arm, walking or climbing on inclines and driving prolonged periods.

[67] The Commission requested a Work Capacity Evaluation, which was undertaken by an occupational therapist between May 13-15, 1997. It reported that Mr. Johnston could not meet the physical demands of a deckhand for the Coast Guard, a job that was classified as having a heavy to very heavy physical demand.

[68] This evaluation also noted limitations on Mr. Johnston's use of his right upper extremity. In relation to his ability to perform the critical requirements of his pre-accident employment, it notes he "[d]id not reach above shoulder with right arm." It noted Mr. Johnston was observed using his "left non dominant hand to complete all transfers." Finally, the Work Capacity Evaluation concluded Mr. Johnston was limited to performing activities that required only "light strength" and "sedentary endurance," which are explained as:

Sedentary endurance level defined by CCDO is 4.5 kgs maximum and occasional lifting of small particles. Walking and standing occasionally.

Light strength level defined by CCDO is 4.5 kg to 9 kgs maximum with frequent lifting or carrying up to 4.5 kgs.

[69] Once it was determined Mr. Johnston could not return to the Coast Guard, he did not indicate a desire to pursue other employment, the approach favoured by the Commission; instead, he expressed a desire to start a retail seafood/fish market from a building adjacent to his home in Pennfield, N.B. He indicated he could do this with the assistance of his wife and other members of his family. He asked the Commission for help in establishing the business; he requested a 4-year advance against his LTD benefits.

The Commission had a representative of the Business Development Bank of Canada assess the viability of the proposed business. He concluded the business was high-risk and, as a consequence, in August 1998, the Commission advised Mr. Johnston it would not provide an advance of his benefits (his appeal of this decision to the Tribunal was dismissed).

[70] Also in August 1998, as a consequence of Mr. Johnston's persistent intention to start a business, the Commission advised him that immediately, as of September 1, 1998, his regular loss of earnings benefits would end, and he would begin receiving LTD benefits of \$500.73 per month. This reflected the amount of his "regular" LTD benefits minus the income the Commission deemed him capable of earning as a Food Product Sales Representative (\$5.50 per hour). It explained:

[I]t has been concluded that the medical information on file indicates that you have a work restriction at this time which prevents you from returning to your pre-accident employment.

However, **you have indicated that you plan to pursue your self-employment in opening a fish market and therefore you have been deemed capable of all the duties associated with the position of Food product sales Representative**. Our research indicates that such a position pays \$5.50 per hour for seven hours a day.

As a result of the above, effective September 1, 1998 you'll be awarded Long Term Disability benefits in the amount of \$500.37 per month.

[Emphasis added.]

[71] Mr. Johnston did not appeal this decision. He was 37 at the time. Other than the usual annual adjustments, these benefits continued until the Tribunal ordered his return to "regular" benefits.

[72] As the Tribunal noted in its decision, the Commission did not undertake a vocational assessment of Mr. Johnston in connection with its decision to deem him

“capable of all the duties associated with the position of Food Product Sales Representative.” It explained:

[Mr. Johnston]’s deeming was not the result of an objective, evidence-based assessment of whether [he] was capable of meeting the physical demands of the Food Product Sales Representative position. Instead, the Commission used [his] desire to pursue a similar venture as a proxy for what he was actually capable of doing. In my view, **this is not in keeping with subsection 42.1(1) of the Workers’ Compensation Act (the WC Act) or the Commission’s policy 21 – 417 Identifying Suitable Employment, which focuses on what the worker can safely based on the medical evidence.**

[Emphasis added.]

[73] The Tribunal also expressed doubt about whether the evidence at the time indicated that Mr. Johnston was capable of performing the duties of a Food Product Sales Representative:

I note that the “light” strength level in the NOC profile is defined as “handling loads of 5 kg but less than 10 kg” [page 584 of the Appeal Record]. Although the weight ranges are relatively close, given the difficulty that the appellant experienced during the WCE, the pain that he reported, and the drug that he was using to get through it, **I doubt whether the appellant was capable of achieving the strength level required of a Food Product Sales Representative.**

[Emphasis added.]

B. *The business upon which the deeming was based and other employment*

[74] Mr. Johnston opened a business sometime in 1999; however, it never showed a profit of any significance and, by 2004, it failed. Thereafter, Mr. Johnston reported a few periods of brief of employment, for very limited pay, and his income was otherwise confined to his LTD benefits.

[75] The reported income from Mr. Johnston's business and any other sources forms part of the Commission's records since he reported his actual income every year, as required by the Commission, by completing its Long Term Disability Questionnaire. This includes copies of his income tax returns and the financial statements from the business while it operated.

[76] In 2004, Mr. Johnston reported an employment income of \$1,160.64 from Maritech Marine. In 2005, he reported earning \$6,900 as a night watchman with Collins Lobsters. In 2006 and 2007, he reported he did not work and his only source of income was from the Commission (\$7,634 in 2006 and \$7,968 in 2007). Mr. Johnston advised in 2007 that complications from diabetes contributed to his inability to work. About this time, he advised the Commission his application for Canada Pension Plan disability benefits had been denied. Mr. Johnston reported he did not work in 2008, 2009, 2010, 2011 and 2012. In 2011, and every subsequent year, he received a \$550 Home Heating Allowance, for firewood, from income assistance. In 2013, Mr. Johnston earned \$1,341.60 working part-time (6-8 hours a week in May and June) for the Eastern Charlotte Waterways, retrieving water samples. In 2014, he earned \$1,248 working part-time for a relative at Fundy Salmon Ltd. In 2015, he had \$573 in self-employment earnings. He reported he did not earn any income from employment or from another source in 2016, 2017 and 2018.

C. *The 2009 diagnosis of the shoulder injury and Mr. Johnston's first request for a change to the deemed occupation*

[77] As a result of progressively increasing pain in his right shoulder Mr. Johnston was referred to an orthopedic surgeon in 2008. He first saw Dr. Fletcher in February 2009. In a letter to Mr. Johnston's family physician, Dr. Fletcher reported:

[Mr. Johnston] has a significant history on his right side where he sustained a major injury to his chest wall on the right side requiring surgery and resection of some ribs back in 1995 and 1996. He currently uses Endocet for left leg pain. He has chronic problems with pain around his right

shoulder girdle area, especially in the chest wall. He is also an insulin dependent diabetic and has hemochromatosis. He recalls bruising the right shoulder at the time of the initial injury back in 1995 where a steel beam went into his chest, but there was no documented right shoulder injury at that time. He had pain everywhere and it was difficult to tell where the problem was coming from.

This pain in his right shoulder has gradually worsened over time such that he has limited use of it right now. His elevation actively is only 90 degrees and passively about 120. External rotation at the side is about 40 degrees and internal rotation to L2. Muscle strength testing is normal. Impingement testing is positive.

X-rays show some arthritic changes of the AC joint, but the glenohumeral joint looks fine.

I injected him in the right shoulder today in the subacromial space and gave him a referral for Black's Harbour Physiotherapy. I will see him back in two months to re-evaluate.

[Emphasis added.]

[78] After a follow-up examination of Mr. Johnston in April 2009, Dr. Fletcher reported to Dr. Burton that she again injected his shoulder and that she believed the injury was related to his workplace accident:

I injected him again today. I am sending him for an MRI arthrogram of his right shoulder to rule out pathology as he, I believe, has quite significant pathology in his shoulder. I do believe that it dates back to his original injury in 1995 as he has had issues with it since then, but more significant issues recently.

[Emphasis added.]

[79] Mr. Johnston provided Dr. Fletcher's letters to the Commission with a request for a corresponding increase to his LTD benefits. It denied the request. Yves Lapointe, a Long Term Disability Coordinator with the Commission, advised Mr. Johnston that he was not entitled to "compensation benefits" for his right shoulder injury

because it did not arise “out of [his] accident in 1995 with the Canadian Coast Guard.”

The letter of April 29, 2009 stated:

I have reviewed the circumstances of the July 1995 accident. On the Form 67, the part of the body implicated was the lower right hand rib cage area. In the subsequent reports, there is no mention of the right shoulder being involved in the accident. It should also be noted that Dr. Fletcher mentions in her February 16, 2009 report:

He (the claimant) recalls bruising the right shoulder at the time of the initial injury back in 1995 where a steel beam went into his chest, but there was no documented right shoulder injury at that time.

After reviewing the file, it is my opinion that the balance of probabilities weighs more heavily towards the likelihood of the shoulder injury not arising out of your accident in 1995 with the Canadian Coast Guard. There was no documentation on the accident report and no consults in the file for a right shoulder injury. Therefore, I regret to inform **you are not entitled to compensation benefits for the right shoulder injury** as per Section 4(1)(a)(i) of the *[Government Employees Compensation Act]*.

[Emphasis added.]

[80] This decision was not appealed; however, as noted, it was reconsidered in 2017, and the injury was accepted as compensable. This followed Dr. Fletcher’s operation on Mr. Johnston’s shoulder to repair his torn right rotator cuff.

D. *Developments leading to the Commission reconsidering the 2009 decision*

[81] For years, communications between Mr. Johnston and the Commission related primarily to the annual process of confirming his income and recalculating his LTD benefits. However, beginning in 2016, their communications increased in relation to a number of issues. Prominent among them was Mr. Johnston’s disagreement with the Commission’s 2009 rejection of his request for compensation (LTD benefits) for his shoulder injury.

[82] In January 2016, during a telephone call with Mr. Lapointe, Mr. Johnston raised the surgery to repair his torn right rotator cuff and Dr. Fletcher's opinion it was necessitated by the accident. The entry regarding this call made by Mr. Lapointe in the Commission's Event Log provides: "I advised him that the shoulder injury was not part of this claim. He seemed to think it was given Dr. Fletcher's opinion."

[83] In March 2016, Mr. Johnston contacted Mr. Lapointe to advise "someone" had told him that he should have received a PPI award. Such an award is paid to an injured worker who is left with a permanent physical impairment. The following is the explanation later received by Mr. Johnston about a PPI:

Permanent Physical Impairment (PPI) means irreversible loss, loss of use, or derangement of any body part of organ system caused by a recognizable structural or pathophysiological change of that body part or organ system.

[84] After looking into why a PPI assessment had never been done, Mr. Lapointe advised that an assessment would be arranged. During this and subsequent conversations with Mr. Lapointe, Mr. Johnston continued to bring up Dr. Fletcher's opinion that his shoulder injury was caused by the accident. Mr. Lapointe continued to reiterate that it was not accident-related and, as his Event Notes indicate, he made it clear to Mr. Johnston the upcoming PPI assessment "will only be for the ribs."

[85] Canadian Health Solutions completed the assessment and, in September 2016, Mr. Johnston was advised that his total body PPI in relation to his rib/thoracic injury was determined to be 2%, resulting in an award of \$842.00. Mr. Johnston was not at all happy with having his impairment assessed at only 2%. In expressing his displeasure to Mr. Lapointe, Mr. Johnston repeated that it was Dr. Fletcher's opinion that the injury and surgery were the result of the accident. Again, Mr. Lapointe noted that he told Mr. Johnston the Commission had already decided the shoulder injury was not accident-related.

[86] After these exchanges, Mr. Johnston pursued the following regarding his benefits, and it appears he did so with the assistance of various Workers' Advocates:

1. a reconsideration of the 2009 determination that his shoulder injury was not accident-related and a consequential change to his LTD benefits,
2. a reconsideration of the 2% PPI assessment, and
3. a request for a retroactive recalculation of his LTD benefits to 1998 due to a change to the Commission's practice of calculating LTD benefits (unrelated to the current appeal and which was resolved in his favour by the Tribunal, resulting in a retroactive award of approximately \$38,000).

E. *The reconsideration of the 2009 decision, the acceptance of the shoulder injury as compensable and the undertaking to review Mr. Johnston's LTD benefits*

[87] After the 2016 conversations with Mr. Lapointe, Mr. Johnston sought additional medical information in relation to his shoulder. He obtained a current report from Dr. Fletcher, dated March 1, 2017, and from Dr. Natarajan, his family physician, who reported that Mr. Johnston had experienced shoulder pain from the time he became her patient in 2012.

[88] After reviewing this medical information, speaking to Mr. Johnston and reviewing the Commission's records, Mr. Lapointe accepted the shoulder injury was caused by the accident. In his letter to Mr. Johnston dated June 9, 2017, Mr. Lapointe identifies the issue for determination as whether "the right shoulder rotator cuff tear, and subsequent surgery, are the result of [the] 1995 compensable injury." He also indicates the evidence he considered included the 1997 reports from the Workers' Rehabilitation Centre, which he notes provide that Mr. Johnston: (1) "reports difficulty [with] some of his right upper extremity exercises;" (2) experienced "increased pain in his rib area when doing activities with upper extremities particularly with his right upper extremity;" and

(3) had “increased symptoms when raising his right arm.” In summarizing the basis for reconsidering the 2009 decision and accepting the shoulder injury, Mr. Lapointe said:

I find the following to be facts, following review of the evidence:

- **There are noted issues with the shoulder, documented as far back as 1997.** However, you have confirmed today that you were unsure if the pain was the result of a shoulder injury. **I have looked through the WRC [the Workers’ Rehabilitation Centre] reports and noted there was no investigation at the time when you were at the WRC.** Perhaps, it was felt the pain was emanating from the rib injury?
- There was no reporting of the right shoulder specifically on the original Form 6/7, which would be evidence to the contrary, that the shoulder injury did not occur in July 1995. *However*, as you have explained to me, as well as to your doctors, you felt that the rib injury was most pressing at the time of injury. **I feel that you are sincere in your recollection of the injury and that you did believe the upper right extremity pain was actually the result of the rib injury.**
- Having weighed the evidence above, I find that the preponderance of evidence weighs more towards the right shoulder injury *likely having occurred* out of and in the course of employment.

CONCLUSION

I will be accepting your right shoulder injury as claim related and meets section 7 of the *Workers’ Compensation Act*. **I will be following up on a review of the current long term disability benefits and a Permanent Physical Impairment.**

[Emphasis added.]

[89] Although Mr. Lapointe did not determine whether, due to the acceptance of the shoulder injury, a change to the deemed occupation (and Mr. Johnston's LTD benefits) would follow, he acknowledged the issue remained outstanding and undertook to review Mr. Johnston's LTD benefits and PPI.

[90] A few days later, Mr. Lapointe advised the Coast Guard (HRSDC-Labour Service Centre) he had decided to accept the shoulder injury and it could appeal if it disagreed. The employer did not appeal. Mr. Lapointe explained:

At the request of Mr. Johnston, I have reviewed his request to accept his right shoulder injury as secondary to a compensable 1995 injury. **He did not agree with my decision, originally rendered in April 29th, 2009.**

Following a submission of additional new information, I have made the decision to accept the right shoulder as related to the 1995 accident. Therefore, **the right shoulder injury is now compensable.**

[Emphasis added.]

F. *A new PPI assessment & retroactive reimbursement of expenses to 2009*

[91] Very quickly, Mr. Lapointe arranged for a new PPI assessment in relation to Mr. Johnston's shoulder injury. In August 2017, Canadian Health Solutions concluded he had a 22% permanent impairment of his right upper extremity (shoulder). This equated to a 9% total body impairment. When added to the 2% whole body impairment previously determined in relation to his back/rib injury, the shoulder impairment increased Mr. Johnston's PPI to 11%. In some parts of the record and the Tribunal decision, his PPI is reported as 13%.

[92] Also in August 2017, as a consequence of accepting the shoulder injury, the Commission provided Mr. Johnston with the completed forms necessary for the reimbursement of his costs for attending appointments with Dr. Fletcher and a few other related appointments, retroactive to 2009. Mr. Johnston was also invited to submit any other such claims related to his shoulder.

G. *Review of Mr. Johnston's deemed occupation/LTD benefits*

[93] It should not be surprising the promised review was top of mind for Mr. Johnston after his shoulder injury was accepted. Indeed, it was a change to his LTD benefits that prompted his efforts to have the injury accepted in 2009 and again in 2016/17. However, somewhat surprisingly, the record does not indicate what action, if any, the Commission took to begin its review of Mr. Johnston's LTD benefits. After an initial, intentional delay, the review seemingly fell off the table.

[94] On July 11, 2017, Mr. Johnston asked Mr. Lapointe about the status of his review. The Event Notes record that Mr. Johnston "asked about having his LTD looked at. I said let's just see what happens with the PPI assessment first."

[95] After the PPI assessment was completed in August 2017, Mr. Johnston expressed his expectations for the review. They are captured in the Event Notes from September 5, 2017, and indicate the Commission knew he was hoping it would lead to a retroactive LTD award. During a call with a representative of the Commission, Mr. Johnston expressed his "concern/complaints" in relation to a number of issues, including his relationship with Mr. Lapointe. Apparently, Mr. Johnston "gave many examples of concerns, particularly whether he should expect added retro LOE (loss of earnings) in respect of accepted r. shoulder injury" (emphasis added). The notes of a conversation that took place on the same day with another representative record that Mr. Johnston was "simply asking for a new lease on life," and how he "went on to explain that now that his (r) shoulder was accepted as part of this claim, it may make a possible difference in the ECE and his PPI." ECE relates to the estimated capable earnings from the deemed occupation.

[96] While it is not apparent why the review was never commenced, a contributing factor might have been that, later in September 2017, Mr. Lapointe ceased being the Long Term Disability Coordinator responsible for Mr. Johnston. This occurred at Mr. Johnston's request. In addition to his review being delayed, Mr. Johnston had

contentious conversations with Mr. Lapointe in July and August 2017 over a separate issue, a change to a longstanding practice used by the Commission to calculate LTD benefits. Mr. Johnston had been advised by a Workers Advocate that this change meant the Commission had underpaid his LTD benefits since 1998 and he was entitled to a retroactive adjustment from then. Mr. Lapointe refused Mr. Johnston's request for a retroactive recalculation from 1998, and Mr. Johnston appealed to the Tribunal. He was successful at the hearing held in November 2017. In February 2018, the Commission paid retroactive LTD benefits of \$25,943.93. Further, the Commission advised that Mr. Johnston was entitled to additional retroactive LTD benefits of \$11,719.25. When the Commission undertook the recalculation mandated by the Tribunal, it discovered a patent error in its initial quantification of Mr. Johnston's LTD benefits in 1998. It had understated his pre-accident earnings (by not including his earned vacation pay), resulting in an error in all subsequent years.

[97] In addition to providing a possible explanation for the review being sidelined, the issue giving rise to Mr. Johnston's successful appeal highlights that, by September 2017, he was pursuing two separate claims for retroactive LTD benefits. As the Event Notes of September 2017 indicate: Mr. Johnston wanted to know if he should expect "added retro LOE in respect of accepted r. shoulder injury" (emphasis added).

[98] Regardless of the reasons, the undertaking to review Mr. Johnston's LTD benefits remained outstanding and the Commission did not make any decision regarding Mr. Johnston's LTD benefits (as a consequence of having accepted the shoulder injury was compensable) until after it received the letter from the Workers' Advocate in September 2018. This letter provided the Commission with Dr. Fletcher's letter (dated September 10, 2018) regarding the current condition of Mr. Johnston's shoulder and his physical capacity, and requested:

Please review the attached letter from Dr. Fletcher and advise if her opinion regarding Mr. Johnston's current shoulder condition would be considered in order to change the deemed occupation of Food Products Sales Representative for Mr. Johnston.

[99] The Commission maintains the reference to Dr. Fletcher’s “opinion regarding Mr. Johnston’s current shoulder condition” indicates Mr. Johnston was asking the Commission to change the deemed occupation for only “the period 2018 forward,” based on this newest medical information. It also maintains the letter does not seek a reconsideration of the 1998 decision that deemed the occupation of Food Products Sales Representative to be “suitable.”

[100] How the Commission interpreted the letter at the time is not evident from the record. This said, at least one person sought to clarify whether Mr. Johnston’s request related to his “current deeming.” The Event Notes record the LTD Coordinator asking the Commission’s medical advisor: “In your medical opinion would it be reasonable to review client’s deeming based on this medical information?” (emphasis added). His reply was confined to a single question: “Current deeming?” The record does not indicate what answer, if any, the medical advisor received to this question.

[101] Regardless, the medical advisor concluded that Dr. Fletcher’s opinion did not indicate Mr. Johnston’s limitations/restrictions exceeded what the file notes indicated was the required capacity for the deemed occupation when Mr. Johnston was deemed in 1998, and that a review was not warranted. As a result, the Commission decided there would be no change to Mr. Johnston’s deemed occupation. Its letter dated October 24, 2018, to the Workers’ Advocate explained:

The client’s deemed occupation is Food Product Sales Representative, sedentary to light strength.

The medical information presented was reviewed by our medical advisor. **Again deeming capabilities were sedentary and light strength. No significant changes identified** therefore there will not be any change in Mr. Johnston’s deeming.

[Emphasis added.]

[102] Since Dr. Fletcher’s September 2018 letter indicated she was not entirely clear on the occupational demands of a Food Product Sales Representative, the Workers

Advocate provided Dr. Fletcher with a profile of the National Occupational Classification (“NOC”) subgroup, in which Food Product Sales Representative is listed, and sought a more specific opinion. Dr. Fletcher provided a further letter, dated November 14, 2018, which addressed more directly whether Mr. Johnston’s physical limitations would restrict his ability to perform the duties of the occupation. This was provided to the Commission.

[103] In April 2019, before the Commission replied to Dr. Fletcher’s letter of November 2018, Mr. Johnston appealed the October 2018 decision to the Tribunal.

[104] By letter dated May 8, 2019, the Commission denied Mr. Johnston’s request, confirming its October decision:

Again deeming capabilities were sedentary and light strength. No significant changes identified therefore there will not be any change in Mr. Johnston’s deeming.

V. Analysis

A. *The Tribunal did not lack the authority to address Mr. Johnston’s request for a retroactive change to the deemed occupation, from 1998*

(1) Mr. Johnston’s request to the Tribunal

[105] The Commission wrongly asserts Mr. Johnston got everything he asked of the Tribunal – a prospective change to the deemed occupation, from 2018. As noted by my colleagues, this was not what Mr. Johnston requested. It is helpful to note the basis for this conclusion.

[106] The Workers’ Advocate assisting Mr. Johnston asked the Tribunal to change the deeming decision, based on “new and substantial evidence that was not available at the time in 1998,” and order the Commission to “handle the file accordingly such that Mr. Johnston receives the LTD benefits he should have been entitled to all of

these years.” (emphasis added). At the beginning of the hearing, he summarized Mr. Johnston’s position:

Thank you, chairperson. So this appeal today **is about whether or not the right shoulder injury and the medical restrictions identified by Dr. Fletcher make a significant change in the handling of his file and specifically the manner in which he was deemed back in the late 1990s.** Of course Mr. Johnston was originally accepted for injury to his right rib but it took some 20 plus years to have the rotator cuff injury investigated and through some difficulty accepted as compensable. **So we believe that that is a significant change and that it requires the deeming decision to be looked at based on the full merits of the case.** The Commission has that obligation, you yourself have of course an obligation to make a decision based on the full merits of justice in the case so that is... **We disagree that the deeming was correct that it was suitable employment that would not risk injury to the appellant based on his compensable injury.** So I would like to speak to some of the history of the claim and relevant part that I will summarize, I have attempted to... **there is obviously a lot of history here but talk about how the deeming was incorrect and through the lens of the fact that he suffered a shoulder injury throughout this entire period, that is not identified on till later.**

[Emphasis added.]

[107]

Toward the end of the hearing, the Workers’ Advocate stated:

Workers’ Advocate: I can conclude just to say that **the appellant was never fit to do the deemed position full time without risk of harm** and that there is a difference between a worker taking it upon themselves to do the job beyond their physical limits and the commission using their authority to make that decision for them and to say that they can do the job without harm when the evidence does not state that or that **the WCE other evidence in the record demonstrates that there was a substantial risk of harm,** and that this should all be viewed through the lens of the shoulder injury that was not discovered until much later. **That that is new and substantial evidence that was**

not available at the time in 1998. And accordingly, we ask the Commission...

Chairman: can I just... Yes, go ahead

Workers Advocate: ... **decision be reversed and that the commission be ordered to handle the file accordingly such that Mr. Johnston receives the LTD benefits he should have been entitled to all of these years.**

[...]

I think they should reconsider the 1998 deeming based on the fact that that is what they should have done at this point when this decision is made.

[Emphasis added.]

[108] I do not accept the Commission's submission that, when Mr. Johnston responded to requests from the Registrar of the Tribunal and the Tribunal to confirm the decisions he was appealing, his failure to clearly indicate he was seeking a retroactive change infers that he had not and was not making such a request. After he filed his appeal, the Registrar wrote to confirm Mr. Johnston was appealing the "*October 24, 2018 decision, upheld May 8, 2019.*" Similarly, at the beginning of the hearing, the Chairperson asked the parties to confirm the issue before the Tribunal was Mr. Johnston's appeal of these decisions. It is not surprising the Registrar, and/or the Tribunal, sought to clarify the decisions being appealed; after all, the Tribunal's jurisdiction comes from the appeal of a "decision, order or ruling" (s. 21(1) of the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Workers' Compensation Appeals Tribunal Act*, S.N.B. 1994, c. W-14 (the "*WHSCC and WCAT Act*"). However, I do not accept the assertion that these inquiries can be construed now as akin to having asked Mr. Johnston to more particularly identify for the Tribunal the relief he either had sought from the Commission or was seeking from the Tribunal (if his appeal of its denial were to be successful). Nor can this imply Mr. Johnston's request for a retroactive change was pulled out of thin air. The letter from the Workers' Advocate giving notice of his appeal identified the decision he was appealing and briefly indicated his position that the deemed occupation was never suitable:

Mr. Johnston was informed by a letter dated October 24, 2018, that the medical information presented was reviewed by [the Commission's] medical advisor and no significant changes were identified, therefore there will not be any change in his deeming.

Mr. Johnston was deemed to perform the position of Food Products Sales Representative on September 19, 1998 (sedentary to light).

Mr. Johnston does not agree with this decision and wishes to appeal. **We submit that the position of Food Products Sales Representative, was wrongly identified as "suitable employment" for Mr. Johnston** as per the extended definition noted in policy 21-417, section 1.0.

[Emphasis added.]

[109] In summary, the Tribunal was asked to reconsider the 1998 decision that deemed Mr. Johnston and to "handle the file accordingly such that Mr. Johnston receives the LTD benefits he should have been entitled to all of these years."

(2) The Commission's assertion that the issue before it was limited to a prospective change to the deemed occupation from 2018

[110] The Commission's alternate position is that the Tribunal lacked the authority to consider Mr. Johnston's request for retroactive change to the deemed occupation since this request was never properly before the Commission. In the view of the Commission, Mr. Johnston's request to the Commission: (1) was confined to a prospective change, from 2018 forward, as set out in the September 2018 letter from the Workers' Advocate; and/or (2) failed to "properly" request a reconsideration of its 1998 deeming decision, pursuant to s. 22(1) of the *WHSCC and WCAT Act*. These are the submissions accepted by my colleagues.

[111] In my opinion, the record does not support the Commission's position. It is based on a flawed interpretation of the letter from the Workers' Advocate. Moreover, even if Mr. Johnston's request could be interpreted as it submits, this alone would not

deprive the Tribunal of the authority to address the request that Mr. Johnston put to the Tribunal.

- (a) *Mr. Johnston's request sought a reconsideration of the 1998 deeming decision, pursuant to s. 22(1) of the WHSCC and WCAT Act*

[112] The Commission's assertion that Mr. Johnston's request(s) did not properly ask the Commission to reconsider the 1998 deeming decision, pursuant to s. 22(1) of the *WHSCC and WCAT Act*, is simply unreasonable. This is so whether one considers the letter from the Workers' Advocate or the full record. The section provides:

Reconsideration by the Commission

22(1) The Commission may reconsider a decision, order or ruling it previously made or rescind, alter or amend the decision, order or ruling if

(a) the Commission is satisfied that new evidence has become available or has been discovered that is substantial and material to the decision, order or ruling, and the evidence

(i) did not exist at the time of the hearing before the Commission, or

(ii) did exist at that time but was not discovered and could not through the exercise of reasonable diligence have been discovered, and

(b) the Appeals Tribunal has not issued a written decision on the matter.

Reconsidération de la Commission

22(1) La Commission peut considérer de nouveau toute décision ou ordonnance qu'elle a rendue antérieurement ou annuler, changer ou modifier cette décision ou cette ordonnance, lorsque sont réunies les conditions suivantes :

a) elle est convaincue que de nouveaux éléments de preuve sont maintenant disponibles ou ont été découverts et ces éléments sont importants ou pertinents à la décision ou à l'ordonnance et, selon le cas :

(i) n'existaient pas au moment où la Commission a tenu l'audience,

(ii) existaient à ce moment-là mais n'avaient pas été découverts et n'auraient pu l'être par l'exercice d'une diligence raisonnable;

b) le Tribunal d'appel n'a pas rendu de décision écrite sur la question.

[113] Mr. Johnston's initial request for a change to the deemed occupation was grounded, both factually and temporally, in the 2009 discovery of the shoulder injury constituting a new substantial fact (unknown when the 1998 deeming decision was made), which was material to that decision. It is difficult to appreciate how this request would not constitute, or be recognized as, a request to "rescind, alter or amend" a prior "decision, order or ruling," (under s. 22(1)), regardless of whether Mr. Johnston was seeking a retroactive or prospective change. This is particularly so where the deeming decision continues to operate indefinitely and forms part of the Commission's annual recalculation of Mr. Johnston's LTD benefits. The same may be said of both the request he made along with his 2016/2017 request for a change to the Commission's 2009 decision and the letter from the Workers Advocate in September 2018.

[114] Until the matter reached this Court, there was no indication the Commission was confused by Mr. Johnston's requests due to a failure to expressly "plead" s. 22(1). There was no confusion regarding his request to change the 2009 decision regarding his shoulder injury; the Commission recognized it as a reconsideration. In relation to the letter from the Workers' Advocate, the Commission acknowledges Mr. Johnston asked for a change to the deemed occupation (albeit prospectively) based on new medical information, and, in its decision(s) now under appeal, it rejected this request because the "new" medical information did not establish a significant change to his 1998 "deeming capabilities [which] were sedentary and light strength." The request for a change was assessed, as one would expect, against the 1998 decision.

[115] In my opinion, all Mr. Johnston's requests for a change to the deemed occupation undoubtedly asked the Commission to "rescind, alter or amend" the 1998 decision that deemed him capable of being a Food Product Sales Representative, setting aside for the moment whether his request sought a retroactive change (that is, a change as of a time prior to the making of the request). It was obvious his request engaged s. 22(1), and the Commission responded accordingly when it decided the evidence did not warrant a change. Although not raised before us, the Commission also has the ability to "reopen,

rehear, redetermine, review or readjust any claim, decision, or adjustment, either because an injury has proven more serious than it was deemed to be, or because a change has occurred” (s. 46 of the *WC Act*).

[116] Significantly, before the Tribunal, the Commission opposed Mr. Johnston’s appeal on the basis that he had sought a reconsideration under s. 22(1); it expressly argued the “new evidence” offered by Mr. Johnston did not satisfy the requirements of s. 22(1). To now argue before this Court that the issue before the Commission in 2018 did not engage s. 22(1) is, at a minimum, unreasonable. When the Tribunal decided Mr. Johnston was incapable of the deemed occupation and directed the Commission to assess him (in order to determine his limitations/work restriction and what other position(s) he may be deemed capable of), the Tribunal exercised the authority of the Commission to reconsider the 1998 deeming decision, pursuant to s. 22(1), and made the decision the Commission could or ought to have made, which rescinded, altered or amended the 1998 deeming decision, at least as of November 2018.

[117] Lastly, it must be remembered Mr. Johnston’s previously unanswered request for a change to the deemed occupation was made jointly with his request for a reconsideration of the Commission’s 2009 decision. The Commission rescinded that decision, accepted the shoulder injury was compensable and undertook to review his LTD benefits, which itself is a commitment to reconsider the 1998 decision based on the discovery of new evidence (the shoulder injury). It is difficult to view this as anything other than the Commission recognizing in June 2017 that Mr. Johnston’s request engaged s. 22(1).

[118] In essence, the Commission’s position is that the September 2018 letter did not seek a retroactive reconsideration of the 1998 decision; it asked only that the decision be reconsidered prospectively from 2018.

- (b) *The September 2018 letter did not restrict the issue before the Commission to a prospective change to the deemed occupation, from 2018*

[119] As noted, the Commission maintains the only issue before it was whether a prospective change was warranted for “the period 2018 forward” based on a “worsening” of Mr. Johnston’s shoulder injury. This is premised entirely on the interpretation of the letter as a discrete, stand-alone request for a prospective change, unconnected to Mr. Johnston’s earlier request(s) for a change and uninfluenced by the surrounding circumstances. Indeed, it submits the letter ought to be viewed as Mr. Johnston’s “pleading” and construed strictly in relation to the relief sought. The letter does not particularize what is sought if the Commission accepts the evidence establishes the deemed occupation is, or was, unsuitable. The claim that the letter asks for a prospective change from 2018 stems from it asking if Dr. Fletcher’s “opinion regarding Mr. Johnston’s current shoulder condition would be considered to change the deemed occupation.”

[120] Context is essential to considering the Commission’s interpretation of the letter and the letter’s significance to the issues before the Commission, including, in my view, Mr. Johnston’s previous and still outstanding request for a retroactive change.

[121] This context begins with the discovery of the shoulder injury and Mr. Johnston’s efforts to have it accepted as accident-related. The Commission knew this was not pursued in the abstract or as an end itself. In 2009, Mr. Johnston’s request to have the injury accepted was made concurrently with a request for a change to his LTD benefits. This is acknowledged in Mr. Lapointe’s 2009 letter, which advised both that the shoulder injury was not caused by the accident and that, as a result, Mr. Johnston was not entitled to “compensation benefits.”

[122] After the 2014 shoulder surgery, Mr. Johnston made the same requests. This time, he asked for a reconsideration of the 2009 decision and a change to his LTD benefits. Again, the link between these requests was acknowledged. Mr. Lapointe’s letter

of June 2017 advised he accepted the shoulder injury and he would review Mr. Johnston's LTD benefits:

I will be accepting your right shoulder injury as claim related and meets section 7 of the *Workers' Compensation Act*. **I will be following up on a review of the current long term disability benefits and a Permanent Physical Impairment.**

[Emphasis added.]

[123] As of mid-June 2017, it appeared the review ball was clearly in the Commission's court and a new PPI assessment was arranged; however, as noted, Mr. Lapointe waited to review Mr. Johnston's LTD benefits until after the PPI assessment. His reasons for doing so are not apparent from the record. Perhaps he felt it would be helpful to know if the impairment attributable to the shoulder injury was greater than that attributable to the injuries that were known at the time of the deeming. In any case, by September 2017, the Commission knew Mr. Johnston's shoulder-related impairment was far greater than that related to the injury to his ribs/thoracic.

[124] Although Mr. Lapointe's direct involvement with Mr. Johnston ended in September 2017, the Commission's records indicate it was known, beyond Mr. Lapointe, that Mr. Johnston was hopeful the review would decide he was entitled to a retroactive award of LTD benefits. This should not have been surprising since Mr. Johnston's LTD request was tied to his request for a reconsideration of the 2009 decision and it would be natural for him to expect the review to consider a change at the least from the 2009 decision rescinded by the Commission. As the Event Notes of September 5, 2017 indicate, Mr. Johnston said he was "particularly [concerned] whether he should expect added retro LOE in respect of accepted r. shoulder injury" and "now that his (r) shoulder was accepted as part of this claim, it may make a possible difference in the ECE." It was no secret the path to a retroactive increase in Mr. Johnston's LTD benefits depended upon a reduction to his estimated capable earnings, from a change to the deemed occupation.

[125] In light of the evidentiary record that caused the Commission to accept the shoulder injury was compensable, and the new PPI assessment, Mr. Johnston might be excused for believing the Commission had sufficient information to commence the review by arranging a new assessment of his work restriction (a Work Capacity Evaluation) and his ability to perform the duties of the deemed occupation, as the Tribunal later ordered, and an evaluation of his condition before and after his 2014 shoulder surgery.

[126] However, in the fall of 2017, Mr. Johnston pursued before the Tribunal a separate claim for a retroactive recalculation of his LTD benefits, and the Commission did not take any decision regarding the deemed occupation, due to the shoulder injury, until after the September 2018 letter from the Workers' Advocate.

[127] The record does not indicate how the Commission interpreted the letter at the time, apart from the Event Notes indicating the "team" noted Mr. Johnston "is questioning his deeming job and would like reduced." In view of the file history, and the lack of clarity of the letter itself, it is difficult to imagine how the most immediate and obvious response from the Commission would not be: "as of when are you seeking a change to the deemed occupation?" As noted, this was essentially the sole response/question from the Commission's medical advisor, when a member of the "team" asked him: "In your medical opinion would it be reasonable to review client's deeming based on this medical information?" He replied: "Current deeming?"

[128] The Commission does not suggest it sought a clarification from Mr. Johnston. Perhaps what Mr. Johnston was requesting, whether retroactive and/or prospective, was not important since the Commission denied that any change to the deemed occupation was warranted as a consequence of the shoulder injury.

[129] It may be that the letter was viewed as an initial request from Mr. Johnston, independent of all that had gone on before. However, even with the change in the personnel responsible for Mr. Johnston, a cursory review of the file provides more

than sufficient context to preclude viewing the letter as unrelated to Mr. Johnston's past effort to have his shoulder injury accepted and his LTD benefits increased. Indeed, at the time, Mr. Johnston's previous request for a change to the deemed occupation was still outstanding, having been only partially answered by the Commission's undertaking to review his LTD benefits.

[130] There is no suggestion Mr. Johnston had been told at the time, or anytime between 2009 and 2018, that, if his shoulder injury meant he was incapable of the deemed occupation, a retroactive change was unavailable or unlikely for any reason. There is no obvious reason from the record why he would have understood there would be any issue with the retroactive element of his request, especially given that only six months before, the Commission retroactively recalculated his LTD benefits and paid him approximately \$38,000. In fact, before us, the Commission maintains there would be no prejudice to Mr. Johnston in dismissing his appeal since he remains able to seek a retroactive reconsideration of the 1998 decision.

[131] Additionally, there is no suggestion that, apart from the letter, Mr. Johnston had not requested a retroactive change to the deemed occupation, and the record indicates he had. As Mr. Johnston submits, since his request stems from the discovery of the shoulder injury (which was unknown when he was deemed in 1998), it is a matter of common sense that he was seeking a retroactive change to the deemed occupation.

[132] By treating the Workers' Advocate letter of September 2018 as a stand-alone request for a change, the Commission disregards all that occurred previously, including Mr. Johnston's outstanding request on this very issue and as reflected in the unfulfilled undertaking to review the deemed occupation in light of the shoulder injury. In my opinion, this led the Commission to not only parse the words of the letter too literally and restrictively, but also to unreasonably read in only a prospective request for relief.

[133] The letter is, on its face, unclear as to what is being sought for relief should the Commission agree the deemed occupation was unsuitable due to the shoulder injury. Interpreted in context, the letter undoubtedly lacks the clarity to be construed as the Commission now contends; the Commission's assertion requires the letter be interpreted as indicating an intention to reframe Mr. Johnston's earlier request(s) and abandon his pursuit of a retroactive change based on the undiagnosed shoulder injury.

[134] There is nothing in any of this that would support the Commission's bald allegation that the letter sought a change only "based on changed circumstances due to the worsening [in 2018] of [Mr. Johnston's] shoulder symptoms."

[135] For these reasons, I cannot accept the Commission established that the issue before it was confined to a request for a prospective change/relief. Had the Commission accepted, which it did not, that Mr. Johnston's shoulder injury rendered him incapable of the deemed occupation, it would have done so as of some point in time, based on the evidence, and presumably it would have then sought to fulfill its statutory obligation regarding the proper determination of the benefits payable from that time.

[136] It follows that I do not accept the claim that Mr. Johnston's request to the Commission deprived the Tribunal of the authority to address his request for it to retroactively change the deemed occupation, from 1998.

(3) The September 2018 letter does not deprive the Tribunal of authority to determine Mr. Johnston's request to the Tribunal

[137] Even if I did not reject the Commission's factual assertion that Mr. Johnston requested a prospective change that defined the issue before it, I would nevertheless conclude the Tribunal did not lack the authority to determine Mr. Johnston's request for a retroactive change to the deemed occupation.

[138] Under s. 21(3) of the *WHSCC and WCAT Act*, the Tribunal has the authority to “examine into, hear and determine all matters affecting [...] a worker [...] that arise in any appeal to it under subsection (1).” Subsection 21(1) provides a right to appeal any “decision, order or ruling” of an officer of the Commission.

[139] The relevant provisions of the *WHSCC and WCAT Act* are:

21(3) Despite any other provision of this Act, the *Workers’ Compensation Act* and the *Occupational Health and Safety Act*, but subject to subsections 21(9) and (9.1) of this Act, **the Appeals Tribunal shall have all of the authority conferred on the Commission** under this Act, the *Workers’ Compensation Act* and the *Occupational Health and Safety Act* **to examine into, hear and determine all matters affecting an employer, a worker or a dependent that arise in any appeal to it under subsection (1).**

21(3) Par dérogation à toute autre disposition de la présente loi, de la *Loi sur les accidents du travail* et de la *Loi sur l’hygiène et la sécurité au travail*, mais sous réserve des paragraphes 21(9) et (9.1) de la présente loi, **le Tribunal d’appel jouit de tous les pouvoirs que la présente loi, la Loi sur les accidents du travail et la Loi sur l’hygiène et la sécurité au travail confèrent à la Commission pour instruire, entendre et trancher toutes les affaires et questions qui touchent un employeur, un travailleur ou une personne à charge soulevées au cours d’un appel** dont il est saisi en vertu du paragraphe (1).

21(9) In an appeal, the Appeals Tribunal shall

21(9) Dans le cadre d’un appel, le Tribunal d’appel :

- (a) **make its decision on a case-by-case basis based on the real merits and justice of the particular case,**
- (b) apply a policy approved by the Commission that is applicable in the case, and
- (c) not be bound to follow precedent.
[Emphasis added.]

- a) **rend sa décision au cas par cas en toute justice et sur le bien-fondé de l’espèce;**
- b) est lié par les politiques qu’a approuvées la Commission et qui sont applicables en l’espèce;
- c) n’est pas tenu de suivre les précédents.
[Les caractères gras sont de moi.]

[140] An appeal to the Tribunal is not a conventional appeal, in the sense that success depends upon establishing error in the decision appealed. The Tribunal holds a *de novo* hearing, with the ability to hear additional and/or new evidence that was not before the Commission when the decision appealed was made (see *Keddy v. Workplace Health,*

Safety and Compensation Commission, Region 3 Hospital Corporation and Anne Brown, 2002 NBCA 24, 247 N.B.R. (2d) 284, at para. 34; *D.W. v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Via Rail Canada Inc.*, 2005 NBCA 70, 288 N.B.R. (2d) 26, at para. 21; and *Workers' Compensation Appeals Tribunal v. Province of New Brunswick and Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2019 NBCA 77, [2020] N.B.J. No. 20 (QL), at para. 42; see also Douglas G. Gilbert and L.A. Liversidge in *Workers' Compensation in Ontario*, 3rd ed. (Aurora: Canada Law Book Inc., 2001), at pp. 178-180)). The authority to hear and determine all matters that arise in an appeal is provided in very broad terms. This is consistent with the legislation providing for a *de novo* hearing where a potentially different evidentiary record from that which existed at the time of the appealed decision may give rise to different issues that flow from the decision appealed. The scope of this authority is also animated by the Tribunal being imbued with the power to “examine into” all matters that arise in the appeal of a decision. This said, distinct issues that do not arise from the “decision” appealed are beyond the authority conferred by s. 21(3): *Higgins v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (1997), 186 N.B.R. (2d) 221, [1997] N.B.J. No. 42 (QL)).

[141] It is no coincidence that the legislator’s intent to confer the Tribunal with the authority necessary to permit it to practically and efficiently respond to and determine “all matters affecting” a worker/employer/dependant arising from the appeal of a decision aligns purposefully with it requiring the Tribunal to make decisions “on a case-by-case basis based on the real merits and justice of the particular case.” A failure by the Tribunal to render its decision consistent with this mandate constitutes an error of law. The import of this statutory obligation was recognized in *VSL Canada Ltd. v. Workplace Health Safety and Compensation Commission and Duguay et al.*, 2011 NBCA 76, 376 N.B.R. (2d) 292, where Drapeau C.J.N.B. (as he then was) explained, in relation to the standard of review for appeals of Tribunal decisions:

In short, once it is shown an error of fact was instrumental in the success or failure of an appeal to the Appeals Tribunal, it cannot be said the outcome flowed

from a statute-compliant exercise of jurisdiction, i.e. one based on the case's real merits, hence the emergence of an appealable error within the ambit of s. 21(12) of the *WHSCC Act* [...]. Whether the decision-vitiating error of fact constitutes an error of law or an error as to jurisdiction is an issue of no more than academic interest: the bottom line is that the error opens the door to appellate intervention under s. 21(12). [para. 28]

[Emphasis added.]

[142] The Commission's submission that the Tribunal could not address Mr. Johnston's request for a retroactive change is not grounded in these provisions; it is based on treating the letter from the Workers' Advocate as Mr. Johnston's pleading and his appeal to the Tribunal as a conventional appeal, similar to a typical appeal to this Court. Authorities relating to appeals from the Court of Queen's Bench are distinguishable.

[143] The Tribunal was vested with the authority to "examine into, hear and determine all matters [...] that arise" in Mr. Johnston's appeal of the Commission's decision to deny any change to the deemed occupation. In my opinion, upon deciding Mr. Johnston was incapable of the deemed occupation, the Tribunal, in exercising its authority to rescind, alter or amend that decision, could do so, evidence permitting, as of 1998, as Mr. Johnston requested.

[144] Even if the letter from the Workers' Advocate could be interpreted as asking the Commission to make only a prospective change to the deemed occupation, Mr. Johnston's request to the Tribunal for a retroactive change is nevertheless a matter that arises from his appeal of the Commission's refusal to make any change, for the purposes of s. 21(3). Further, even on the basis of "fairness," his request to the Tribunal does not represent such a departure from the issue decided by the Commission that it is beyond the Tribunal's authority or should not otherwise be addressed. This is particularly so when the request is viewed in light of Mr. Johnston's previous requests for a retroactive change. Although this argument was not made to the Tribunal or this Court, the Commission's position is implicitly that the Tribunal was unable to determine if Mr. Johnston was incapable of the deemed occupation prior to 2018 or, alternatively, if it

decided he was incapable before 2018, it was unable to determine Mr. Johnston's entitlement to the statutory benefits that flow from such a determination (or make any direction requiring the Commission to do so). This position is contrary to a liberal interpretation of s. 21(3) and (9) and the Tribunal's determination of all matters arising from the decision appealed in a manner that is based on the real merits and justice of the particular case. If the Tribunal can receive new and/or additional evidence as part of its statutory mandate, there can be little doubt the Tribunal had the authority to determine the relief requested in these circumstances.

[145] It would be another matter if Mr. Johnston's request to the Tribunal had not arisen from the decision appealed. If that request had caught the other parties by surprise, they could have requested an adjournment. The parties failed to do so and they addressed Mr. Johnston's position in their submissions to the Tribunal, including his claim that the deemed occupation had never been "suitable employment," and his request for a retroactive change to the deemed occupation, which was first made when the shoulder injury was diagnosed in 2009.

B. *The Tribunal erred by not determining Mr. Johnston's request for a change to the deemed occupation from 1998*

[146] The standard of review regarding decisions of the Tribunal has been recently summarized in *Longphee v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2020 NBCA 45, [2020] N.B.J. No. 157 (QL):

Although the *WHSCC & WCAT Act* does not expressly provide for appellate review of decisions involving questions of fact or of mixed law and fact, the jurisprudence of this Court recognizes that such questions nevertheless may arise within the scope of an appeal against a decision of the Appeals Tribunal. [...]

In our view, *Vavilov* does not fundamentally change our Court's approach to appeals against decisions of the Appeals Tribunal as set out in *VSL*. As Drapeau C.J.N.B. explained, **decisions that are the product of a palpable**

and overriding error of fact (or of mixed law and fact) cannot be said to be made “upon the real merits of the case” as required by the legislation. If anything, *Vavilov* simply provides us with an opportunity to standardize the language to be used in appellate review of appeals against decisions of the Appeals Tribunal. Terms such as material errors, unreasonableness and the like are no longer applicable in these types of cases. **Decisions of the Appeals Tribunal that raise questions of law or jurisdiction must be reviewed in the Court of Appeal on the correctness standard; whereas decisions that raise questions of fact, or questions of mixed law and fact where no question of law is readily extricable, will be reviewed on the palpable and overriding standard in order to determine whether the decision was made “upon the real merits of the case.”** [paras. 17-18]
[Emphasis added.]

[147] The Commission and Mr. Johnston hold different interpretations of what the Tribunal decided. This adds another, unusual layer to the substance of Mr. Johnston’s appeal.

[148] Regardless of the interpretation, in my opinion, the Tribunal’s decision reflects reversible error. However, in order to properly dispose of the appeal, it is also necessary to determine whether the Tribunal should be taken as having (1) amended the 1998 deeming decision as of November 2018 or (2) rescinded it as of 1998.

[149] In allowing Mr. Johnston’s appeal, the Tribunal directed:

For the foregoing reasons, the appeal is accepted. I direct the Commission to perform a new work capacity evaluation and vocational assessment of the appellant. In the interim, I direct the Commission to pay the appellant regular loss of earnings benefits retroactive to November 14, 2018. I further direct the Commission to manage the file accordingly.

[150] As noted, the Commission maintains the Tribunal did not consider or adjudicate Mr. Johnston’s request for a retroactive change to the deemed occupation from

1998; it submits the Tribunal determined only his request for a prospective change from 2018. This is the interpretation accepted by my colleagues.

[151] Reflecting a different interpretation, Mr. Johnston's position suggests the Tribunal favourably decided his request for the rescission of the 1998 decision; however, as noted, he maintains it erred by directing his LTD benefits change from only November 14, 2018. His position is premised on the Tribunal accepting his claim that the deemed occupation was never "suitable," not only because of his undiagnosed shoulder injury, but also because the Commission had failed in 1998 to properly deem him in accordance with the *WC Act*. The Tribunal decision states:

[Mr. Johnston]'s deeming was not the result of an objective, evidence-based assessment of whether [he] was capable of meeting the physical demands of the Food Product Sales Representative position. Instead, the Commission used [his] desire to pursue a similar venture as a proxy for what he was actually capable of doing. In my view, **this is not in keeping with subsection 42.1(1) of the Workers' Compensation Act (the WC Act) or the Commission's policy 21 – 417 Identifying Suitable Employment, which focuses on what the worker can safely based on the medical evidence.**

[Emphasis added.]

[152] Consistent with this, Mr. Johnston's position emphasizes the Tribunal also "doubt[ed] whether [Mr. Johnston] was capable of achieving the strength level required of a Food Product Sales Representative" at the time he was deemed. In summary, Mr. Johnston's position is based on the Tribunal accepting his request for it to "reverse" the 1998 deeming decision, as of 1998.

[153] The different interpretations advanced by the Commission and Mr. Johnston may not be the only possibilities. There may be variations of each.

[154] While, as the Commission submits, the Tribunal may have not made an order that operates before November 2018, it may have decided not to do so for a

different reason. The Tribunal may have adjudicated Mr. Johnston's request to retroactively rescind the 1998 deeming decision by rejecting his claim that his injuries, including his shoulder injury, establish he has never been capable of the deemed occupation. Although the Tribunal did not state it was rejecting this claim, it might arguably be implied from the following determination:

It is the opinion of Dr. Fletcher, an orthopedic surgeon, that convinces me this was not a suitable occupation, at least as of November 14, 2018. This was the date of Dr. Fletcher's second opinion, which considered information about the physical demands of the occupation. In Dr. Fletcher's view, the appellant is only capable of "a sedentary type of job"

[155] Further, even if the Tribunal retroactively rescinded the 1998 deeming decision, as Mr. Johnston asserts, its decision may have gone further; its order might possibly be interpreted as directing a reassessment of Mr. Johnston's LTD benefits from 1998, after the assessments are completed and his estimated capable earnings have been determined (based on alternate "suitable" employment), if any. On this basis, Mr. Johnston would have received what he requested – that the Tribunal order the 1998 "decision be reversed and that the [C]ommission be ordered to handle the file accordingly." In this case, the date of Dr. Fletcher's letter would be significant only for the purpose of the Tribunal's order requiring the Commission to pay, on an interim basis, "regular" benefits. As with the interpretation advanced by Mr. Johnston, this interpretation places considerable emphasis on the Tribunal stating that the 1998 deeming decision was not the result of a statute-compliant assessment of whether Mr. Johnston was capable of "meeting the physical demands" of a Food Product Sales Representative and that it "doubts" whether Mr. Johnston had the ability to meet those demands. Such an interpretation of the decision would render Mr. Johnston's appeal unnecessary and/or premature.

[156] Before turning to whether the Tribunal may be taken as having (1) amended the 1998 deeming decision as of November 2018 or (2) rescinded it as of 1998,

I will briefly summarize why I would allow Mr. Johnston's appeal under the first three interpretations described above:

- If, as the Commission contends, the Tribunal did not adjudicate Mr. Johnston's request for a retroactive change, the issue of whether the Tribunal erred is very straightforward; it erred by failing to determine Mr. Johnston's request. A decision that leaves a principal claim in an appeal to the Tribunal undetermined is not made upon the real merits of the case. For the reasons set out above, there was no bar to the Tribunal determining the requested change.
- If, as Mr. Johnston contends, the Tribunal rescinded the 1998 deeming decision but directed the Commission to determine Mr. Johnston's prospective LTD benefits by managing the file accordingly, from November 14, 2018, I would allow the appeal on the basis that it erred by failing to determine the most significant part of Mr. Johnston's request; his entitlement to a retroactive increase in his LTD benefits from 1998, subject to only a determination of his estimated earning capacity during that period.
- If the Tribunal adjudicated Mr. Johnston's request by rejecting his claim that the deemed occupation has not been "suitable" since 1998, I would also allow the appeal. In short, I accept Mr. Johnston's submission that November 2018 is not factually connected to his inability to be Food Product Sales Representative and a substantive, non-interim, determination of his incapacity that is grounded in or tied to the date of Dr. Fletcher's November 14, 2018 letter is "arbitrary" and contrary to the record.

[157] While the decision undoubtedly provides a basis to support, to varying degrees, each of the different interpretations outlined, I would allow Mr. Johnston's appeal on the basis that the Tribunal did not determine Mr. Johnston's request to rescind

the 1998 decision and change the deemed occupation from that time, as the Commission advocates.

[158] In my opinion, this interpretation is the most harmonious with a reading of the decision as a whole in light of the submissions made at the hearing. Moreover, it is consistent with my colleagues' view, as they would have indicated otherwise if the Commission's interpretation represented an unreasonable understanding of what the Tribunal decided.

[159] Additionally, I recognize the significance of the Tribunal stating that the deeming decision "was not the result of an objective, evidence-based assessment of whether [he] was capable of meeting the physical demands of the Food Product Sales Representative," and it "doubts" Mr. Johnston had the physical ability to meet the duties of the job based on the evidence available at the time. Indeed, the validity of these views is supported by the record. However, the decision is otherwise inconsistent with the Tribunal having decided to rescind the 1998 decision, but grant relief from only November 2018, as Mr. Johnston suggests.

[160] Also, there is little to indicate the Tribunal dismissed, on the merits, Mr. Johnston's request to rescind the 1998 decision and change the deemed occupation from that time. The Tribunal indicated that the decisions appealed by Mr. Johnston stem from the 2018 letter from the Workers Advocate and the Commission's assessment of the letters from Dr. Fletcher. In describing the issue before it, the Tribunal stated:

The question to be answered in this appeal is whether it is more likely than not that Food Product Sales Representative **is a suitable occupation** for the purposes of assessing the appellant's earning capacity. In my view, it is not.

[Emphasis added.]

[161] The Tribunal does not identify the issue as whether the deemed occupation was suitable in 1998, nor does it provide any explanation that would indicate it rejected

the factual basis for such a claim. While the Tribunal states “[i]t is the opinion of Dr. Fletcher, an orthopedic surgeon, that convinces me this was not a suitable occupation, at least as of November 14, 2018,” the decision does not indicate it assessed the record and/or rejected the evidence that suggested Mr. Johnston was incapable of the deemed occupation before 2018. It does not address the medical evidence regarding his condition and limitations in 2009 (when difficulties regarding his shoulder led to the treatment that resulted in its diagnosis), in 2014 (when it became sufficiently problematic as to warrant surgery) or in 2016/2017 (when Mr. Johnston pursued the request for a change). Dr. Fletcher’s letter of November 2018 does not indicate Mr. Johnston’s limitations were then greater than at any time before nor does it suggest there had been a worsening of the shoulder injury since the time of his request. As the Commission contends, the Tribunal’s decision is consistent with the issue being whether a Food Product Sales Representative is currently a suitable occupation. Also, as Mr. Johnston submits, the date Dr. Fletcher wrote her letter bears no relationship to the time he was/became “incapable of being” a Food Product Sales Representative. All of this is consistent with the Tribunal focusing on only a prospective change, as the Commission submits, notwithstanding that it means the Tribunal did not respond to the issue raised by Mr. Johnston.

[162] In summary, I would allow the appeal based on the Tribunal not having determined Mr. Johnston’s request to retroactively rescind the 1998 deeming decision and change the deemed occupation from 1998.

C. *This Court should not determine: (1) Mr. Johnston’s request for a change to the deemed occupation from 1998 and, if allowed, (2) his estimated capable earnings from that time*

[163] Mr. Johnston asks this Court to decide he is entitled to receive LTD benefits from 1998, without any deduction for his estimated capable earnings during any part of that lengthy period. His request presumes, of course, the Tribunal rescinded the deeming decision as of 1998.

[164] As indicated above, the issues that now require adjudication include both Mr. Johnston's request for a change to the deemed occupation from 1998 and, if allowed, a determination of his estimated capable earnings.

[165] The Commission maintains that, "because the retroactivity of [Mr. Johnston's] benefits was not a matter in issue, the Appeal Record was not sufficient to allow the WCAT to adjudicate on that question," and neither this Court nor the Tribunal should determine the retroactivity issue without the Commission having an opportunity to supplement the Record and make full submissions. It submits the matter should be referred back to the Tribunal/Commission.

[166] While the views expressed by the Tribunal regarding the 1998 deeming decision are supported by the record and militate in favour of a positive determination of Mr. Johnston's request, if he is unsuccessful as of 1998, it would be necessary to consider the record in relation to Mr. Johnston's capacity during subsequent periods, for example, in and around 2009, 2014 and 2016. Additionally, knowing the record will be amplified by the assessments that have been ordered by the Tribunal, I would leave this issue to be determined by the Tribunal, as requested by the Commission.

[167] Further, even if this first issue were resolved by this Court in Mr. Johnston's favor, the task of determining his estimated capable earnings from 1998 is not possible from the record before us and must be remitted to the Tribunal. I recognize that Mr. Johnston maintains it would be procedurally unfair to him for the Commission to now attempt to determine his estimated capable earnings from 1998 and he would be prejudiced by the evidentiary obstacles connected to a present determination of the facts necessary to determine what might have been deemed "suitable employment" in 1998 based on the now accepted true extent of his injuries. He says it is an evidentiary dilemma that is not of his making; it is solely a consequence of the Commission failing to properly deem him in the first place, as found by the Tribunal, and later, in 2009, denying his request for a change to his deeming and LTD benefits due to his shoulder. However, I am not aware of any authority, and Mr. Johnston does not point to any authority, that

would provide a basis for either the Tribunal or this Court disregarding “estimated capable earnings” as an essential element in determining Mr. Johnston’s “loss of earnings” under s. 38.1(1) of the *WC Act*:

“loss of earnings” means

« perte de gains » désigne

(a) average net earnings, less

a) le salaire moyen net, moins

(b) the earnings the worker is estimated to be capable of earning at a suitable occupation after sustaining the injury, less any income tax and premiums under the *Employment Insurance Act* and contributions under the *Canada Pension Plan* that would be payable by the worker based on those earnings.

b) les gains que le travailleur devrait être en mesure de tirer d’un emploi convenable après avoir été blessé moins l’impôt sur le revenu et les cotisations qu’il devrait payer conformément à la *Loi sur l’assurance-emploi* et au *Régime de pensions du Canada* du fait de ces gains.

[168] I do not doubt the difficulty of addressing these issues, for either the Commission or Mr. Johnston; however, sidestepping them by ignoring Mr. Johnston’s retroactive request altogether, or his estimated capable earnings, as Mr. Johnston advocates, is not an option.

[169] In short, it is my view that these matters should be remitted to the Tribunal to be addressed.

VI. Disposition

[170] I would allow the appeal and remit the matter to the Tribunal for a determination of Mr. Johnston’s request to retroactively rescind the 1998 deeming decision. I would order that the Commission pay costs of \$4,000.

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] En 1995, Perry Johnston a subi une lésion au travail alors qu'il travaillait comme matelot de pont. Sa réclamation subséquente d'indemnité d'accident du travail a été acceptée. En 1998, la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail [la Commission] l'a jugé apte à occuper l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires. Une vingtaine d'années plus tard, M. Johnston a demandé, sur la foi d'un nouvel avis médical selon lequel il n'était pas physiquement apte à occuper un tel emploi, que cette décision de la Commission soit modifiée. La Commission a rejeté la demande de M. Johnston, qui en a appelé auprès du Tribunal d'appel des accidents au travail [le Tribunal d'appel]. Le Tribunal d'appel a accueilli l'appel et a enjoint à la Commission d'évaluer de nouveau la capacité de travail et les aptitudes professionnelles de M. Johnston et de lui verser, rétroactivement au 14 novembre 2018, des prestations pour perte de gains.

[2] Bien qu'il ait eu gain de cause devant le Tribunal d'appel, M. Johnston conteste maintenant sa décision, faisant valoir que ses prestations auraient dû être versées rétroactivement à la date de sa lésion. Pour les motifs qui vont suivre, je rejeterais l'appel.

II. Contexte

[3] Le 27 juillet 1995, M. Johnston est tombé et s'est blessé alors qu'il travaillait comme matelot de pont sur un navire de la Garde côtière. Il a eu une fracture aux côtes, selon le diagnostic établi, et sa demande d'indemnité d'accident du travail a été acceptée en date du 30 juillet 1995.

[4] En raison des exigences physiques de son ancien emploi, M. Johnston a jugé en 1997 qu'il ne pouvait pas exercer à nouveau le même type de travail et a décidé de lancer sa propre entreprise et d'ouvrir une poissonnerie.

[5] Le Tribunal d'appel a exposé ainsi les faits de la présente affaire :

[TRADUCTION]

En mai 1998, la Commission a demandé que soit établi un [TRADUCTION] « plan de faisabilité quant au succès à long terme » de la poissonnerie de l'appelant [...] Par lettre datée du 5 août 1998, la Commission a informé l'appelant qu'elle n'appuierait pas son plan d'affaires, la Banque de développement du Canada considérant qu'il s'agissait d'une entreprise à [TRADUCTION] « risque élevé ». La Commission a donc refusé de verser à l'appelant une avance sur ses prestations d'invalidité de longue durée [...] La Commission a ajouté qu'elle ne verserait pas à l'appelant des prestations pour perte de gains à l'égard d'une période de recherche d'emploi de 13 semaines, parce qu'il avait l'intention de mettre en œuvre son plan d'affaires plutôt que de chercher un emploi.

Par lettre datée du 25 août 1998, la Commission a informé l'appelant qu'il avait droit à des prestations d'invalidité de longue durée. La Commission en a calculé les versements mensuels en fonction d'un emploi jugé convenable de « représentant de commerce en denrées alimentaires » [...] Il ressort clairement de la lettre que cet emploi a été choisi parce que l'appelant avait [TRADUCTION] « indiqué qu'il compt[ait] devenir [...] travailleur indépendant en lançant une poissonnerie ». Autrement dit, puisque l'appelant entendait faire ce travail pour son propre compte, il pouvait être jugé apte à le faire comme employé [...] [par. 11 et 12]

[6] Atteint de douleurs persistantes, M. Johnston a continué à solliciter une aide médicale. On a finalement établi que M. Johnston avait subi une lésion de la coiffe des rotateurs, estimée remonter à l'accident initial survenu au travail en 1995. Dans un rapport de 2009, la chirurgienne orthopédiste de M. Johnston, la D^{re} Jennifer Fletcher, s'est exprimée en ces termes :

[TRADUCTION]

[J']envoie [M. Johnston] passer un arthrogramme avec IRM de l'épaule droite afin d'exclure une pathologie comme, je crois, il démontre des signes pathologiques importants à l'épaule. J'estime que cela remonte à sa lésion initiale subie en 1995, comme il y a ressenti du mal depuis ce temps, mal qui s'est toutefois amplifié récemment.

[7] La D^{re} Fletcher a formulé les observations suivantes dans un rapport de 2017 :

[TRADUCTION]

Ce que nous essayons de déterminer maintenant, c'est si cela est lié à la lésion qu'il a subie le 29 juillet 1995, et assurément la déchirure de la coiffe pourrait être liée à la lésion qu'il a subie en 1995.

[...]

Il n'a pas cessé de ressentir de la douleur à l'épaule droite depuis qu'il a subi cette lésion en 1995; il était contusionné depuis le côté droit de son oreille puis le côté droit du cou et tout autour de la ceinture scapulaire et de la paroi de la cage thoracique. La douleur qu'il ressentait à la paroi de la cage thoracique et aux côtes était si atroce qu'il n'a pas remarqué immédiatement la douleur à son épaule droite, mais il a commencé à la ressentir peu après et elle a persisté jusqu'à ce qu'il me consulte finalement en 2009.

Je serais certainement d'avis que cette lésion subie en 1995 aurait pu entraîner la douleur à l'épaule droite qu'il ressent depuis la lésion et qui a persisté jusqu'à ce que la chirurgie soit pratiquée, finalement, en 2014. Il se peut que le patient ait une petite rupture de la coiffe, sans que l'examen ne permette de dénoter une grave faiblesse à l'épaule, mais qui cause une douleur persistante à l'épaule pendant plusieurs années. Je suis d'avis que la lésion subie en 1995 a conduit à conclure qu'une intervention chirurgicale à l'épaule droite était requise pour remédier à la rupture de la coiffe des rotateurs en 2014.

[8] Avec l'aide de son défenseur du travailleur, en 2018, M. Johnston a demandé la modification de l'emploi jugé convenable, tel qu'il sera précisé ci-après.

III. Questions en litige et analyse

A. *Norme de contrôle*

[9] Le juge en chef Richard a récemment examiné et expliqué, dans l'arrêt *Longphee c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2020 NBCA 45, [2020] A.N.-B. n° 157 (QL), la norme de contrôle à appliquer dans les appels interjetés contre les décisions du Tribunal d'appel, compte tenu des modifications apportées au droit administratif canadien par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] A.C.S. n° 65 (QL). Le juge en chef Richard s'est exprimé en ces termes :

Au fil des années, la norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions des tribunaux administratifs a été formulée de plusieurs façons. La décision rendue récemment par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] A.C.S. n° 65 (QL), a apporté des précisions des plus nécessaires. En somme, lorsqu'une cour examine le bien-fondé d'une décision administrative, il y a une présomption que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Toutefois, cette présomption peut être réfutée. La réfutation se produit lorsque le législateur a indiqué qu'une norme différente doit être appliquée, que ce soit en légiférant en ce sens ou en prévoyant, dans une loi, un mécanisme d'appel s'appliquant à la décision en cause. Dans le premier de ces deux cas, la norme applicable est celle prévue dans la loi, alors que dans le second, ce sont les normes de contrôle qui s'appliquent habituellement en appel. La présomption sera aussi réfutée lorsque la primauté du droit l'exige, c'est-à-dire « à l'égard de certains types de questions de droit : les questions constitutionnelles, les questions de droit générales d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, et les questions liées aux délimitations des compétences respectives d'organismes administratifs » (par. 53).

[...]

À notre avis, l'arrêt *Vavilov* ne modifie pas fondamentalement la démarche suivie par notre Cour lorsqu'elle aborde les appels interjetés contre les décisions du Tribunal d'appel, démarche qui a été énoncée dans l'arrêt *VSL*. Comme l'a expliqué le juge en chef Drapeau, on ne saurait dire d'une décision qui résulte d'une erreur de fait (ou d'une erreur mixte de droit et de fait) manifeste et dominante qu'elle a été prise en « juge[ant] strictement au fond [du] cas », comme l'exige la loi. *Vavilov* nous donne tout simplement une occasion de normaliser le langage à employer dans les contrôles judiciaires d'appels interjetés à l'encontre de décisions du Tribunal d'appel. Les termes comme erreur importante et déraisonnabilité ne s'appliquent plus à ce genre d'affaires. Les décisions du Tribunal d'appel qui soulèvent des questions de droit ou de compétence doivent être examinées par la Cour d'appel selon la norme de la décision correcte, tandis que les décisions qui soulèvent des questions de fait ou des questions mixtes de droit et de fait où aucune question de droit n'est facilement isolable seront examinées selon la norme de l'erreur manifeste et dominante pour que l'on puisse déterminer si la décision a été prise en « juge[ant] strictement au fond [du] cas ». [par. 15 et 18]

B. *Erreurs alléguées du Tribunal d'appel*

[10]

M. Johnston soutient que le Tribunal d'appel :

- a) a omis d'ordonner à Travail sécuritaire de lui verser, sous réserve de toute compensation disponible, des prestations pour perte de gains pour la période du 27 juillet 1995 au 14 novembre 2018;
- b) a omis de tirer de la preuve des inférences raisonnables, en particulier celle voulant que, s'il avait droit à des prestations pour perte de gains pour la période postérieure au 14 novembre 2018, il y avait aussi droit pour une période antérieure à cette date;
- c) a fait abstraction du fait que Travail sécuritaire ne s'était pas acquitté de son fardeau de preuve et que, ainsi, son appel devait être tranché conformément à la présomption applicable au fardeau de preuve;

- d) a fait abstraction du fait que Travail sécuritaire n'avait pas mené des enquêtes diligentes et opportunes, comme la *Loi sur les accidents du travail* le lui enjoignait, de telle sorte que le président aurait dû accueillir son appel;
- e) a omis de considérer l'espèce « en toute justice et sur [son] bien-fondé », et en particulier le préjudice qui lui a été causé;
- f) a fait abstraction du principe de l'équité procédurale et du préjudice qui lui a été causé.

[11] Pour l'essentiel, l'appel de M. Johnston peut être formulé ainsi : le Tribunal d'appel aurait dû ordonner que des prestations pour perte de gains lui soient versées, avec effet rétroactif à la date de l'accident, c'est-à-dire pour une période de 25 ans; en omettant de le faire, le Tribunal a commis une erreur que notre Cour devrait rectifier.

C. *Question dont la Commission était saisie*

[12] Qu'a-t-on demandé à la Commission de trancher pour le compte de M. Johnston? La réponse à cette question se trouve dans une lettre du 14 septembre 2018 adressée à la Commission par le défenseur du travailleur qui représentait M. Johnston :

[TRADUCTION]

Le 29 août 2018, j'ai écrit à la D^{re} Fletcher pour lui demander son avis sur l'emploi jugé convenable pour Perry Johnston à la suite de son accident de travail subi le 29 juillet 1995. Le 19 septembre 1998, comme vous le savez, l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires a été jugé être un emploi convenable pour M. Johnston. J'ai joint une copie de la lettre transmise à la D^{re} Fletcher.

Le 10 septembre 2018, j'ai reçu la réponse de la D^{re} Fletcher, dont copie est également jointe pour consultation. La D^{re} Fletcher y traite des problèmes de douleur bilatérale aux épaules, particulièrement à l'épaule droite, de M. Johnston.

Veillez consulter la lettre ci-jointe de la D^{re} Fletcher et m'informer s'il y a lieu de prendre en compte son avis sur l'état actuel de l'épaule de M. Johnston, en vue de la modification de l'emploi jugé convenable, pour lui, de représentant de commerce en denrées alimentaires.

[C'est moi qui souligne.]

[13] On demandait à la Commission si l'emploi jugé convenable devait être modifié au vu de [TRADUCTION] « l'état actuel de l'épaule » de M. Johnston. À mon avis, il ne lui était pas demandé de considérer de nouveau la décision prise en 1998 quant à l'emploi jugé convenable et de la modifier rétroactivement.

[14] Voici un extrait de la lettre du 10 septembre 2018 de la D^{re} Fletcher :

[TRADUCTION]

Je ne sais pas exactement ce qu'un emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires nécessite de faire, mais j'estime que, s'il requiert de transporter des denrées alimentaires et de les soulever et les déplacer dans un supermarché, un tel emploi pourrait s'avérer difficile pour lui. Assurément, je ne recommande pas le soulèvement répété de lourdes charges, et un travail plus sédentaire conviendrait vraisemblablement davantage à une personne ayant des problèmes de douleur bilatérale aux épaules, particulièrement à l'épaule droite.

[C'est moi qui souligne.]

[15] Manifestement, la lettre de la D^{re} Fletcher était quelque peu équivoque. L'emploi [TRADUCTION] « pourrait s'avérer difficile pour » M. Johnston, et la D^{re} Fletcher [TRADUCTION] « ne recommande pas le soulèvement répété de lourdes charges ». Il n'est sans doute pas surprenant alors que la Commission ait tiré la conclusion suivante, communiquée par lettre datée du 24 octobre 2018 :

[TRADUCTION]

L'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires – de catégorie sédentaire à force légère – est celui jugé convenable pour le client.

Notre conseiller médical a passé en revue les renseignements médicaux présentés. Encore une fois, les emplois de catégorie sédentaire et force légère ont été jugés convenables. Aucun changement important n'étant relevé, l'emploi jugé convenable pour M. Johnston ne sera pas modifié.

[16] Dans une deuxième lettre, du 14 novembre 2018, la D^{re} Fletcher a exprimé son avis médical de manière nettement plus tranchée :

[TRADUCTION]

M. Johnston ne peut occuper un emploi exigeant des mouvements répétés du bras droit au-dessus de la tête ou le soulèvement répété de lourdes charges; seul un travail sédentaire devrait être envisagé en fait pour lui, et je ne suis pas certaine qu'il ait pour cela la formation scolaire requise.

Si l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires ne nécessitait pas de soulever des boîtes et d'en assurer la distribution dans des établissements commerciaux tels qu'un magasin Superstore, il lui serait toujours possible de l'exercer, mais ce type d'emploi, si je comprends bien, requiert de transporter des [denrées alimentaires] vers un établissement qui en fait la vente; pour cela, il faut lever, tirer, empiler et déballer ces produits, ce qu'il ne pourrait pas supporter, selon moi.

[C'est moi qui souligne.]

[17] Dans une lettre datée du 8 mai 2019, la Commission accuse réception du deuxième rapport de la D^{re} Fletcher et réitère sa position :

[TRADUCTION]

Notre médecin consultant a passé en revue les renseignements médicaux présentés. Encore une fois, les emplois de catégorie sédentaire et force légère ont été jugés convenables. Aucun changement important n'étant relevé, l'emploi jugé convenable pour M. Johnston ne sera pas modifié.

D. *Question dont le Tribunal d'appel était saisi*

[18] Bien cerner et comprendre la question dont le Tribunal d'appel était saisi revêt une importance capitale dans le présent appel, comme la décision rendue par le Tribunal sur cette question est ici contestée.

[19] Le 25 avril 2019, après le premier refus opposé par la Commission à la demande de modification, par M. Johnston, de l'emploi jugé convenable et avant la communication du deuxième refus, un défenseur du travailleur qui représentait M. Johnston a écrit au registraire de Travail sécuritaire pour l'informer de son intention d'interjeter appel de la décision du 24 octobre 2018. Le libellé de cette lettre est important, comme on peut l'interpréter comme une demande de versement rétroactif de prestations à une date indéterminée, peut-être la date de l'accident initial de M. Johnston ou celle de la détermination initiale de l'emploi jugé convenable, mais procéder à cette interprétation n'a rien d'évident. Il est déclaré ce qui suit dans la lettre à l'origine de l'appel :

[TRADUCTION]

Par lettre datée du 24 octobre 2018, on a informé M. Johnston qu'un conseiller médical avait passé en revue les renseignements médicaux présentés et que, comme aucun changement important n'avait été relevé, l'emploi jugé convenable n'allait pas être modifié.

Le 19 septembre 1998, M. Johnston a été jugé apte à exercer l'emploi jugé convenable de représentant de commerce en denrées alimentaires (tâches sédentaires à légères).

M. Johnston conteste le bien-fondé de cette décision et il désire en appeler. Nous estimons que le poste de représentant de commerce en denrées alimentaires a été jugé à tort être un « emploi convenable » pour M. Johnston, au regard de la définition approfondie énoncée à l'article 1.0 de la politique 21-417.

[20] Voici un passage de la lettre du 28 juin 2019 transmise par l'adjoint du registraire du Tribunal d'appel au défenseur du travailleur représentant M. Johnston :

[TRADUCTION]

J'ai passé en revue votre avis d'appel daté du 25 avril 2019, ainsi que le dossier de M. Johnston, et, selon ce que j'en comprends, vous souhaitez présenter au Tribunal d'appel des accidents au travail (le Tribunal d'appel) sa thèse sur la décision suivante :

La décision du 24 octobre 2018, confirmée le 8 mai 2019, l'informant que les renseignements médicaux présentés avaient été passés en revue et qu'aucun changement important n'avait été relevé. Par conséquent, il a été avisé que l'emploi [TRADUCTION] « jugé convenable » pour lui n'allait pas être modifié.

Veillez nous en informer sans délai si cette décision n'est pas celle dont vous voulez interjeter appel.

[L'italique est de moi.]

[21] Rien au dossier ne m'indique que le Tribunal d'appel a obtenu une réponse donnant à penser que l'appel de M. Johnston visait toute autre décision ou question.

[22] Peu après le début de l'audience devant le Tribunal d'appel, le 18 septembre 2019, le président a tenté de faire préciser quelle était la question en litige :

[TRADUCTION]

Permettez-moi de confirmer la question en litige selon le dossier d'appel. Il est ainsi déclaré que M. Johnston, avec l'aide d'un défenseur du travailleur, interjette appel de la décision du 24 octobre 2018, confirmée le 8 mai 2019, l'informant que les renseignements médicaux présentés avaient été passés en revue et que rien d'important – aucun changement important n'avait été relevé. Par conséquent, l'emploi jugé convenable pour lui n'allait pas être modifié. C'est bien la question en litige dans l'appel?

[C'est moi qui souligne.]

[23] Le défenseur du travailleur représentant M. Johnston a répondu :
[TRADUCTION] « C'est exact. »

[24] Le président, en plus, a répété sa question aux autres personnes présentes à l'audience : [TRADUCTION] « D'accord. Tous les autres, c'est bien la question dont nous allons discuter? » Une seule personne a répondu, le représentant à l'audience de Travail sécuritaire NB, qui a dit [TRADUCTION] « oui ».

E. *Arguments présentés par M. Johnston au Tribunal d'appel*

[25] À l'audience devant le Tribunal d'appel, le défenseur du travailleur a clairement dit estimer que la détermination initiale de l'emploi jugé convenable, en 1998, était erronée et que M. Johnston aurait dû toucher des prestations pour perte de gains depuis des années. Je reproduis les arguments suivants avancés par le défenseur du travailleur :

[TRADUCTION]

L'avis donné par la D^{re} Fletcher est important puisqu'il indique que sa fonction était restreinte et qu'il ne pouvait effectuer les tâches de l'emploi jugé convenable; toute cette information étant maintenant disponible, la Commission aurait dû modifier sa décision sur cet emploi quand elle a eu l'occasion de faire retour en arrière et de la réviser.

[...]

La présente affaire ne concerne pas la coopération dont M. Johnston a fait preuve avec Travail sécuritaire ni sa frustration éventuelle envers celui-ci, ce qui n'est pas – ce qui n'a rien d'inhabituel; il s'agit plutôt de savoir si les nouveaux renseignements médicaux portant sur l'épaule constituent un changement important et s'il a été jugé apte à occuper un emploi convenable, compte tenu de ses situations personnelle et de santé globales, si l'emploi jugé convenable occasionnait un risque de préjudice, ce que je considère être absolument le cas, étant donné qu'il n'a jamais pu travailler à temps plein et qu'il était jugé apte à occuper un emploi à temps plein.

[...]

Je conclurai simplement en disant que l'appelant n'a jamais été apte à occuper l'emploi jugé convenable à temps plein sans qu'il n'y ait un risque de préjudice et qu'il y a une différence entre le fait pour un travailleur d'occuper de son propre chef un emploi dépassant ses limites physiques, et pour la Commission d'en décider pour lui, usant de son pouvoir, et de dire que le travailleur peut occuper l'emploi sans risque de préjudice, alors que la preuve ne le montre pas ou que les autres éléments de preuve au dossier découlant de l'évaluation de la capacité de travail démontrent qu'il existe un risque élevé de préjudice, tout cela en tenant compte de la découverte beaucoup plus tard de la lésion à l'épaule. Il s'agit d'éléments de preuve nouveaux et importants qui n'étaient pas disponibles à l'époque, en 1998. Nous demandons donc que la décision de la Commission soit infirmée et qu'il soit ordonné à la Commission de traiter le dossier en conséquence, de manière que M. Johnston touche les prestations d'invalidité à long terme qu'il aurait dû recevoir toutes ces années.

[...]

Bien, je dirais que la question en litige dans l'appel serait celle de savoir – je pense, si la décision relative à l'emploi jugé convenable doit être considérée de nouveau au vu d'éléments de preuve nouveaux et importants ou significatifs.

[...]

Nous demandons [...] que la décision du 24 octobre, confirmée le 8 mai, portant qu'il n'y avait pas de nouveaux éléments de preuve médicale ou de nouveaux renseignements médicaux faisant état de changements importants, et que la détermination de l'emploi jugé convenable ne devait pas être modifiée, que vous arrêtiez que cette décision était erronée et que vous leur ordonniez de réviser le dossier en conséquence.

[26] Le président a alors demandé : [TRADUCTION] « Alors, vous voulez qu'ils considèrent de nouveau la décision, ou vous voulez qu'ils procèdent à une nouvelle évaluation quelconque? »

[27] Le défenseur du travailleur a répondu : [TRADUCTION] « Je crois qu'ils devraient considérer de nouveau la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable, puisque c'est ce qu'ils auraient alors dû faire lorsque cette décision a été rendue. »

[28] À mon avis, il était demandé au président du Tribunal d'appel de faire quelque chose qu'il n'avait pas le pouvoir de faire. Il avait été demandé à la Commission de modifier l'emploi jugé convenable de M. Johnston compte tenu du nouvel avis médical donné par la D^{re} Fletcher, et non pas de considérer de nouveau sa décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable. L'avocat de M. Johnston en appel a été interrogé sur ce point. Sur quel fondement le Tribunal serait-il habilité à ordonner que des prestations pour perte de gains soient versées rétroactivement à compter de la date de l'accident, en 1995? L'avocat a répondu que la Cour pouvait rendre une telle ordonnance selon les principes d'équité procédurale. Lorsqu'on a insisté pour qu'il réponde à la question, l'avocat a reconnu qu'il n'avait pu trouver aucun précédent précis sur ce point.

F. *Décision rendue par le Tribunal d'appel*

[29] En rendant sa décision, le président a formulé la question dont il était saisi et résumé ses conclusions de la façon suivante : [TRADUCTION] « La question à trancher dans le présent appel est celle de savoir s'il est plus probable qu'improbable que le poste de représentant de commerce en denrées alimentaires soit un emploi convenable aux fins d'évaluation de la capacité de gain de l'appelant. Tel n'est pas le cas, à mon avis. »

[30] Le passage suivant offre un résumé des conclusions tirées par le président et de sa décision sur l'appel de M. Johnston :

[TRADUCTION]

Cette analyse fait abstraction du point plus fondamental : la Commission n'a, en fait, jamais procédé à une évaluation des aptitudes professionnelles requises pour l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires. Cet emploi a plutôt été choisi parce que l'appelant avait

exprimé son intention de lancer une entreprise faisant appel à ce type de travail [...] À l'audience, l'avocat de l'employeur a souligné combien il était incohérent et inéquitable que l'appelant ait insisté sur ce domaine particulier de travail, au détriment d'une recherche d'emploi plus large, puis qu'il dise maintenant être incapable d'effectuer un tel travail. Je peux comprendre cet argument, mais il n'a rien à voir, au bout du compte, avec la définition sur le plan juridique et des politiques de l'« emploi convenable ». Ce qui importe, ce n'est pas ce que l'appelant veut faire, mais ce qu'il a la capacité physique de faire.

Tel qu'il a été mentionné, l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires doit en être un que l'appelant, eu égard à ses aptitudes physiques, est capable d'exercer sans se mettre en danger (paragraphe 42.1(1) de la *Loi sur les accidents du travail*). Selon la prépondérance de la preuve, en date du 14 novembre 2018, l'emploi choisi par la Commission ne satisfait pas à ce critère.

Finalement, je reconnais que l'appelant a d'autres problèmes de santé qui constituent un obstacle à l'emploi, mais il est bien établi que la lésion indemnisable n'a pas à être la seule cause ou la cause principale de la perte de capacité de gain du travailleur. Pour autant que l'accident de travail joue un rôle dans la diminution des capacités physiques de l'appelant, les conséquences financières subies seront indemnisables (voir Terence G. Ison, *Workers' Compensation in Canada*, deuxième édition (Butterworths : Toronto, 1989), page 58; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, 1996 CanLII 183 (CSC), paragraphe 17). En l'espèce, il ressort tant de l'évaluation de la capacité de travail de 1997 que des lettres de 2017 et 2018 de la D^{re} Fletcher qu'un travail requérant de soulever des charges, même relativement légères, occasionnerait [à l'appelant] de la douleur sur son côté droit blessé et serait déconseillé sur le plan médical.

Pour ces motifs, l'appel est accueilli. J'enjoins à la Commission de procéder à une nouvelle évaluation de la capacité de travail et à une nouvelle évaluation des aptitudes professionnelles de l'appelant. Dans l'intervalle, j'ordonne à la Commission de verser à l'appelant, rétroactivement au 14 novembre 2018, des prestations ordinaires pour perte de gains. J'enjoins de plus à la

Commission de traiter le dossier en conséquence. [par. 41 à 44]

[31] D'après l'avocat de M. Johnston, la décision du président d'ordonner l'indemnisation rétroactivement au 18 novembre 2018 était arbitraire. L'avocat a dit estimer que, puisqu'il était impossible de revenir en arrière pour évaluer équitablement la demande de M. Johnston, comme on ne pouvait pas se former maintenant une opinion clinique fondée sur l'état de M. Johnston au fil des ans, la seule réparation équitable consisterait à ordonner le paiement de prestations intégrales rétroactivement à 1995.

[32] Je tends à souscrire à la thèse présentée par l'avocat de la Commission. Le président du Tribunal d'appel n'a pas envisagé d'ordonner l'indemnisation rétroactivement à 1995 parce qu'il n'avait pas le pouvoir de le faire. Si M. Johnston souhaitait que la décision de 1998 soit considérée de nouveau, il aurait dû formuler sa demande à la Commission en ces termes, après quoi, s'il n'obtenait pas gain de cause, le Tribunal d'appel aurait été dûment saisi de la question de l'indemnisation rétroactivement à 1995. Il n'en a pas été ainsi, toutefois, dans les circonstances de l'affaire.

[33] Le président a fixé au 18 novembre 2018 la date à partir de laquelle il convenait d'ordonner le paiement rétroactif des prestations. Il s'agit de la date de la deuxième lettre de la D^{re} Fletcher, dans laquelle celle-ci a déclaré que M. Johnston [TRADUCTION] « ne peut occuper un emploi exigeant des mouvements répétés du bras droit au-dessus de la tête ou le soulèvement répété de lourdes charges; seul un travail de type sédentaire devrait être envisagé en fait pour lui, et je ne suis pas certaine qu'il ait pour cela la formation scolaire requise ». Le président a déclaré dans sa décision : [TRADUCTION] « C'est l'avis de la D^{re} Fletcher, chirurgienne orthopédiste, qui me convainc que ce n'était pas un emploi convenable, du moins à compter du 14 novembre 2018. » Du point de vue de la preuve, cette lettre donnait au Tribunal le fondement pour déterminer que M. Johnston ne pouvait pas effectuer les tâches de l'emploi jugé convenable et avait le droit d'être indemnisé à compter de cette date.

[34] Tout en éprouvant une certaine sympathie pour M. Johnston, j'estime, appliquant la norme de contrôle pertinente énoncée dans l'arrêt *Longphee*, que le président du Tribunal d'appel n'a commis aucune erreur qui justifie une intervention en appel.

[35] À l'audition de l'appel, les avocats ont discuté de la possibilité que M. Johnston retourne devant la Commission pour demander explicitement que la décision de 1998 soit considérée de nouveau. Comme la Cour n'était pas saisie de cette question, je m'abstiendrai de faire des observations sur ce point.

IV. Conclusion et dispositif

[36] Pour les motifs qui précèdent, je rejetterais l'appel.

[37] Conformément à la pratique de longue date de notre Cour, qui consiste à ne pas condamner les travailleurs aux dépens en appel de décisions en matière d'indemnisation des accidents au travail, j'ordonnerais que chaque partie supporte ses propres frais.

Motifs dissidents du

JUGE FRENCH

I. Introduction

[38] La Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail avance, à titre de question préjudicielle, que la Cour ne devrait pas connaître de l'appel de Perry Johnston. Faisant valoir que M. Johnston a eu entièrement gain de cause devant le Tribunal d'appel des accidents au travail, la Commission soutient qu'il a obtenu ce qu'il a demandé – une nouvelle évaluation de ses prestations pour perte de gains pour l'avenir, à compter de 2018, au vu de la conclusion du Tribunal d'appel selon laquelle il n'était pas apte à travailler comme représentant de commerce en denrées alimentaires, l'emploi que la Commission l'avait jugé capable d'exercer, en 1998, aux fins d'évaluation de sa capacité de gain (pour le calcul de ses prestations pour perte de gains). La Commission souligne plus particulièrement que M. Johnston n'a pas demandé au Tribunal d'appel de modifier rétroactivement l'emploi jugé convenable et qu'il ne l'avait pas demandé précédemment non plus à la Commission ou, du moins, que sa demande à la Commission ne faisait pas dûment état de l'article de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13 (la *Loi*) qui autorisait la reconsidération de la décision de 1998.

[39] Comme les juges majoritaires dans le présent appel, j'ai rejeté l'assertion selon laquelle M. Johnston n'avait pas sollicité la modification rétroactive par le Tribunal d'appel de l'emploi jugé convenable. Comme mes collègues l'ont signalé, à l'audience devant le Tribunal d'appel, M. Johnston a bien demandé la modification, rétroactivement à 1998, de l'emploi jugé convenable.

[40] Cependant, mes collègues ont conclu que le Tribunal d'appel ne s'était pas penché sur la demande de modification rétroactive de M. Johnston parce qu'il n'avait pas compétence pour examiner une demande dont la Commission n'avait pas été saisie. Ils

retiennent l'argument voulant que M. Johnston ait seulement demandé à la Commission une modification pour l'avenir, à compter de 2018, comme en atteste la lettre du 14 septembre 2018 d'un défenseur du travailleur, et qu'il n'ait pas formulé sa demande correctement, soit de manière à indiquer qu'il sollicitait une reconsidération de la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable.

[41] Je ne souscris pas à l'assertion de la Commission selon laquelle elle n'était pas saisie de la question de la modification rétroactive de l'emploi jugé convenable de M. Johnston. Elle en était saisie, à mon avis. Point important, même si la Commission n'a pas examiné la question de la modification rétroactive, M. Johnston l'a soulevée indéniablement devant le Tribunal d'appel, et celui-ci avait non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation, de la trancher. Par conséquent, je rejetterais l'objection préliminaire opposée par la Commission à l'appel de M. Johnston. De plus, j'accueillerais l'appel et je renverrais au Tribunal d'appel les questions qu'il reste à trancher.

II. Vue d'ensemble

[42] En 1995, M. Johnston s'est blessé alors qu'il travaillait sur un navire de la Garde côtière canadienne. Après une évaluation de la capacité de travail de M. Johnston, la Commission a conclu que les lésions subies aux côtes et dans la zone thoracique lui avaient causé des limitations physiques (des restrictions de travail) qui l'empêchaient de reprendre l'emploi occupé avant l'accident. En 1998, la Commission a établi le montant des prestations pour « perte de gains » auquel il avait droit, montant correspondant au revenu perdu moins les gains qu'il « devrait être en mesure de tirer d'un emploi convenable après avoir été blessé » (par. 38.1(1) de la *Loi sur les accidents du travail*). La Commission a jugé M. Johnston apte à occuper un emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires, à raison de 35 heures par semaine, à 5,50 \$ l'heure (le taux de rémunération en 1998). Depuis, le revenu que M. Johnston était « en mesure de tirer » de l'emploi jugé convenable a été déduit des prestations pour perte de gains (aussi appelées prestations d'invalidité à long terme par la Commission) qu'il a touchées.

[43] Au moment de la détermination de l'emploi jugé convenable, ni la Commission ni M. Johnston ne savait que celui-ci s'était aussi blessé à l'épaule droite lors de l'accident. La lésion à l'épaule n'a été diagnostiquée qu'en 2009, lorsque M. Johnston a consulté la D^{re} Fletcher, une chirurgienne orthopédiste. La D^{re} Fletcher a d'abord administré des injections à l'épaule de M. Johnston, pour y soulager la douleur, mais elle l'a ensuite soumis à une intervention chirurgicale, en 2014, pour soigner sa coiffe des rotateurs droits déchirée.

[44] En 2009, M. Johnston a présenté à la Commission sa première demande d'augmentation des prestations d'invalidité à long terme, en invoquant l'avis de la D^{re} Fletcher selon lequel sa lésion à l'épaule résultait de l'accident subi au travail. Malgré l'avis de la D^{re} Fletcher, la Commission a déterminé que la lésion n'avait pas été causée par l'accident et a rejeté, pour reprendre ses termes à l'époque, la demande [TRADUCTION] « d'indemnités d'accident du travail pour la lésion à l'épaule droite ». Il ne fait aucun doute que la demande d'augmentation de M. Johnston se fondait sur le fait que la lésion à l'épaule constituait un nouvel élément de preuve, inconnu lors de la détermination de l'emploi jugé convenable en 1998, démontrant qu'il était incapable d'exercer cet emploi et qu'une modification était requise.

[45] Après s'être fait opérer à l'épaule par la D^{re} Fletcher, M. Johnston a demandé de nouveau à la Commission de reconnaître que l'accident avait causé sa lésion à l'épaule et de modifier l'emploi jugé convenable. En 2017, cette demande a été étayée par un avis de la D^{re} Fletcher et du médecin de famille de M. Johnston. En juin 2017, la Commission a considéré de nouveau sa décision de 2009; elle a reconnu que l'accident avait causé la lésion et, par conséquent, a réexaminé les prestations d'invalidité à long terme et autres prestations auxquelles M. Johnston avait droit. Quant aux prestations d'invalidité à long terme, il ne fait aucun doute que la question était de savoir si la lésion à l'épaule désormais reconnue (inconnue lors de la détermination de l'emploi jugé convenable en 1998) constituait un nouvel élément de preuve important démontrant que M. Johnston n'était pas apte à occuper l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires et s'il fallait modifier cet emploi jugé convenable.

[46] La Commission n'a pas procédé au réexamen immédiat des prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston, toutefois, pour des raisons qui ne ressortent pas clairement du dossier. Elle a fait subir rapidement à M. Johnston une nouvelle évaluation de sa diminution physique permanente afin d'apprécier l'importance de la lésion à l'épaule. La Commission a conclu que la diminution physique globale de M. Johnston était beaucoup plus importante que ne l'avait révélé sa précédente évaluation de la diminution physique permanente, qui avait uniquement pris en compte les lésions aux côtes et dans la zone thoracique. De plus, la Commission ayant reconnu que la lésion à l'épaule était indemnisable, elle a remboursé, rétroactivement, des frais de déplacement peu élevés engagés par M. Johnston depuis sa première consultation avec la D^{re} Fletcher, en 2009.

[47] Inexplicablement, la Commission n'a pris qu'un an plus tard une décision au sujet de la prise en compte de la lésion à l'épaule aux fins d'établissement des prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston, après avoir reçu, en septembre 2018, la lettre d'un défenseur du travailleur. Un avis (de septembre 2018) de la D^{re} Fletcher traitant des limitations courantes de M. Johnston était joint à la lettre, et il était demandé à la Commission de modifier l'emploi jugé convenable.

[48] Le 24 octobre 2018, la Commission a rejeté la demande de modification. Elle a conclu que les limites physiques de M. Johnston étaient toujours de même niveau que celles évaluées lors de l'établissement de l'emploi jugé convenable en 1998 et, en conséquence, que cet emploi était toujours convenable malgré la lésion subie à l'épaule. M. Johnston a ensuite transmis à la Commission la deuxième lettre de la D^{re} Fletcher, qui traitait plus précisément de sa capacité d'effectuer les tâches d'un représentant de commerce en denrées alimentaires; le 8 mai 2019, toutefois, la Commission a confirmé sa décision antérieure et rejeté la demande de modification.

[49] M. Johnston a interjeté appel devant le Tribunal d'appel. Le Tribunal a décidé qu'il était [TRADUCTION] « inapte à occuper l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires ». Il a ordonné à la Commission (1) de procéder à une

nouvelle évaluation de la capacité de travail et à une nouvelle évaluation des aptitudes professionnelles de M. Johnston, en vue d'établir pour lui un nouvel emploi convenable, le cas échéant, et (2) de verser à M. Johnston dans l'intervalle, à compter du 14 novembre 2018, des prestations d'invalidité à long terme [TRADUCTION] « ordinaires » (c'est-à-dire les prestations d'invalidité à long terme desquelles ne sont pas déduits les gains estimatifs qu'il devrait être en mesure de tirer d'un emploi convenable).

[50] M. Johnston interjette appel devant la Cour; il soutient que le Tribunal d'appel a rendu une décision [TRADUCTION] « arbitraire », qu'il n'a aucunement motivée, en n'ordonnant le paiement de prestations d'invalidité à long terme [TRADUCTION] « ordinaires » qu'à compter du 14 novembre 2018 – la date de la dernière lettre de la D^{re} Fletcher. M. Johnston avance que la date de rédaction de la lettre n'a aucun lien avec le moment où il était, ou est devenu, [TRADUCTION] « inapte à occuper l'emploi » de représentant de commerce en denrées alimentaires. Il ajoute que le choix de la date de la lettre ne peut être concilié avec la conclusion du Tribunal d'appel selon laquelle la Commission n'avait pas établi correctement pour lui, en 1998, l'emploi jugé convenable. En effet, (1) la Commission n'avait pas évalué correctement, tel que la *Loi sur les accidents du travail* le requiert, si M. Johnston était apte à travailler comme représentant de commerce en denrées alimentaires, et (2) il ressort du dossier de preuve existant en 1998 quant aux restrictions et limitations physiques de M. Johnston que celui-ci n'avait jamais été capable d'exercer l'emploi jugé convenable, de sorte qu'il ne s'agissait pas d'un « emploi convenable ». D'après M. Johnston, le Tribunal d'appel a omis erronément d'ordonner le paiement de prestations [TRADUCTION] « ordinaires » à compter de 1998.

[51] La Commission oppose sa thèse à l'appel de M. Johnston (elle n'a pas interjeté appel de la décision ni n'a déposé un avis de désaccord). Elle affirme que le Tribunal d'appel n'a pas envisagé de modifier rétroactivement l'emploi jugé convenable, pour toute période antérieure à 2018, parce qu'il [TRADUCTION] « n'était pas saisi de la question de savoir si la décision relative à l'emploi convenable rendue en 1998 devait

ou non être modifiée rétroactivement, et ainsi l'appel devrait être rejeté ». La thèse de la Commission est résumée dans le mémoire qu'elle a présenté à la Cour :

[TRADUCTION]

Nous soutenons que le présent appel dans son ensemble est sans fondement, puisque l'appelant demande à la Cour de rendre une ordonnance qui n'a pas été sollicitée à l'audience [devant le Tribunal d'appel] dans la présente affaire. L'appelant a eu entièrement gain de cause devant le [Tribunal d'appel]. Celui-ci a rendu l'ordonnance qu'il avait sollicitée, soit la modification de l'emploi jugé convenable compte tenu du changement de situation occasionné par l'aggravation de ses symptômes à l'épaule. En fait, l'appelant soulève pour la première fois, dans le présent appel, la question de savoir s'il y a lieu de considérer de nouveau la décision initiale du 25 août 1998. Avec égards, cela n'est pas le rôle de la Cour.

Jamais l'appelant n'a demandé la modification, rétroactivement à 1998, de la décision initiale rendue en 1998. En d'autres termes, l'appelant n'a pas sollicité la reconsidération de la décision de 1998 ni n'a invoqué les art. 22 ou 22.1 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 [...] Au contraire, toutes les demandes formulées par le défenseur du travailleur au nom de l'appelant visaient la période débutant en 2018.

[C'est moi qui souligne.]

[52] Bref, devant la Cour, M. Johnston affirme que le Tribunal d'appel aurait dû évaluer de nouveau les prestations d'invalidité à long terme auxquelles il avait droit à compter de 1998, et la Commission soutient que le Tribunal d'appel n'a pas envisagé de rendre une ordonnance rétroactive parce que M. Johnston avait uniquement sollicité une modification pour l'avenir, [TRADUCTION] « pour la période débutant en 2018 ».

[53] Je ne puis souscrire à la thèse de la Commission, pour deux raisons. Premièrement, le dossier n'étaye pas l'argument de la Commission selon lequel M. Johnston n'avait pas demandé une modification rétroactive de la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable. La Commission soutient qu'on devrait considérer la

lettre du défenseur du travailleur comme la [TRADUCTION] « plaidoirie » de M. Johnston, et qu'il y est uniquement demandé réparation pour l'avenir, à compter de 2018. À mon avis, en plus de considérer la demande de manière erronée, comme s'il s'agissait d'un processus adversatif, la Commission a mal interprété la lettre, hors contexte, en faisant notamment abstraction de sa propre décision de 2017 de reconnaître la lésion à l'épaule de M. Johnston et de procéder à l'examen de ses prestations d'invalidité à long terme. Cet examen n'avait pas encore été effectué ni même abordé lorsque le défenseur du travailleur a communiqué, en septembre 2018, l'avis de la D^{re} Fletcher. Même si, manifestement, la lettre est rédigée au présent et atteste de l'état actuel de M. Johnston, on ne peut l'interpréter ni comme une demande distincte de réparation uniquement pour l'avenir, ni comme la limitation ou l'abandon de la demande antérieure de M. Johnston visant la modification rétroactive. Il est inexact d'affirmer que, lorsqu'elle a rendu la décision portée en appel, la Commission était uniquement saisie d'une demande de modification pour l'avenir.

[54] De plus, à mon avis, même si la question dont la Commission avait été saisie était aussi restreinte qu'elle ne l'affirme maintenant, ce seul fait ne privait pas le Tribunal d'appel du pouvoir d'examiner la demande de M. Johnston visant la modification rétroactive. Un appel devant le Tribunal d'appel donne lieu à une audition *de novo*, et le Tribunal est habilité par la loi à régler toute question soulevée en appel d'une décision de la Commission. La demande de M. Johnston visant la modification rétroactive découle tout naturellement d'un appel favorable interjeté à l'encontre de la décision de la Commission de ne pas modifier l'emploi jugé convenable.

[55] À mon avis, l'appel lui-même devrait être accueilli pour les motifs que je vais exposer.

III. Questions en litige dans l'appel

A. *Le Tribunal d'appel était-il inhabile, comme le soutient la Commission, à connaître de la demande de M. Johnston visant la modification, rétroactivement à 1998, de l'emploi jugé convenable?*

[56] La Commission a opposé cet argument à l'appel interjeté par M. Johnston devant notre Cour. Ni la Commission ni l'employeur n'a objecté ou plaidé devant le Tribunal d'appel que celui-ci n'avait pas compétence pour connaître de la demande de M. Johnston, et le Tribunal n'a traité expressément d'aucun tel défaut de compétence. Devant la Cour, M. Johnston conteste la caractérisation de sa demande par la Commission, et il nie avoir fait quoi que ce soit qu'on puisse interpréter comme restreignant sa demande à la Commission à la période débutant en 2018. La Cour doit donc se prononcer, au vu du dossier, sur l'assertion de la Commission selon laquelle la lettre du défenseur du travailleur délimitait la seule question dont elle était saisie, ce qui, à son tour, rendait le Tribunal d'appel incompétent, si l'appel était accueilli, pour connaître de la demande de modification rétroactive lui étant soumise par M. Johnston. L'examen de cette question a pris presque toute la place à l'audience devant notre Cour.

B. *Le Tribunal d'appel a-t-il omis erronément de trancher la demande de M. Johnston visant la modification, rétroactivement à 1998, de l'emploi jugé convenable?*

[57] Pour résumer les moyens d'appel de M. Johnston, ce dernier soutient, premièrement, que le Tribunal d'appel a rendu une décision [TRADUCTION] « purement arbitraire », qu'il n'a aucunement motivée, en attribuant des prestations [TRADUCTION] « ordinaires » à compter du 14 novembre 2018 – la date de la lettre de la D^{re} Fletcher. La Commission n'a pas contesté cet argument, sinon pour soutenir, comme il a été mentionné, que le Tribunal d'appel ne pouvait pas trancher la demande de modification rétroactive de M. Johnston, ou ne l'a pas fait, parce qu'il n'avait pas compétence pour connaître d'une question dont la Commission n'avait pas été saisie.

[58] Deuxièmement, tous les autres moyens d'appel de M. Johnston sont liés à son argument selon lequel le Tribunal d'appel a omis erronément d'ordonner que lui soient versées, rétroactivement à 1998, des prestations d'invalidité à long terme [TRADUCTION] « ordinaires ».

C. *Si le Tribunal d'appel a commis une erreur, la Cour devrait-elle (1) trancher la demande de M. Johnston visant la modification, rétroactivement à 1998, de l'emploi jugé convenable et, dans l'affirmative, (2) déterminer quel travail, le cas échéant, constituerait un emploi convenable?*

[59] Si la Cour conclut que le Tribunal d'appel a commis une erreur, soutient M. Johnston, elle devrait ordonner que lui soient versées, rétroactivement à 1998, des prestations d'invalidité à long terme [TRADUCTION] « ordinaires », sans déduction des gains estimatifs qu'il devrait être en mesure de tirer d'un autre ou d'un nouvel emploi jugé convenable. De l'avis de M. Johnston, il serait injuste de tenter de déterminer maintenant s'il était capable ou non d'exercer un autre emploi. De son côté, la Commission soutient que le dossier ne permet pas à la Cour de se prononcer sur la question et que, advenant que l'appel soit accueilli, l'affaire devrait être renvoyée au Tribunal d'appel.

IV. Contexte factuel

[60] Les éléments suivants sont pertinents pour trancher les questions en litige : (1) l'évaluation initiale des lésions subies par M. Johnston et la détermination, en 1998, que l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires était un emploi convenable; (2) le diagnostic de lésion à l'épaule établi en 2009; (3) les circonstances de (i) la décision de 2017 de la Commission de reconnaître comme indemnisable la lésion à l'épaule et de procéder à l'examen des prestations d'invalidité à long terme, et (ii) sa décision de 2018 de rejeter la demande de M. Johnston visant la modification de l'emploi jugé convenable.

A. *Évaluation initiale de la lésion de M. Johnston*

[61] M. Johnston a commencé à travailler pour la Garde côtière canadienne en 1989. Au moment de l'accident, en juillet 1995, il travaillait comme membre [TRADUCTION] « occasionnel d'équipage de navire ». À ce poste, il était habilité à travailler jusqu'à 125 jours par année. Il avait 34 ans.

[62] M. Johnston a rapporté qu'il était tombé et qu'il s'était frappé le côté droit de la cage thoracique inférieure alors qu'il montait les marches entre les ponts du navire. Il a d'abord cru s'être fracturé une côte. Il s'est avéré, toutefois, que la blessure subie était plus grave et complexe.

[63] En septembre 1995, le D^r John Acker, un chirurgien orthopédiste, a rapporté que M. Johnston était désireux de retourner travailler, mais que cela n'était pas possible parce qu'une évaluation plus poussée était requise : on pouvait déceler dans la radiographie ce que le D^r Acker a dit être une ombre inhabituelle. Cela pouvait dénoter l'existence d'une fracture par arrachement, un fragment d'os se trouvant à 2 cm environ d'une côte. Une fluoroscopie et un tomogramme ont été réalisés; dans le rapport du radiologiste, la fracture était décrite ainsi : [TRADUCTION] « une importante séparation d'un fragment de côte, y compris un morceau d'os. Un tel résultat radiographique est assez inhabituel. »

[64] En février 1996, le D^r Stiles a pratiqué une intervention chirurgicale pour retirer le fragment de côte. Cela n'a toutefois pas réglé les problèmes de M. Johnston. Dans une lettre de juillet 1996 transmise à la Commission, le D^r Stiles a déclaré : [TRADUCTION] « La chirurgie n'a donné que des résultats mitigés. » M. Johnston a continué de ressentir de la douleur dans la cage ou zone thoracique et d'avoir une limitation fonctionnelle, et on lui a prescrit de la morphine, à prendre au besoin. Le D^r Stiles a dirigé M. Johnston vers une clinique antidouleur à l'Hôpital régional de Saint John.

[65] Tel qu'il a été mentionné, on ne savait pas à l'époque que M. Johnston s'était aussi blessé à l'épaule droite. L'examen des dossiers de la Commission de 1997 permet de déceler, avec le recul, que M. Johnston avait des problèmes à l'épaule droite et au membre supérieur droit (le bras droit, sa main droite étant dominante). La Commission l'a reconnu plus tard, dans sa lettre de juin 2017 indiquant qu'elle estimait la lésion à l'épaule indemnisable.

[66] Des rapports faisant état de la participation de M. Johnston, en février 1997, au programme de maîtrise de la douleur de la Commission, offert au Centre de rééducation de Travail sécuritaire, mentionnent des limitations liées au membre supérieur droit de M. Johnston, notamment en ces termes :

[TRADUCTION]

Il dit avoir du mal à faire certains exercices prévus pour le membre supérieur droit. Il a pu lever 3 kg avec ce membre. Il va au gymnase deux fois par jour. À sa séance quotidienne d'une heure d'ergothérapie, Perry s'assoit et se tient debout en alternance alors qu'il s'adonne à des projets de travail sédentaire sur cuir. Il dit ressentir une douleur accrue dans la zone thoracique droite lorsqu'il utilise ses membres supérieurs pour des activités, particulièrement son membre supérieur droit.

[...]

M. Johnston n'a fait que deux semaines d'ergothérapie pendant qu'il était admis au programme de maîtrise de la douleur. Lors de l'évaluation initiale, il a dit que les tâches faisant appel à la force musculaire du membre supérieur droit étaient les plus difficiles à exécuter, puisqu'elles accroissaient la douleur ressentie dans la zone thoracique droite. Il a aussi fait part de symptômes accrus lorsqu'il soulevait son bras droit, marchait, gravissait des pentes et conduisait pendant de longues périodes.

[67] À la demande de la Commission, un ergothérapeute a procédé, du 13 au 15 mai 1997, à une évaluation de la capacité de travail de M. Johnston. D'après le rapport d'évaluation, M. Johnston ne pouvait pas satisfaire aux exigences physiques de l'emploi

de matelot de pont de la Garde côtière, classifié comme comportant des exigences physiques élevées ou très élevées.

[68] Le rapport d'évaluation faisait aussi état de limitations dans l'usage par M. Johnston de son extrémité supérieure droite. Quant à l'aptitude de M. Johnston à satisfaire aux exigences essentielles de son emploi antérieur à l'accident, le rapport précisait qu'il n'avait [TRADUCTION] « pas pu étendre le bras droit plus haut que l'épaule ». Le rapport indiquait qu'on avait vu M. Johnston utiliser [TRADUCTION] « sa main gauche non dominante pour achever tous les transferts ». On concluait finalement, dans le rapport d'évaluation de la capacité de travail, que M. Johnston ne pouvait exercer que des activités requérant une [TRADUCTION] « force musculaire légère » et de l'[TRADUCTION] « endurance sédentaire », définies de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Endurance sédentaire – niveau correspondant, selon la CCDP, à une charge maximale de 4,5 kg et au soulèvement occasionnel de petits matériaux. Marcher et se tenir debout à l'occasion.

Force musculaire légère – niveau correspondant, selon la CCDP, à une charge maximale de 4,5 kg à 9 kg, avec soulèvement ou transport fréquent d'une charge maximale de 4,5 kg.

[69] Une fois qu'il a été établi qu'il ne pouvait plus reprendre son travail à la Garde côtière, M. Johnston n'a pas souhaité trouver un nouvel emploi, ce que la Commission jugeait être le plus souhaitable. Il a plutôt exprimé le désir d'ouvrir une poissonnerie / un marché de fruits de mer de détail dans un immeuble voisin de son domicile à Pennfield, au Nouveau-Brunswick. M. Johnston a indiqué qu'il pourrait le faire avec l'aide de son épouse et d'autres membres de sa famille. Il a demandé à la Commission de l'aider à lancer son entreprise par voie de versement à titre d'avance de quatre années de prestations d'invalidité à long terme. À la demande de la Commission, un représentant de la Banque de développement du Canada a évalué la viabilité de l'entreprise projetée. Le représentant ayant conclu qu'il s'agissait d'une entreprise à risque élevé, la Commission a informé M. Johnston, en août 1998, qu'elle ne lui verserait

pas l'avance demandée (le Tribunal d'appel a rejeté l'appel interjeté par M. Johnston à l'encontre de cette décision).

[70] En août 1998, la Commission a aussi informé M. Johnston que, compte tenu de son intention persistante de démarrer une entreprise, il cesserait immédiatement de toucher ses prestations pour perte de gains ordinaires, soit à partir du 1^{er} septembre 1998, et il commencerait plutôt à recevoir des prestations d'invalidité à long terme de 500,73 \$ par mois. Ce montant correspondait à ses prestations d'invalidité à long terme [TRADUCTION] « ordinaires », déduction faite du revenu que la Commission le jugeait en mesure de tirer de l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires (5,50 \$ l'heure). La Commission a fourni l'explication suivante :

[TRADUCTION]

[I]l a été conclu, sur la foi des renseignements médicaux au dossier, que des restrictions de travail vous empêchent de reprendre en ce moment l'emploi que vous occupiez avant l'accident.

Toutefois, **vous avez fait part de votre projet d'effectuer un travail autonome en ouvrant une poissonnerie et, ainsi, on vous a jugé capable d'effectuer toutes les tâches liées à l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires.** D'après nos recherches, cet emploi est rémunéré 5,50 \$ l'heure, à raison de sept heures par jour.

À compter du 1^{er} septembre 1998, par conséquent, vous recevrez des prestations d'invalidité de longue durée d'un montant de 500,37 \$ par mois.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[71] M. Johnston n'a pas interjeté appel de cette décision. Il était alors âgé de 37 ans. Mis à part les rajustements annuels habituels, M. Johnston a continué de toucher ces prestations jusqu'à ce que le Tribunal d'appel ordonne que lui soient versées de nouveau les prestations [TRADUCTION] « ordinaires ».

[72] Tel que le Tribunal d'appel l'a souligné dans sa décision, la Commission n'a pas soumis M. Johnston à une évaluation des aptitudes professionnelles lorsqu'elle l'a jugé [TRADUCTION] « en mesure d'effectuer toutes les tâches liées à l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires. » Le Tribunal d'appel s'est expliqué en ces termes :

[TRADUCTION]

La détermination de l'emploi jugé convenable pour [M. Johnston] n'était pas étayée par une évaluation objective et fondée sur des preuves de son aptitude à satisfaire aux exigences physiques de l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires. La Commission a plutôt utilisé, comme mesure de référence de ses aptitudes réelles, son désir exprimé de lancer une entreprise semblable. À mon avis, **cela n'est conforme ni au paragraphe 42.1(1) de la Loi sur les accidents du travail (la Loi) ni à la politique 21-417 de la Commission – Définition d'un emploi convenable – où l'accent est mis sur ce que le travailleur est capable d'accomplir en toute sécurité, sur la foi des renseignements médicaux.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[73] Le Tribunal d'appel a aussi dit douter que les éléments de preuve aient démontré à l'époque que M. Johnston était bien en mesure d'effectuer les tâches d'un représentant de commerce en denrées alimentaires :

[TRADUCTION]

Je relève que le niveau [TRADUCTION] « léger » de force musculaire est défini dans le profil de la CNP comme la [TRADUCTION] « manutention de charges allant de 5 à 10 kg » [page 584 du dossier d'appel]. Bien que cette catégorie de poids soit relativement proche de celle en cause, compte tenu des difficultés qu'il a rencontrées lors de l'évaluation de la capacité de travail, de la douleur qu'il a dit ressentir et des médicaments qu'il a dû prendre, **je doute que l'appelant puisse atteindre le niveau de force musculaire requis d'un représentant de commerce en denrées alimentaires.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

B. *Entreprise utilisée pour déterminer l'emploi jugé convenable et autres emplois*

[74] M. Johnston a lancé une entreprise en 1999; toutefois, elle n'a jamais guère généré de profits et, en 2004, on a dû fermer les portes. M. Johnston dit avoir occupé quelques emplois par la suite, de courte durée et mal rémunérés, les prestations d'invalidité à long terme constituant, sinon, son seul revenu.

[75] Le revenu déclaré de M. Johnston, tiré de son entreprise et de toutes autres sources, figure aux dossiers de la Commission, celui-ci devant communiquer son revenu réel chaque année, tel que la Commission l'exige, en remplissant son Questionnaire relatif à l'invalidité à long terme. M. Johnston fournissait notamment des copies de ses déclarations de revenus et les états financiers de son entreprise lorsqu'elle était en activité.

[76] En 2004, M. Johnston a déclaré un revenu d'emploi de 1 160,64 \$ tiré d'un travail chez Maritech Marine. En 2005, il a déclaré avoir gagné 6 900 \$ en travaillant comme veilleur de nuit chez Collins Lobsters. Il a déclaré ne pas avoir travaillé en 2006 et en 2007, sa seule source de revenus étant les prestations versées par la Commission (7 634 \$ en 2006 et 7 968 \$ en 2007). M. Johnston a indiqué ne pas avoir pu travailler, en 2007, en raison notamment de complications liées au diabète. Vers cette époque, il a informé la Commission du rejet de sa demande de prestations d'invalidité du Régime de pensions du Canada. M. Johnston a indiqué ne pas avoir travaillé en 2008, 2009, 2010, 2011 et 2012. À compter de 2011, il a reçu chaque année de l'aide au revenu, pour du bois de chauffage, une allocation pour chauffage des résidences de 550 \$. En 2013, M. Johnston a gagné 1 341,60 \$ pour du travail à temps partiel (de 6 à 8 heures par semaine en mai et en juin) de prélèvement d'échantillons d'eau, effectué pour le compte d'Eastern Charlotte Waterways. En 2014, il a gagné 1 248 \$ pour du travail à temps partiel effectué pour un membre de la parenté auprès de la Fundy Salmon Ltd. En 2015, il a fait des gains de 573 \$ comme travailleur indépendant. M. Johnston a déclaré n'avoir tiré aucun revenu en 2016, 2017 et 2018, que ce soit d'un emploi ou de toutes autres sources.

C. *Diagnostic de lésion à l'épaule établi en 2009 et première demande de M. Johnston visant la modification de l'emploi jugé convenable*

[77] En 2008, comme M. Johnston ressentait des douleurs de plus en plus aiguës à l'épaule droite, on l'a adressé à une chirurgienne orthopédiste. M. Johnston a rencontré la D^{re} Fletcher pour la première fois en février 2009. Dans une lettre adressée au médecin de famille de M. Johnston, la D^{re} Fletcher a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[M. Johnston] a d'importants antécédents du côté droit; il a subi une blessure grave du côté droit de la cage thoracique et il a fallu l'opérer et procéder à la résection de côtes en 1995 et 1996. Il prend actuellement de l'Endocet pour des douleurs à la jambe gauche. Il souffre de douleur chronique dans la région de la ceinture scapulaire droite, particulièrement à la cage thoracique. De plus, il est diabétique insulino-dépendant et il souffre d'hémochromatose. Il se rappelle s'être contusionné à l'épaule droite au moment de la blessure initiale, en 1995, alors qu'une poutre d'acier l'a atteint à la poitrine; à l'époque, toutefois, aucune lésion à l'épaule droite n'a été consignée par écrit. Il ressentait de la douleur partout et il était difficile de savoir d'où le problème provenait.

Cette douleur à l'épaule droite s'est aggravée progressivement avec le temps, de sorte que, maintenant, il ne peut faire qu'un usage restreint de cette épaule. L'élévation active n'en est que de 90 degrés, et l'élévation passive d'environ 120 degrés. La rotation externe sur le côté est d'environ 40 degrés et la rotation interne se fait jusqu'à L2. La force musculaire est normale d'après les tests. Le test d'empiètement est positif.

Les radiographies dénotent des modifications arthrosiques dans l'articulation acromio-claviculaire, mais tout semble correct quant à l'articulation scapulo-humérale.

Aujourd'hui, je lui ai fait une injection à l'épaule droite, dans l'espace sous-acromial. Je l'ai aiguillé vers le service de physiothérapie à Blacks Harbour. Je le vois à nouveau pour réévaluation dans deux mois.

[C'est moi qui souligne.]

[78] Après un examen de suivi de M. Johnston, en avril 2009, la D^{re} Fletcher a informé le D^r Burton qu'elle lui avait de nouveau fait une injection à l'épaule et qu'à son avis, la lésion avait été subie lors de l'accident de travail :

[TRADUCTION]

Je lui ai administré de nouveau une injection aujourd'hui. Je l'envoie passer un arthrogramme avec IRM de l'épaule droite afin d'exclure une pathologie comme, je crois, il démontre des signes pathologiques importants à l'épaule. J'estime que cela remonte à sa lésion initiale subie en 1995, comme il y a ressenti du mal depuis ce temps, mal qui s'est toutefois amplifié récemment.

[C'est moi qui souligne.]

[79] M. Johnston a communiqué les lettres de la D^{re} Fletcher à la Commission, et a demandé une augmentation de ses prestations d'invalidité à long terme qui corresponde à l'information communiquée. La Commission a rejeté cette demande. Yves Lapointe, coordonnateur de l'invalidité à long terme à la Commission, a informé M. Johnston qu'il n'avait pas droit à des [TRADUCTION] « indemnités d'accident du travail » pour sa lésion à l'épaule droite, celle-ci ne découlant pas [TRADUCTION] « de [son] accident subi en 1995 en travaillant pour la Garde côtière canadienne ». La lettre datée du 29 avril 2009 est ainsi libellée :

[TRADUCTION]

J'ai examiné les circonstances de l'accident de juillet 1995. D'après la formule 67, la partie du corps touchée était le côté droit de la cage thoracique inférieure. Dans les rapports postérieurs, aucune mention n'est faite d'une lésion à l'épaule droite subie lors de l'accident. Je souligne que la D^{re} Fletcher a indiqué ce qui suit dans son rapport du 16 février 2009 :

Il (le demandeur) se rappelle s'être contusionné à l'épaule droite au moment de la blessure initiale, en 1995, alors qu'une poutre d'acier l'a atteint à la poitrine; à l'époque, toutefois, aucune lésion à l'épaule droite n'a été consignée par écrit.

Après examen du dossier, je suis d'avis que, selon la prépondérance des probabilités, il est plus probable

qu'improbable que la lésion à votre épaule ne découle pas de l'accident subi en 1995 lorsque vous travailliez pour la Garde côtière canadienne. Aucun document joint au rapport d'accident ni aucun document faisant état d'une consultation pour une lésion à l'épaule droite ne figure au dossier. J'ai donc le regret de vous informer que **vous n'avez pas droit à une indemnité pour votre lésion à l'épaule droite** en application du sous-alinéa 4(1)a(i) de la [*Loi sur l'indemnisation des agents de l'État*].
[Les caractères gras, l'italique et le soulignement sont de moi.]

[80] Cette décision n'a pas été portée en appel; elle a toutefois été considérée de nouveau en 2017, comme il a été mentionné, et la lésion a été reconnue comme étant indemnifiable. Cela faisait suite à l'intervention chirurgicale à l'épaule droite pratiquée par la D^{re} Fletcher pour remédier à la rupture de la coiffe des rotateurs de M. Johnston.

D. *Événements qui ont conduit la Commission à considérer de nouveau la décision de 2009*

[81] Pendant des années, les échanges entre la Commission et M. Johnston ont eu lieu principalement dans le cadre du processus annuel de confirmation du revenu de ce dernier et de recalcul de ses prestations d'invalidité à long terme. Au début de 2016, toutefois, ils ont commencé à échanger davantage sur un certain nombre de questions. Un enjeu prédominant était la contestation par M. Johnston du rejet par la Commission, en 2009, de sa demande d'indemnisation (des prestations d'invalidité à long terme) pour sa lésion à l'épaule.

[82] Au cours d'un appel téléphonique avec M. Lapointe, en janvier 2016, M. Johnston a abordé la chirurgie pratiquée pour remédier à la rupture de la coiffe de ses rotateurs droits, ainsi que l'avis de la D^{re} Fletcher selon lequel l'accident avait rendu cette intervention chirurgicale nécessaire. Dans le journal des événements de la Commission, l'entrée suivante a été consignée par M. Lapointe au sujet de l'appel : [TRADUCTION] « Je l'ai informé que la lésion à l'épaule n'était pas visée par cette demande. Il semblait penser qu'elle l'était, étant donné l'avis de la D^{re} Fletcher. »

[83] En mars 2016, M. Johnston a informé M. Lapointe que [TRADUCTION] « quelqu'un » lui avait dit qu'il aurait dû recevoir une indemnité pour diminution physique permanente. Une telle indemnité est versée à un travailleur blessé qui a subi une diminution physique permanente. Voici l'explication communiquée plus tard à M. Johnston au sujet d'une diminution physique permanente :

[TRADUCTION]

Diminution physique permanente s'entend de la perte irréversible, la perte fonctionnelle ou le dérèglement de toute partie du corps ou de tout système organique imputable à un changement structurel ou physiopathologique identifiable de cette partie du corps ou de ce système organique.

[84] Après avoir vérifié pourquoi on n'avait jamais procédé à une évaluation de la diminution physique permanente, M. Lapointe a informé M. Johnston que des mesures seraient prises en vue d'une telle évaluation. Lors de cette conversation et d'autres conversations ultérieures tenues avec M. Lapointe, M. Johnston a continué de mentionner l'avis de la D^{re} Fletcher selon lequel sa lésion à l'épaule était imputable à l'accident. De son côté, M. Lapointe n'a pas cessé de répéter que tel n'était pas le cas; comme ses notes sur l'événement en attestent, il a clairement indiqué à M. Johnston que l'évaluation prochaine de la diminution physique permanente n'allait [TRADUCTION] « viser que les côtes. »

[85] Solutions de santé canadiennes a procédé à l'évaluation et, en septembre 2016, M. Johnston a été informé que sa diminution physique permanente globale était fixée à 2 % quant à sa lésion aux côtes et à la cage thoracique, de sorte qu'un montant de 842 \$ allait lui être accordé. M. Johnston n'a pas aimé du tout que sa diminution physique permanente soit fixée à seulement 2 %. Exprimant son mécontentement à M. Lapointe, M. Johnston a répété que, de l'avis de la D^{re} Fletcher, la lésion et l'intervention chirurgicale étaient imputables à l'accident. Encore une fois, M. Lapointe a rapporté avoir dit à M. Johnston que la Commission avait déjà déterminé que la lésion à l'épaule n'était pas liée à l'accident.

[86] Après ces échanges, M. Johnston a demandé ce qui suit au regard de ses prestations, avec l'aide, semble-t-il, de divers défenseurs du travailleur :

1. la reconsidération de la décision de 2009 portant que sa lésion à l'épaule n'était pas liée à l'accident, ainsi que la modification corrélative de ses prestations d'invalidité à long terme;
2. la reconsidération de l'évaluation fixant sa diminution physique permanente à 2 %;
3. le recalcul de ses prestations d'invalidité à long terme rétroactivement à 1998, en raison d'une modification du mode de calcul de telles prestations utilisé par la Commission (demande sans lien avec le présent appel tranchée par le Tribunal d'appel en sa faveur – il en est résulté l'octroi rétroactif d'un montant approximatif de 38 000 \$).

E. *Reconsidération de la décision de 2009, reconnaissance du caractère indemnisable de la lésion à l'épaule et processus d'examen des prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston*

[87] Après les conversations qu'il a eues avec M. Lapointe en 2016, M. Johnston a cherché à obtenir des renseignements médicaux supplémentaires sur son épaule. Il a obtenu un rapport à jour de la D^{re} Fletcher, daté du 1^{er} mars 2017, ainsi que de son médecin de famille, la D^{re} Natarajan, qui a indiqué que M. Johnston avait toujours éprouvé de la douleur depuis qu'il en était devenu patient, en 2012.

[88] Après avoir examiné ces renseignements médicaux, parlé à M. Johnston et passé en revue les dossiers de la Commission, M. Lapointe a reconnu que la lésion à l'épaule avait été causée par l'accident. Dans sa lettre à M. Johnston datée du 9 juin 2017, M. Lapointe décrit la question à trancher comme étant celle de savoir si [TRADUCTION] « la rupture de la coiffe des rotateurs de l'épaule droite – et la chirurgie ultérieure – est imputable à [la] lésion indemnisable subie en 1995 ». M. Lapointe déclare avoir notamment pris en compte les rapports établis en 1997 par le Centre de rééducation

de Travail sécuritaire, ceux-ci mentionnant, précise-t-il, que M. Johnston : (1) [TRADUCTION] « dit avoir du mal à faire certains exercices pour le membre supérieur droit »; (2) ressent [TRADUCTION] « une douleur accrue dans la zone thoracique droite lorsqu'il utilise ses membres supérieurs pour des activités, particulièrement son membre supérieur droit »; (3) a des [TRADUCTION] « symptômes accrus lorsqu'il soulève son bras droit ». M. Lapointe a résumé de la façon suivante les raisons pour lesquelles il avait considéré de nouveau la décision de 2009 et reconnu la lésion à l'épaule :

[TRADUCTION]

Après examen de la preuve, je tiens les faits suivants pour avérés :

- **Dès 1997, des problèmes à l'épaule ont été consignés.** Cependant, vous avez confirmé aujourd'hui que vous n'étiez pas certain si la douleur résultait d'une lésion à l'épaule. **J'ai passé en revue les rapports du Centre de rééducation de Travail sécuritaire et j'ai relevé qu'aucune enquête n'avait été menée lorsque vous étiez au Centre.** Peut-être pensait-on que la douleur provenait de la lésion aux côtes?
- On ne faisait pas expressément mention de l'épaule droite dans la formule [67] initiale, ce qui attesterait du contraire, soit que la lésion à l'épaule n'est pas survenue en juillet 1995. *Toutefois*, comme vous me l'avez expliqué, ainsi qu'à vos médecins, vous pensiez que la lésion aux côtes était le problème le plus pressant lorsque vous vous êtes blessé. **J'ai le sentiment que vos souvenirs de la blessure sont authentiques et que vous croviez véritablement que les douleurs à votre membre supérieur droit découlaient de la lésion aux côtes.**
- Après avoir soupesé la preuve susmentionnée, je conclus que la prépondérance de la preuve tend à établir que la lésion à l'épaule droite est *vraisemblablement survenue* du fait et au cours de votre emploi.

CONCLUSION

Je reconnâtrai que votre lésion à l'épaule droite est liée à votre demande et satisfaisait à l'article 7 de la *Loi sur les accidents du travail*. **J'assurerai le suivi d'un examen des prestations actuelles d'invalidité à long terme et de la diminution physique permanente.**

[Les caractères gras, l'italique et le soulignement sont de moi.]

[89] Bien que M. Lapointe n'ait pas décidé si la reconnaissance de la lésion à l'épaule allait entraîner une modification de l'emploi jugé convenable (et des prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston), il a reconnu que la question était toujours en suspens et procédé à l'examen des prestations d'invalidité à long terme et de la diminution physique permanente de M. Johnston.

[90] Quelques jours plus tard, M. Lapointe a informé la Garde côtière (RHDC – Centre de services du secteur du travail) qu'il avait décidé de reconnaître la lésion à l'épaule et qu'en cas de désaccord, elle pouvait interjeter appel. L'employeur n'a pas fait appel de cette décision. Voici les explications données par M. Lapointe :

[TRADUCTION]

À la demande de M. Johnston, j'ai examiné sa demande de reconnaissance de sa lésion à l'épaule droite comme consécutive à une lésion indemnisable subie en 1995. **Il n'était pas d'accord avec ma décision, rendue à l'origine le 29 avril 2009.**

Sur la foi de nouveaux renseignements présentés, j'ai décidé de reconnaître que la lésion à l'épaule droite est liée à l'accident de 1995. Par conséquent, **la lésion à l'épaule droite est désormais indemnisable.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

F. *Nouvelle évaluation de la diminution physique permanente et remboursement des frais rétroactivement à 2009*

[91] Très rapidement, M. Lapointe a fait procéder à une nouvelle évaluation de la diminution physique permanente qui tient compte de la lésion à l'épaule droite de M. Johnston. En août 2017, Solutions de santé canadiennes a conclu que M. Johnston souffrait d'une diminution permanente de 22 % du membre supérieur droit (épaule). Cela correspondait à une diminution physique globale de 9 %. En l'ajoutant à la diminution physique globale fixée précédemment à 2 % pour la lésion au dos et aux côtes, la diminution physique à l'épaule portait à 11 % la diminution physique permanente de M. Johnston. Dans le dossier et la décision du Tribunal d'appel, il est parfois fait état d'une diminution physique permanente de 13 %.

[92] En août 2017, de plus, la Commission a transmis à M. Johnston, en raison de la reconnaissance de la lésion à l'épaule, les formules requises (remplies) pour le remboursement, rétroactivement à 2009, des frais qu'il avait engagés pour ses visites auprès de la D^{re} Fletcher et quelques autres rendez-vous connexes. M. Johnston était aussi convié à présenter toute autre demande de remboursement semblable de frais se rapportant à son épaule.

G. *Examen de l'emploi jugé convenable et des prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston*

[93] Il ne devrait pas être surprenant que, après la reconnaissance accordée à sa lésion à l'épaule, M. Johnston avait l'examen promis très présent à son esprit. De fait, c'était en vue de la modification de ses prestations d'invalidité à long terme que M. Johnston s'était efforcé de faire reconnaître la lésion en 2009 et, de nouveau, en 2016-2017. Toutefois, un fait un peu surprenant, le dossier ne révèle pas quelles mesures la Commission a prises, le cas échéant, pour amorcer l'examen des prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston. Après un retard initial, de nature intentionnelle, l'examen semble avoir été abandonné.

[94] Le 11 juillet 2017, M. Johnston s'est enquis auprès de M. Lapointe de la progression de l'examen. D'après les notes sur l'événement, M. Johnston [TRADUCTION] « a demandé qu'on se penche sur son invalidité à long terme. J'ai dit qu'on allait attendre et voir ce que révélerait l'évaluation de la diminution physique permanente. »

[95] Une fois l'évaluation de la diminution physique permanente achevée, en août 2017, M. Johnston a fait part de ses attentes quant à l'examen. Les notes sur l'événement du 5 septembre 2017 font état de ces attentes, et elles montrent que la Commission savait que M. Johnston espérait que l'examen mènerait à l'octroi rétroactif de prestations d'invalidité à long terme. Au cours d'un appel avec un représentant de la Commission, M. Johnston s'est dit [TRADUCTION] « inquiet et mécontent » sur divers points, notamment sa relation avec M. Lapointe. M. Johnston aurait [TRADUCTION] « donné de nombreux exemples de questions le préoccupant, particulièrement celle de savoir s'il devait s'attendre au versement rétroactif de prestations additionnelles pour perte de gains du fait de la reconnaissance de la lésion à l'épaule d. » (c'est moi qui souligne). D'après les notes consignées sur une conversation qu'il a tenue le même jour avec un autre représentant, M. Johnston [TRADUCTION] « demandait simplement qu'on lui accorde un second souffle » et [TRADUCTION] « a ensuite expliqué que, comme maintenant l'épaule (d) était reconnue comme élément de sa demande, cela pouvait faire une différence quant à sa diminution physique permanente et aux gains estimatifs qu'il est en mesure de tirer ». Il s'agit dans ce dernier cas des gains estimatifs qu'il est en mesure de tirer d'un emploi convenable.

[96] Bien qu'il ne soit pas évident pourquoi l'examen n'a jamais été entrepris, un facteur qui a pu y contribuer est que, plus tard en septembre 2017, M. Lapointe a cessé d'être le coordonnateur de l'invalidité à long terme chargé du dossier de M. Johnston. Cela s'est produit à la demande de M. Johnston. En plus du fait que l'examen était retardé, une autre question – la modification du mode de calcul des prestations d'invalidité à long terme utilisé depuis longtemps par la Commission – avait fait l'objet de discussions tumultueuses entre M. Johnston et M. Lapointe en juillet et août 2017. Un

défenseur du travailleur avait informé M. Johnston que, du fait de cette modification, la Commission avait sous-payé ses prestations d'invalidité à long terme depuis 1998, et qu'il avait droit à un rajustement rétroactif à compter de cette année-là. M. Lapointe a rejeté la demande de calcul rétroactivement à 1998 faite par M. Johnston, et ce dernier a interjeté appel de cette décision devant le Tribunal d'appel. M. Johnston a eu gain de cause à l'audience tenue en novembre 2017. En février 2018, la Commission lui a fait un paiement rétroactif de 25 943,93 \$ au titre des prestations d'invalidité à long terme; elle l'a aussi informé qu'il avait droit à un paiement rétroactif additionnel de 11 719,25 \$ de ces prestations. Lorsque la Commission a procédé au nouveau calcul prescrit par le Tribunal d'appel, elle a découvert une erreur manifeste dans son évaluation quantitative initiale, en 1998, des prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston. Elle avait sous-évalué les gains antérieurs à l'accident de M. Johnston (en n'incluant pas la paie de vacances à laquelle il avait droit) et cette erreur s'était répercutée sur toutes les années ultérieures.

[97] En plus de fournir une explication possible de ce qui aurait pu causer la mise de côté de l'examen, la question portée en appel par M. Johnston, avec succès, met en lumière que celui-ci, en septembre 2017, présentait deux demandes distinctes de paiement rétroactif de prestations d'invalidité à long terme. Les notes sur l'événement de septembre 2017 révèlent ceci : M. Johnston voulait savoir s'il devait s'attendre au [TRADUCTION] « versement rétroactif de prestations additionnelles pour perte de gains du fait de la reconnaissance de la lésion à l'épaule d. » (c'est moi qui souligne).

[98] Quels qu'en aient été les motifs, l'examen des prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston est demeuré en suspens, et la Commission a rendu une décision quant à ces prestations (du fait que la lésion à l'épaule était reconnue indemnisable) seulement après réception, en septembre 2018, de la lettre du défenseur du travailleur. Cette lettre à la Commission était accompagnée de la lettre (du 10 septembre 2018) de la D^{re} Fletcher qui porte sur l'état actuel de l'épaule et des capacités physiques de M. Johnston, et il y était demandé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Veillez consulter la lettre ci-jointe de la D^{re} Fletcher et m'informer s'il y a lieu de prendre en compte son avis sur l'état actuel de l'épaule de M. Johnston en vue de la modification de l'emploi jugé convenable, pour lui, de représentant de commerce en denrées alimentaires.

[99] La Commission soutient que la mention de l'[TRADUCTION] « avis [de la D^{re} Fletcher] sur l'état actuel de l'épaule de M. Johnston » montre que celui-ci demandait à la Commission de modifier l'emploi jugé convenable seulement pour [TRADUCTION] « la période débutant en 2018 », en fonction de ces renseignements médicaux les plus récents. Il n'est pas demandé dans la lettre, ajoute la Commission, de considérer de nouveau la décision de 1998 jugeant [TRADUCTION] « convenable » l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires.

[100] Le dossier ne montre pas clairement comment la Commission a interprété la lettre à l'époque. Cela dit, au moins une personne a cherché à éclaircir si la demande de M. Johnston visait [TRADUCTION] « la détermination courante de l'emploi convenable. » Selon ce qui est consigné dans les notes sur l'événement, le coordonnateur de l'invalidité à long terme a demandé au conseiller médical de la Commission : [TRADUCTION] « À votre avis, comme médecin, serait-il raisonnable d'examiner l'emploi jugé convenable du client au vu de ces renseignements médicaux? » (c'est moi qui souligne). Pour toute réponse, le conseiller médical a demandé : [TRADUCTION] « La détermination courante de l'emploi convenable? » Le dossier ne précise pas quelle réponse à sa question, s'il en est, le conseiller médical a bien pu obtenir.

[101] Quoi qu'il en soit, le conseiller médical a conclu que l'avis de la D^{re} Fletcher n'indiquait pas que les limitations et restrictions de M. Johnston le privaient des capacités requises, selon les notes au dossier, pour l'emploi jugé convenable, en 1998, et qu'un examen n'était pas justifié. La Commission a donc décidé de ne pas modifier l'emploi jugé convenable de M. Johnston. Elle a fourni les explications suivantes dans sa lettre du 24 octobre 2018 au défenseur du travailleur :

[TRADUCTION]

L'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires, de catégorie sédentaire à force légère, est celui jugé convenable pour le client.

Notre conseiller médical a passé en revue les renseignements médicaux présentés. **Encore une fois, les emplois de catégorie sédentaire et force légère ont été jugés convenables. Aucun changement important n'étant relevé,** l'emploi jugé convenable pour M. Johnston ne sera pas modifié.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[102] La D^{re} Fletcher ayant mentionné dans sa lettre de septembre 2018 qu'elle ne savait pas exactement quelles étaient les exigences professionnelles pour l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires, le défenseur du travailleur lui a transmis le profil figurant dans la Classification nationale des professions pour le sous-groupe dont faisait partie cet emploi, et il lui a demandé un avis plus précis. La D^{re} Fletcher a fait parvenir une nouvelle lettre, datée du 14 novembre 2018, qui traitait plus directement de la question de savoir si les limitations physiques de M. Johnston restreignaient sa capacité d'exercer les fonctions de l'emploi. Cette lettre a été communiquée à la Commission.

[103] En avril 2019, avant que la Commission n'ait répondu à la lettre de la D^{re} Fletcher de novembre 2018, M. Johnston a interjeté appel devant le Tribunal d'appel de la décision d'octobre 2018.

[104] Par lettre datée du 8 mai 2019, la Commission a rejeté la demande de M. Johnston et confirmé la décision d'octobre 2018 :

[TRADUCTION]

Encore une fois, les emplois de catégorie sédentaire et force légère ont été jugés convenables. Aucun changement important n'étant relevé, l'emploi jugé convenable pour M. Johnston ne sera pas modifié.

V. Analyse

A. *Le Tribunal d'appel n'était pas inhabile à trancher la demande de M. Johnston visant la modification, rétroactivement à 1998, de l'emploi jugé convenable*

(1) Demande de M. Johnston au Tribunal d'appel

[105] La Commission soutient à tort que M. Johnston a obtenu du Tribunal d'appel tout ce qu'il demandait – la modification pour l'avenir, à compter de 2018, de l'emploi jugé convenable. Comme mes collègues l'ont souligné, ce n'était pas ce que M. Johnston demandait. Il sera utile d'exposer le fondement de cette conclusion.

[106] Le défenseur du travailleur apportant son aide à M. Johnston a demandé au Tribunal d'appel de modifier la décision relative à l'emploi jugé convenable, compte tenu d' [TRADUCTION] « éléments de preuve nouveaux et importants qui n'étaient pas disponibles à l'époque, en 1998 », et d'ordonner à la Commission de [TRADUCTION] « traiter le dossier en conséquence, de manière que M. Johnston touche les prestations d'invalidité à long terme auxquelles il aurait dû avoir droit toutes ces années » (c'est moi qui souligne). Au début de l'audience, le défenseur du travailleur a résumé la thèse de M. Johnston de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Merci Monsieur le Président. Bien, l'appel interjeté aujourd'hui **concerne la question de savoir si la lésion à l'épaule droite et les restrictions médicales relevées par la D^{re} Fletcher constituent ou non un changement important au regard du traitement du présent dossier, particulièrement la manière dont on a déterminé [l']emploi convenable [de M. Johnston] à la fin des années 1990.** Bien sûr, c'est la lésion aux côtes droites de M. Johnston qui a été reconnue à l'origine, mais il a fallu plus de 20 ans pour que sa lésion à la coiffe des rotateurs fasse l'objet d'une enquête et, non sans mal, soit reconnue indemnisable. **Nous estimons donc qu'il s'agit d'un changement important, qui commande l'examen sur le fond de la décision relative à l'emploi convenable.** Cette

obligation incombe à la Commission et, de votre côté, vous avez bien sûr l'obligation de rendre une décision en toute justice et sur le bien-fondé de l'espèce, et ainsi... **Nous réfutons la justesse de la décision portant qu'il s'agissait d'un emploi convenable qui, compte tenu de la lésion indemnisable, ne soumettrait pas M. Johnston à un risque de lésion.** J'aimerais ainsi aborder l'historique de la demande et ses éléments pertinents que je vais résumer, et j'ai tenté... **il y a manifestement un long historique, mais je vais exposer en quoi la décision sur l'emploi jugé convenable était incorrecte, compte tenu du fait qu'il a souffert pendant toute cette période d'une lésion à l'épaule qui n'a été découverte que plus tard.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[107]

Vers la fin de l'audience, le défenseur du travailleur a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

Défenseur du travailleur : Je conclurai simplement en disant que **l'appelant n'a jamais été apte à occuper l'emploi jugé convenable à temps plein sans qu'il n'y ait un risque de préjudice,** et qu'il y a une différence entre le fait pour un travailleur d'occuper de son propre chef un emploi dépassant ses limites physiques, et pour la Commission, usant de son pouvoir, d'en décider pour lui et de dire que le travailleur peut faire le travail sans risque de préjudice, alors que la preuve ne le montre pas, ou que **les autres éléments de preuve au dossier découlant de l'évaluation de la capacité de travail démontrent qu'il existe un risque élevé de préjudice,** tout cela en tenant compte de la découverte beaucoup plus tard de la lésion à l'épaule. **Il s'agit d'éléments de preuve nouveaux et importants qui n'étaient pas disponibles à l'époque, en 1998. Nous demandons donc que la décision de la Commission...**

Président : Est-ce que je peux simplement... C'est bon, allez-y.

Représentant du travailleur : ... **soit infirmée et qu'il soit ordonné à la Commission de traiter le dossier en conséquence, de manière que M. Johnston touche les prestations d'invalidité à long terme auxquelles il aurait dû avoir droit toutes ces années.**

[...]

Je crois qu'ils devraient considérer de nouveau la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable, puisque c'est cela qu'ils auraient alors dû faire lorsqu'elle a été rendue.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[108] Je ne souscris pas à l'argument de la Commission selon lequel, puisque M. Johnston n'avait pas clairement indiqué qu'il sollicitait une modification rétroactive, lorsqu'il répondait aux demandes de confirmation des décisions dont il interjetait appel formulées par le registraire du Tribunal d'appel et le Tribunal d'appel, on peut en inférer qu'il n'avait pas fait et ne faisait pas une telle demande. Après le dépôt de l'appel, le registraire a écrit à M. Johnston afin qu'il confirme qu'il interjetait appel de la [TRADUCTION] « *décision du 24 octobre 2018 confirmée le 8 mai 2019* ». De même, au début de l'audience, le président a demandé aux parties de confirmer que ce dont le Tribunal d'appel était saisi, c'était l'appel fait par M. Johnston de ces décisions. Il n'est pas étonnant que le registraire ou le Tribunal d'appel aient voulu des précisions sur les décisions portées en appel; après tout, le Tribunal a compétence en appel à l'égard de toute « décision » (par. 21(1) 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 sur la Commission et le Tribunal*)). Toutefois, je ne souscris pas à l'assertion selon laquelle on peut maintenant assimiler ces demandes de confirmation à des demandes faites à M. Johnston de cerner plus précisément pour le Tribunal d'appel la mesure réparatoire soit qu'il avait sollicitée de la Commission, soit qu'il sollicitait maintenant du Tribunal d'appel (si l'appel à l'encontre de son refus était couronné de succès). Il ne faut pas en déduire non plus que M. Johnston a sorti de nulle part sa demande de modification rétroactive. La lettre du défenseur du travailleur donnant avis de l'appel de M. Johnston précisait la décision portée en appel et exposait brièvement la thèse voulant que l'emploi jugé convenable, en fait, ne l'avait jamais été :

[TRADUCTION]

Par lettre datée du 24 octobre 2018, on a informé M. Johnston que le conseiller médical [de la Commission] avait passé en revue les renseignements médicaux présentés

et que, comme aucun changement important n'avait été relevé, l'emploi jugé convenable n'allait pas être modifié.

Le 19 septembre 1998, il a été décidé que M. Johnston était apte à occuper un emploi jugé convenable de représentant de commerce en denrées alimentaires (tâches sédentaires à légères).

M. Johnston s'élève contre cette décision et il désire en appeler. **Nous estimons qu'il a été déterminé à tort que le poste de représentant de commerce en denrées alimentaires était un « emploi convenable » pour M. Johnston**, au regard de la définition approfondie énoncée à l'article 1.0 de la politique 21-417.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[109] En résumé, il était demandé au Tribunal d'appel de considérer de nouveau la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable pour M. Johnston et de [TRADUCTION] « traiter le dossier en conséquence, de manière que M. Johnston touche les prestations d'invalidité à long terme auxquelles il aurait dû avoir droit toutes ces années ».

(2) L'assertion de la Commission voulant qu'elle ait été saisie uniquement de la question de la modification pour l'avenir, à compter de 2018, de l'emploi jugé convenable

[110] La thèse subsidiaire de la Commission est que le Tribunal d'appel n'avait pas compétence pour examiner la demande de M. Johnston visant la modification rétroactive de l'emploi jugé convenable puisque la Commission n'en avait jamais été dûment saisie. De l'avis de la Commission, la demande que M. Johnston lui avait présentée (1) ne visait qu'une modification pour l'avenir, à compter de 2018, tel qu'il était énoncé dans la lettre de septembre 2018 du défenseur du travailleur; (2) ne sollicitait pas [TRADUCTION] « dûment », en vertu du par. 22(1) de la *Loi sur la Commission et le Tribunal*, la reconsidération de sa décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable. Mes collègues ont retenu ces arguments.

[111] À mon avis, le dossier n'étaye pas la thèse de la Commission. Cette thèse s'appuie sur une interprétation fautive de la lettre du défenseur du travailleur. De plus, même si la demande de M. Johnston pouvait recevoir une telle interprétation, ce seul fait ne soustrairait pas à la compétence du Tribunal d'appel la demande que M. Johnston lui a présentée.

- a) *Par sa demande, M. Johnston sollicitait la reconsidération, en vertu du par. 22(1) de la Loi sur la Commission et le Tribunal, de la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable*

[112] L'affirmation de la Commission selon laquelle, par sa ou ses demandes, M. Johnston ne l'avait pas dûment conviée à considérer de nouveau, en vertu du par. 22(1) de la *Loi sur la Commission et le Tribunal*, la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable est tout simplement déraisonnable. Il en est ainsi, que l'on prenne en compte la lettre du défenseur du travailleur ou le dossier tout entier. Le paragraphe 22(1) prévoit ce qui suit :

Reconsideration by the Commission

22(1) The Commission may reconsider a decision, order or ruling it previously made or rescind, alter or amend the decision, order or ruling if

(a) the Commission is satisfied that new evidence has become available or has been discovered that is substantial and material to the decision, order or ruling, and the evidence

(i) did not exist at the time of the hearing before the Commission, or

(ii) did exist at that time but was not

Reconsidération de la Commission

22(1) La Commission peut considérer de nouveau toute décision ou ordonnance qu'elle a rendue antérieurement ou annuler, changer ou modifier cette décision ou cette ordonnance, lorsque sont réunies les conditions suivantes :

a) elle est convaincue que de nouveaux éléments de preuve sont maintenant disponibles ou ont été découverts et ces éléments sont importants ou pertinents à la décision ou à l'ordonnance et, selon le cas :

(i) n'existaient pas au moment où la Commission a tenu l'audience,

(ii) existaient à ce moment-là mais

discovered and could not through the exercise of reasonable diligence have been discovered, and

n'avaient pas été découverts et n'auraient pu l'être par l'exercice d'une diligence raisonnable;

(b) the Appeals Tribunal has not issued a written decision on the matter.

b) le Tribunal d'appel n'a pas rendu de décision écrite sur la question.

[113] Le fondement de la demande initiale de M. Johnston visant la modification de l'emploi jugé convenable était, sur les plans factuel et temporel, que la découverte de la lésion à l'épaule, en 2009, constituait un fait nouveau et important (inconnu lorsque la décision relative à l'emploi jugé convenable a été rendue en 1998) qui était pertinent quant à la décision. Il est difficile de concevoir comment cette demande pourrait ne pas constituer, ou être considérée ne pas constituer, une demande visant à faire « annuler, changer ou modifier » une « décision ou ordonnance » antérieure (aux termes du par. 22(1)), et ce, que M. Johnston ait sollicité une modification rétroactive ou pour l'avenir. Cela est particulièrement vrai du fait que la décision relative à l'emploi jugé convenable continue de s'appliquer indéfiniment et est une composante du nouveau calcul effectué par la Commission, chaque année, des prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston. On peut en dire autant à la fois de la demande faite par M. Johnston, dans le cadre de sa demande de 2016-2017, visant la modification de la décision de 2009 de la Commission, et de la lettre du défendeur du travailleur de septembre 2018.

[114] Rien n'indique que les demandes de M. Johnston aient été une source de confusion pour la Commission, avant que l'affaire ne parvienne devant notre Cour, parce que le par. 22(1) n'y était pas [TRADUCTION] « plaidé » expressément. Il n'y avait aucune confusion quant à sa demande de modification de la décision de 2009 concernant sa lésion à l'épaule; la Commission a reconnu qu'il s'agissait d'une reconsidération. Pour ce qui est de la lettre du défendeur du travailleur, la Commission reconnaît que M. Johnston a demandé une modification de l'emploi jugé convenable (quant à l'avenir cependant) compte tenu de nouveaux renseignements médicaux et que, dans sa ou ses décisions maintenant portées en appel, elle a rejeté cette demande parce que les [TRADUCTION] « nouveaux » renseignements médicaux ne démontraient pas

l'existence d'un changement important au titre des [TRADUCTION] « emplois de catégorie sédentaire et force légère [...] jugés convenables » en 1998. Comme on pourrait s'y attendre, la demande de modification a été évaluée au regard de la décision de 1998.

[115] À mon avis, dans toutes ses demandes de modification de l'emploi jugé convenable, M. Johnston conviait indubitablement la Commission à « annuler, changer ou modifier » – en mettant de côté pour l'instant la question de savoir si une modification rétroactive (une modification prenant effet avant la date de la demande) était sollicitée – la décision de 1998 le jugeant apte à occuper un emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires. La demande de M. Johnston faisait manifestement intervenir le par. 22(1), et la Commission a réagi en conséquence lorsqu'elle a décidé que la preuve ne justifiait pas une telle modification. Bien que la question n'ait pas été soulevée devant nous, la Commission est aussi habilitée à « procéder à un nouvel examen, une nouvelle audition, une nouvelle détermination, une révision ou une rectification de toute réclamation, toute décision ou tout règlement, soit parce qu'une lésion s'est révélée plus grave qu'on l'a jugée être, soit parce qu'un changement s'est produit » (art. 46 de la *Loi sur les accidents du travail*).

[116] Fait significatif, devant le Tribunal d'appel, la Commission a contesté l'appel de M. Johnston au motif qu'il avait sollicité une reconsidération en vertu du par. 22(1); elle a expressément fait valoir que les « nouveaux éléments de preuve » présentés par M. Johnston ne satisfaisaient pas aux exigences de ce paragraphe. Il est déraisonnable, à tout le moins, de soutenir maintenant devant notre Cour que la question dont la Commission était saisie en 2018 ne faisait pas intervenir le par. 22(1). Lorsque le Tribunal d'appel a déclaré M. Johnston inapte à occuper l'emploi jugé convenable et a enjoint à la Commission de le soumettre à une évaluation (afin de déterminer ses restrictions et limitations de travail et l'autre ou les autres emplois qu'il pourrait être jugé apte à occuper), il a exercé le pouvoir imparti à la Commission de considérer de nouveau la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable, pouvoir prévu au par. 22(1), et il a rendu la décision que la Commission aurait pu ou aurait dû rendre en annulant, changeant ou modifiant la décision de 1998, tout au moins à compter de novembre 2018.

[117] Il faut se rappeler, finalement, qu'en sollicitant la reconsidération de la décision de 2009 de la Commission, M. Johnston avait présenté de nouveau en même temps sa demande restée précédemment sans réponse visant la modification de l'emploi jugé convenable. La Commission a annulé cette décision, a reconnu la lésion à l'épaule indemnisable et s'est penchée sur les prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston, cela traduisant en soi un engagement à considérer de nouveau la décision de 1998 compte tenu de la découverte de nouveaux éléments de preuve (la lésion à l'épaule). Il est difficile de ne pas considérer cela comme la reconnaissance par la Commission, en juin 2017, du fait que la demande de M. Johnston faisait intervenir le par. 22(1).

[118] Essentiellement, la thèse de la Commission est que la reconsidération rétroactive de la décision de 1998 n'était pas sollicitée dans la lettre de septembre 2018; il y était seulement demandé une reconsidération pour l'avenir, à compter de 2018.

b) *La question dont la Commission était saisie n'était pas restreinte par la lettre de septembre 2018 à la seule modification pour l'avenir, à compter de 2018, de l'emploi jugé convenable*

[119] Comme il a été mentionné, la Commission soutient qu'elle était saisie uniquement de la question de savoir si une modification pour l'avenir était justifiée, pour [TRADUCTION] « la période débutant en 2018 », en raison de [TRADUCTION] « l'aggravation » de la lésion à l'épaule de M. Johnston. L'argument se fonde entièrement sur l'interprétation de la lettre en tant que demande distincte et indépendante de modification pour l'avenir, sans lien avec la ou les demandes antérieures de modification par M. Johnston et sans égard au contexte. Selon la Commission, de fait, il faudrait considérer la lettre comme la [TRADUCTION] « plaidoirie » de M. Johnston et l'interpréter strictement pour ce qui est de la réparation qui y est sollicitée. La lettre ne précise pas quelle réparation est demandée dans le cas où la Commission conviendrait que la preuve démontre que l'emploi jugé convenable n'est pas ou n'était pas, en réalité, convenable. L'argument voulant qu'une modification pour l'avenir, à compter de 2018, ait été sollicitée dans la lettre découle du fait qu'on y demande si l'[TRADUCTION]

« avis [de la D^{re} Fletcher] sur l'état actuel de l'épaule de M. Johnston serait considéré modifier l'emploi jugé convenable ».

[120] Lorsqu'on se penche sur l'interprétation de la lettre par la Commission et sur l'importance de la lettre quant aux questions dont la Commission était saisie, il est essentiel d'examiner le contexte, et notamment, à mon avis, la demande antérieure et toujours en suspens faite par M. Johnston visant la modification rétroactive.

[121] Les premiers éléments du contexte sont la découverte de la lésion à l'épaule et les efforts consentis par M. Johnston pour faire reconnaître que cette lésion était liée à l'accident. La Commission savait que cette démarche n'était pas faite dans l'abstrait ni ne constituait une fin en soi. En 2009, M. Johnston a sollicité la modification de ses prestations d'invalidité à long terme en même temps qu'il demandait la reconnaissance de la lésion. Cela est reconnu dans la lettre de 2009 de M. Lapointe qui précisait à la fois que la lésion à l'épaule n'avait pas été causée par l'accident et que M. Johnston n'avait donc pas droit à des [TRADUCTION] « indemnités d'accident du travail. »

[122] Après l'intervention chirurgicale pratiquée à l'épaule en 2014, M. Johnston a présenté les mêmes demandes. Cette fois, il sollicitait la reconsidération de la décision de 2009 ainsi que la modification de ses prestations d'invalidité à long terme. Encore une fois, le lien entre ces demandes a été reconnu. Dans sa lettre de juin 2017, M. Lapointe a fait savoir qu'il reconnaissait la lésion à l'épaule et qu'il procéderait à l'examen des prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston :

[TRADUCTION]

Je reconnaîtrai que votre lésion à l'épaule droite est liée à votre demande et satisfaisait à l'article 7 de la *Loi sur les accidents du travail*. **J'assurerai le suivi d'un examen des prestations actuelles d'invalidité à long terme et de la diminution physique permanente.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[123] À la mi-juin 2017, il semblait que la balle était manifestement dans le camp de la Commission quant à l'examen, et des mesures ont été prises en vue d'une nouvelle évaluation de la diminution physique permanente. Comme il a été mentionné, toutefois, M. Lapointe attendait que l'évaluation de la diminution physique permanente soit réalisée avant de procéder à l'examen des prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston. Les raisons pour lesquelles il a attendu ne ressortent pas du dossier. Peut-être M. Lapointe croyait-il utile de savoir si la diminution physique attribuable à la lésion à l'épaule était plus importante que celle attribuable aux lésions connues lors de la détermination de l'emploi jugé convenable. En septembre 2017, quoi qu'il en soit, la Commission savait que la diminution physique associée à la lésion à l'épaule était beaucoup plus importante que celle associée à la lésion aux côtes et à la cage thoracique.

[124] Bien que M. Lapointe ne soit plus intervenu directement auprès de M. Johnston après septembre 2017, les dossiers de la Commission révèlent que, hormis M. Lapointe, l'on savait que M. Johnston espérait que l'examen établisse son droit à une attribution rétroactive de prestations d'invalidité à long terme. Cela n'aurait pas dû surprendre, puisque la demande de prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston était liée à sa demande de reconsidération de la décision de 2009, et qu'il était naturel qu'il s'attende à ce que, dans le cadre de l'examen, on envisage une modification tout au moins à compter de la décision de 2009 annulée par la Commission. Comme les notes sur l'événement du 5 septembre 2017 le révèlent, M. Johnston a dit qu'il se préoccupait [TRADUCTION] « particulièrement [de la question] de savoir s'il devait s'attendre au versement rétroactif de prestations additionnelles pour perte de gains du fait de la reconnaissance de la lésion à l'épaule d. » et que, [TRADUCTION] « comme maintenant l'épaule (d.) était reconnue comme élément de sa demande, cela pouvait faire une différence quant [aux] gains estimatifs qu'il [était] en mesure de tirer d'un emploi convenable ». Ce n'était un secret pour personne que l'obtention par M. Johnston d'une augmentation rétroactive de ses prestations d'invalidité à long terme dépendait d'une réduction des gains estimatifs qu'il était en mesure de tirer d'un emploi convenable, réduction opérée par suite d'une modification de l'emploi jugé convenable.

[125] Compte tenu du dossier de preuve qui a mené la Commission à reconnaître que la lésion à l'épaule était indemnisable et de la nouvelle évaluation de la diminution physique permanente, on peut comprendre que M. Johnston ait cru que la Commission disposait d'assez d'information pour entreprendre l'examen en faisant réaliser une nouvelle évaluation de ses restrictions de travail (une évaluation de la capacité de travail) et de son aptitude à exercer les fonctions de l'emploi jugé convenable – comme le Tribunal d'appel l'a ordonné par la suite –, et une évaluation de son état avant et après la chirurgie pratiquée à l'épaule en 2014.

[126] À l'automne 2017, toutefois, M. Johnston a présenté au Tribunal une demande distincte visant un nouveau calcul rétroactif de ses prestations d'invalidité à long terme, et la Commission n'a rendu une décision sur l'emploi jugé convenable tenant compte de la lésion à l'épaule qu'après avoir reçu la lettre de septembre 2018 du défenseur du travailleur.

[127] Rien au dossier n'indique comment la Commission a interprété la lettre à l'époque, si ce n'est la mention du fait, dans les notes sur l'événement, que [TRADUCTION] « l'équipe » avait relevé [TRADUCTION] « la mise en cause de l'emploi jugé convenable [par M. Johnston] et son désir d'une réduction ». Compte tenu de l'historique du dossier, ainsi que du manque de clarté de la lettre elle-même, il est difficile d'imaginer que la réaction la plus immédiate et manifeste de la Commission ait été autre chose que de demander : [TRADUCTION] « [À] compter de quand souhaitez-vous la modification de l'emploi jugé convenable? » Comme il a été mentionné, la seule réponse, ou question, essentiellement, du conseiller médical de la Commission, quand un membre de [TRADUCTION] « l'équipe » lui a demandé : [TRADUCTION] « À votre avis, comme médecin, serait-il raisonnable d'examiner l'emploi jugé convenable du client au vu de ces renseignements médicaux? », était la suivante : [TRADUCTION] « La détermination courante de l'emploi convenable? »

[128] La Commission ne donne pas à entendre qu'elle ait cherché à obtenir des précisions de la part de M. Johnston. Il se pourrait que ce que M. Johnston demandait,

que ce soit rétroactivement ou pour l'avenir, n'ait pas eu d'importance pour la Commission, comme elle n'ait que la lésion à l'épaule justifiait une modification de l'emploi jugé convenable.

[129] Il se peut que la lettre ait été considérée comme une demande initiale de M. Johnston, sans lien avec tout ce qui avait précédé. Toutefois, bien que le membre du personnel chargé du cas de M. Johnston n'ait plus été le même, une étude sommaire du dossier offrait un contexte plus que suffisant pour ne pas considérer la lettre comme n'ayant aucun lien avec les efforts consentis antérieurement par M. Johnston pour faire reconnaître sa lésion à l'épaule et augmenter ses prestations d'invalidité à long terme. À l'époque, d'ailleurs, la demande antérieure de M. Johnston visant la modification de l'emploi jugé convenable était toujours en suspens, la Commission n'y ayant donné suite que partiellement en entreprenant l'examen de ses prestations d'invalidité à long terme.

[130] Rien ne laisse croire qu'on ait dit à M. Johnston, à l'époque ni à tout autre moment entre 2009 et 2018, que, même si sa lésion à l'épaule le rendait inapte à exercer l'emploi jugé convenable, il n'obtiendrait pas, ou vraisemblablement pas, une modification rétroactive pour quelque raison que ce soit. Il ne ressort du dossier aucune raison évidente pour laquelle M. Johnston aurait compris que l'élément rétroactif de sa demande pouvait poser problème, surtout du fait que, seulement six mois plus tôt, la Commission avait fait un nouveau calcul rétroactif de ses prestations d'invalidité à long terme et lui avait versé quelque 38 000 \$. Devant nous, de fait, la Commission soutient que le rejet de l'appel ne causerait aucun préjudice à M. Johnston, celui-ci pouvant toujours demander la reconsidération rétroactive de la décision de 1998.

[131] De plus, sauf pour la lettre, rien ne laisse croire que M. Johnston n'avait pas demandé la modification rétroactive de l'emploi jugé convenable, et le dossier révèle qu'il a bien fait une telle demande. Comme M. Johnston le fait valoir, puisque sa demande découle de la découverte de la lésion à l'épaule (qui était inconnue lorsque l'emploi jugé convenable a été déterminé en 1998), il relève du simple bon sens qu'il sollicitait la modification rétroactive de l'emploi jugé convenable.

[132] En considérant la lettre de septembre 2018 du défenseur du travailleur comme une demande indépendante de modification, la Commission fait abstraction de tout ce qui a précédé, notamment la demande en suspens de M. Johnston concernant cette question même et l'engagement pris mais non rempli d'effectuer un examen de l'emploi jugé convenable compte tenu de la lésion à l'épaule. À mon avis, cela a conduit la Commission non seulement à analyser chaque mot de la lettre de manière trop littérale et restrictive, mais aussi à l'interpréter uniquement, de façon déraisonnable, comme une demande de réparation pour l'avenir.

[133] À première vue, la lettre n'indique pas clairement quelle réparation est sollicitée dans le cas où la Commission conviendrait qu'en raison de la lésion à l'épaule, l'emploi jugé convenable, en fait, ne l'était pas. Si l'on tient compte du contexte, il est manifeste que la lettre n'est pas suffisamment claire pour recevoir l'interprétation que la Commission veut maintenant lui donner; l'argument de la Commission demande d'interpréter la lettre comme dénotant l'intention de M. Johnston de reformuler sa ou ses demandes antérieures et d'abandonner la revendication d'une modification rétroactive qu'il présentait sur le fondement d'une lésion à l'épaule non diagnostiquée.

[134] Rien de tout cela n'étaye la simple assertion de la Commission voulant que, dans la lettre, on sollicite uniquement une modification [TRADUCTION] « compte tenu du changement de situation occasionné par l'aggravation [en 2018] des symptômes à l'épaule [de M. Johnston] ».

[135] Pour ces motifs, je ne puis convenir que la Commission a démontré avoir été uniquement saisie d'une demande de modification ou de réparation pour l'avenir. Si la Commission avait admis, ce qu'elle n'a pas fait, que la lésion à l'épaule rendait M. Johnston inapte à exercer l'emploi jugé convenable, elle en aurait décidé à compter d'une certaine date, en fonction de la preuve, puis, peut-on présumer, elle se serait dûment acquittée de son obligation d'origine législative de fixer comme il se doit l'indemnité à payer à partir de cette date.

[136] Je rejette donc l'argument selon lequel la demande de M. Johnston à la Commission rendait le Tribunal d'appel inhabile à traiter sa demande de modification, rétroactivement à 1998, de l'emploi jugé convenable.

(3) La lettre de septembre 2018 ne rend pas le Tribunal inhabile à trancher la demande que M. Johnston lui a présentée

[137] Même si je ne rejetais pas l'assertion de fait de la Commission selon laquelle M. Johnston avait présenté une demande de modification pour l'avenir qui délimitait la question dont elle était saisie, je conclurais néanmoins que le Tribunal d'appel n'était pas inhabile à trancher sa demande de modification rétroactive de l'emploi jugé convenable.

[138] Aux termes du par. 21(3) de la *Loi sur la Commission et le Tribunal*, le Tribunal a compétence pour « instruire, entendre et trancher toutes les affaires et questions qui touchent [...] un travailleur [...] soulevées au cours d'un appel dont il est saisi en vertu du paragraphe (1) ». Le paragraphe 21(1) confère le droit d'interjeter appel de toute « décision » rendue par un dirigeant de la Commission.

[139] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la Commission et le Tribunal* sont les suivantes :

21(3) Despite any other provision of this Act, the *Workers' Compensation Act* and the *Occupational Health and Safety Act*, but subject to subsections 21(9) and (9.1) of this Act, **the Appeals Tribunal shall have all of the authority conferred on the Commission** under this Act, the *Workers' Compensation Act* and the *Occupational Health and Safety Act* **to examine into, hear and determine all matters affecting an employer, a worker or a dependent that arise in any appeal** to it under subsection (1).

21(3) Par dérogation à toute autre disposition de la présente loi, de la *Loi sur les accidents du travail* et de la *Loi sur l'hygiène et la sécurité au travail*, mais sous réserve des paragraphes 21(9) et (9.1) de la présente loi, **le Tribunal d'appel jouit de tous les pouvoirs que la présente loi, la Loi sur les accidents du travail et la Loi sur l'hygiène et la sécurité au travail confèrent à la Commission pour instruire, entendre et trancher toutes les affaires et questions qui touchent un employeur, un travailleur ou une personne à charge soulevées au**

cours d'un appel dont il est saisi en vertu du paragraphe (1).

21(9) In an appeal, the Appeals Tribunal shall

- (a) **make its decision on a case-by-case basis based on the real merits and justice of the particular case,**
- (b) apply a policy approved by the Commission that is applicable in the case, and
- (c) not be bound to follow precedent.
[Emphasis added.]

21(9) Dans le cadre d'un appel, le Tribunal d'appel :

- a) **rend sa décision au cas par cas en toute justice et sur le bien-fondé de l'espèce;**
- b) est lié par les politiques qu'a approuvées la Commission et qui sont applicables en l'espèce;
- c) n'est pas tenu de suivre les précédents.
[Les caractères gras sont de moi.]

[140] Un appel interjeté devant le Tribunal d'appel n'est pas un appel conventionnel, en ce sens que, pour avoir gain de cause, il faudrait établir que la décision portée en appel est entachée d'erreur. Le Tribunal d'appel tient une audience *de novo* et il peut entendre des éléments de preuve nouveaux ou additionnels dont la Commission ne disposait pas au moment de rendre la décision frappée d'appel (voir *Keddy c. Workplace Health, Safety and Compensation Commission, Region 3 Hospital Corporation and Anne Brown*, 2002 NBCA 24, 247 R.N.-B. (2^e) 284, par. 34; *D.W. c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail et Via Rail Canada Inc.*, 2005 NBCA 70, 288 R.N.-B. (2^e) 26, par. 21; *Tribunal d'appel des accidents au travail c. Province du Nouveau-Brunswick et Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2019 NBCA 77, [2020] A.N.-B. n^o 20 (QL), par. 42; voir aussi Douglas G. Gilbert et L.A. Liversidge, *Workers' Compensation in Ontario*, 3^e éd. (Aurora : Canada Law Book Inc., 2001), p. 178 à 180). Un libellé très large est utilisé pour l'octroi du pouvoir d'entendre et de trancher toutes les affaires et questions soulevées dans un appel. Cela concorde avec divers textes législatifs qui prévoient la tenue d'audiences *de novo* dans le cadre desquelles un dossier de preuve éventuellement différent de celui existant lorsque la décision dont appel a été rendue peut donner lieu à des questions différentes de celles qui en découlent. La portée de ce pouvoir est aussi confortée par le pouvoir conféré au Tribunal d'appel d'« instruire » toutes les affaires et questions soulevées au cours d'un appel. Cela dit, les questions distinctes non

soulevées dans la « décision » dont appel ne relèvent pas du pouvoir conféré par le par. 21(3) : *Higgins c. Workplace Health, Safety and Compensation Commission (N.B.)* (1997), 186 R.N.-B. (2^e) 221, [1997] A.N.-B. n^o 42 (QL).

[141] Ce n'est pas une coïncidence si l'intention du législateur, d'un côté, de doter le Tribunal d'appel du pouvoir requis pour trancher et régler concrètement et efficacement « toutes les affaires et questions qui touchent » un travailleur, un employeur ou une personne à charge soulevées au cours de l'appel d'une décision s'accorde avec son intention, d'un autre côté, d'astreindre le Tribunal d'appel à rendre sa décision « au cas par cas en toute justice et sur le bien-fondé de l'espèce ». Le défaut du Tribunal d'appel de respecter ce mandat en rendant sa décision constitue une erreur de droit. L'importance de cette obligation législative a été reconnue dans l'arrêt *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, dans lequel le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) a donné les explications suivantes quant à la norme de contrôle applicable aux appels de décisions du Tribunal d'appel :

En somme, **dès lors qu'il est établi qu'une erreur de fait a contribué à l'acceptation ou au rejet d'un appel au Tribunal d'appel, on ne saurait dire que l'issue a découlé d'un exercice de compétence conforme à la loi, c'est-à-dire que cette compétence aurait été exercée strictement sur le fond**, d'où l'émergence d'une erreur susceptible d'appel sous le régime du par. 21(12) de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail* [...]. La question de savoir si l'erreur de fait qui vicie la décision constitue une erreur de droit ou une erreur de compétence est une question qui a tout au plus un intérêt théorique : ce qui importe, c'est que l'erreur ouvre la voie à l'intervention de la Cour d'appel en vertu du par. 21(12). [par. 28]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[142] L'argument de la Commission selon lequel le Tribunal d'appel ne pouvait connaître de la demande de modification rétroactive de M. Johnston ne se fonde pas sur ces dispositions. Son fondement consiste plutôt à considérer la lettre du défenseur du

travailleur comme la plaidoirie de M. Johnston, et l'appel de ce dernier devant le Tribunal d'appel comme un appel conventionnel, semblable à un appel habituel devant notre Cour. Les précédents concernant les appels de décisions de la Cour du Banc de la Reine se distinguent de la présente espèce.

[143] Le Tribunal était investi du pouvoir d'« instruire, entendre et trancher toutes les affaires et questions [...] soulevées au cours » de l'appel interjeté par M. Johnston à l'encontre de la décision de la Commission de refuser de modifier l'emploi jugé convenable. À mon avis, une fois qu'il a été décidé que M. Johnston était inapte à exercer l'emploi jugé convenable, le Tribunal d'appel pouvait, dans l'exercice de son pouvoir d'annuler, de changer ou de modifier cette décision, procéder à cette modification rétroactivement à 1998 – si la preuve le permettait –, tel que M. Johnston le demandait.

[144] Même si l'on pouvait interpréter la lettre du défenseur du travailleur comme une demande faite à la Commission de ne modifier l'emploi jugé convenable que pour l'avenir, la demande de modification rétroactive présentée par M. Johnston au Tribunal d'appel constitue malgré tout, pour l'application du par. 21(3), une affaire soulevée au cours de son appel à l'encontre du refus de la Commission d'effectuer toute modification. De plus, même sur le plan de [TRADUCTION] « l'équité », la demande de M. Johnston au Tribunal d'appel ne s'écarte pas de la question tranchée par la Commission au point d'échapper à la compétence du Tribunal d'appel ou au point qu'il soit inopportun par ailleurs d'en connaître. Cela est particulièrement vrai si l'on tient compte des demandes de modification rétroactive faites précédemment par M. Johnston. Bien que l'argument n'ait été présenté ni devant le Tribunal d'appel ni devant notre Cour, la thèse implicite de la Commission est que le Tribunal d'appel ne pouvait pas décider si M. Johnston était inapte à exercer l'emploi jugé convenable avant 2018, ou que, subsidiairement, si le Tribunal d'appel rendait une telle décision, il ne pouvait pas déterminer les prestations auxquelles M. Johnston avait droit sous le régime de la loi par suite de cette décision (ni enjoindre à la Commission de le faire). Cette thèse ne s'accorde pas avec une interprétation libérale des par. 21(3) et (9), ni avec le pouvoir du Tribunal

d'appel de trancher toutes les affaires et questions soulevées par la décision dont appel, en toute justice et sur le bien-fondé de l'espèce. Si le Tribunal d'appel peut recevoir des éléments de preuve nouveaux ou additionnels dans l'exercice du mandat que lui confère la loi, il y a peu de doute qu'il dispose du pouvoir de se prononcer sur la réparation sollicitée en l'espèce.

[145] Ce serait autre chose si la demande de M. Johnston au Tribunal d'appel n'avait pas été soulevée par la décision frappée d'appel. Si les autres parties avaient été prises par surprise par cette demande, elles auraient pu solliciter un ajournement. Elles ne l'ont pas fait et elles ont abordé la thèse de M. Johnston dans leur mémoire présenté au Tribunal d'appel, notamment son argument selon lequel l'emploi jugé convenable n'avait jamais été un « emploi convenable » et sa demande de modification rétroactive de cet emploi, présentée pour la première fois lorsque le diagnostic de lésion à l'épaule avait été établi en 2009.

B. *Le Tribunal d'appel a omis erronément de trancher la demande de M. Johnston visant la modification, rétroactivement à 1998, de l'emploi jugé convenable*

[146] La norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal d'appel a récemment été résumée dans l'arrêt *Longphee c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2020 NBCA 45, [2020] A.N.-B. n° 157 (QL) :

Quoique la *Loi* ne prévoit pas expressément le contrôle judiciaire, par une cour d'appel, des décisions qui soulèvent des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit, la jurisprudence de notre Cour reconnaît que de telles questions peuvent néanmoins être soulevées dans le cadre d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision du Tribunal d'appel. [...]

À notre avis, l'arrêt *Vavilov* ne modifie pas fondamentalement la démarche suivie par notre Cour lorsqu'elle aborde les appels interjetés contre les décisions du Tribunal d'appel, démarche qui a été énoncée dans

l'arrêt *VSL*. Comme l'a expliqué le juge en chef Drapeau, **on ne saurait dire d'une décision qui résulte d'une erreur de fait (ou d'une erreur mixte de droit et de fait) manifeste et dominante qu'elle a été prise en « juge[ant] strictement au fond [du] cas », comme l'exige la loi.** *Vavilov* nous donne tout simplement une occasion de normaliser le langage à employer dans les contrôles judiciaires d'appels interjetés à l'encontre de décisions du Tribunal d'appel. Les termes comme erreur importante et déraisonnabilité ne s'appliquent plus à ce genre d'affaires. **Les décisions du Tribunal d'appel qui soulèvent des questions de droit ou de compétence doivent être examinées par la Cour d'appel selon la norme de la décision correcte, tandis que les décisions qui soulèvent des questions de fait ou des questions mixtes de droit et de fait où aucune question de droit n'est facilement isolable seront examinées selon la norme de l'erreur manifeste et dominante pour que l'on puisse déterminer si la décision a été prise en « juge[ant] strictement au fond [du] cas »,** [par. 17 et 18]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[147] La Commission et M. Johnston interprètent différemment ce qui a été décidé par le Tribunal d'appel. Cela ajoute un aspect inhabituel, au fond de l'appel de M. Johnston.

[148] Quelle que soit l'interprétation, cependant, j'estime que la décision du Tribunal d'appel est entachée d'une erreur qui justifie son infirmation. Toutefois, pour trancher l'appel comme il se doit, il faut aussi déterminer si l'on doit considérer que le Tribunal d'appel (1) soit a modifié à compter de novembre 2018 la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable, (2) soit a annulé cette décision rétroactivement à 1998.

[149] En accueillant l'appel de M. Johnston, le Tribunal d'appel a ordonné ce qui suit :

[TRADUCTION]

Pour les motifs qui précèdent, l'appel est accueilli. J'enjoins à la Commission de procéder à une nouvelle

évaluation de la capacité de travail et à une nouvelle évaluation des aptitudes professionnelles de l'appelant. Dans l'intervalle, j'enjoins à la Commission de verser à l'appelant, rétroactivement au 14 novembre 2018, des prestations ordinaires pour perte de gains. J'enjoins de plus à la Commission de traiter le dossier en conséquence.

[150] Comme il a été mentionné, la Commission soutient que le Tribunal d'appel n'a pas examiné ni tranché la demande de M. Johnston visant la modification, rétroactivement à 1998, de l'emploi jugé convenable; d'après la Commission, le Tribunal d'appel a seulement tranché sa demande de modification pour l'avenir, à compter de 2018. Mes collègues ont retenu cette interprétation.

[151] Selon la thèse de M. Johnston, fondée sur une interprétation différente, le Tribunal d'appel a tranché favorablement sa demande d'annulation de la décision de 1998; cependant, tel qu'il a été mentionné, M. Johnston soutient que le Tribunal d'appel a commis une erreur en ordonnant que ses prestations d'invalidité à long terme soient modifiées uniquement à compter du 14 novembre 2018. La prémisse de cette thèse est que le Tribunal d'appel a retenu l'argument de M. Johnston selon lequel l'emploi jugé convenable n'avait jamais été « convenable », non seulement en raison de sa lésion non diagnostiquée à l'épaule, mais aussi parce que la Commission n'avait pas déterminé correctement l'emploi jugé convenable en 1998, en conformité avec la *Loi*. Le Tribunal d'appel déclare ceci dans sa décision :

[TRADUCTION]

La détermination de l'emploi jugé convenable pour [M. Johnston] n'était pas étayée par une évaluation objective et fondée sur des preuves de son aptitude à satisfaire aux exigences physiques de l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires. La Commission a plutôt utilisé, comme mesure de référence de ses aptitudes réelles, son désir exprimé de lancer une entreprise semblable. À mon avis, **cela n'est conforme ni au paragraphe 42.1(1) de la Loi sur les accidents du travail (la Loi), ni à la politique 21-417 de la Commission – Définition d'un emploi convenable – où l'accent est mis sur ce que le travailleur est capable**

d'accomplir en toute sécurité, sur la foi des renseignements médicaux.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[152] Dans le même ordre d'idées, M. Johnston souligne que le Tribunal d'appel [TRADUCTION] « dout[ait] que [M. Johnston] ait pu atteindre le niveau de force musculaire requis d'un représentant de commerce en denrées alimentaires » au moment de la détermination de l'emploi jugé convenable. En résumé, le fondement de la thèse de M. Johnston est que le Tribunal d'appel aurait, en 1998, accueilli sa demande d'[TRADUCTION] « infirmation », rétroactivement à 1998, de la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable.

[153] Les interprétations différentes avancées par la Commission et M. Johnston pourraient ne pas être les seules possibles. Chacune pourrait comporter des variantes.

[154] Même s'il se peut, comme la Commission le soutient, que le Tribunal d'appel n'ait pas rendu une ordonnance s'appliquant avant novembre 2018, il a pu le faire pour une raison différente. Le Tribunal d'appel a pu, en tranchant la demande de M. Johnston visant l'annulation rétroactive de la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable, rejeter son argument selon lequel, du fait de ses lésions, notamment celle à l'épaule, il n'avait jamais été apte à exercer l'emploi jugé convenable. Bien que le Tribunal d'appel n'ait pas déclaré qu'il rejetait cet argument, cela pourrait être déduit, vraisemblablement, de sa conclusion suivante :

[TRADUCTION]

C'est l'avis de la D^{re} Fletcher, chirurgienne orthopédiste, qui me convainc que ce n'était pas un emploi convenable, du moins à compter du 14 novembre 2018. Il s'agit de la date du deuxième avis de la D^{re} Fletcher, qui a tenu compte des exigences physiques de l'emploi. D'après la D^{re} Fletcher, l'appelant peut exercer uniquement un [TRADUCTION] « emploi de type sédentaire ».

[155] Par ailleurs, même si le Tribunal a annulé rétroactivement la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable, comme M. Johnston le soutient, sa décision

pouvait être de plus large portée. Il serait possible d'interpréter son ordonnance comme prescrivant de réévaluer les prestations d'invalidité à long terme de M. Johnston à compter de 1998, une fois les évaluations achevées et une fois établis les gains estimatifs qu'il devait être en mesure de tirer d'un emploi convenable (en fonction d'un autre emploi « convenable »), le cas échéant. Dans un tel cas, M. Johnston aurait obtenu ce qu'il sollicitait – que le Tribunal d'appel ordonne [TRADUCTION] « que la décision [de 1998] soit infirmée et qu'il soit ordonné à la Commission de traiter le dossier en conséquence ». Dans ce cas, la date de la lettre de la D^{re} Fletcher aurait de l'importance uniquement pour les besoins de l'ordonnance du Tribunal d'appel enjoignant à la Commission de verser, provisoirement, des prestations [TRADUCTION] « ordinaires ». Comme l'interprétation avancée par M. Johnston, cette interprétation attache une importance considérable à la déclaration du Tribunal d'appel selon laquelle la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable n'était pas étayée par une évaluation conforme à la loi de l'aptitude de M. Johnston à [TRADUCTION] « satisfaire aux exigences physiques » de l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires, et il avait des [TRADUCTION] « doutes » quant à la capacité de M. Johnston de satisfaire à ces exigences. Une telle interprétation de la décision rendrait l'appel de M. Johnston inutile ou prématuré.

[156] Avant d'examiner si l'on peut considérer que le Tribunal d'appel (1) a modifié à compter de novembre 2018 la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable, ou (2) a annulé cette décision rétroactivement à 1998, je vais brièvement résumer pourquoi j'accueillerais l'appel de M. Johnston en fonction des trois premières interprétations décrites précédemment :

- Si, comme la Commission le soutient, le Tribunal d'appel n'a pas statué sur la demande de modification rétroactive de M. Johnston, il est très simple de déterminer si le Tribunal d'appel a commis ou non une erreur : il a commis une erreur en ne tranchant pas la demande de M. Johnston. Une décision qui laisse non résolue la demande principale soumise en appel au Tribunal d'appel n'est pas rendue sur le bien-fondé de l'espèce. Pour les motifs

exposés précédemment, rien n'empêchait le Tribunal d'appel de se prononcer sur la modification demandée.

- Si le Tribunal d'appel a annulé la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable, comme M. Johnston le soutient, mais a enjoint à la Commission de déterminer ses prestations d'invalidité à long terme à lui verser à l'avenir, à compter du 14 novembre 2018, en traitant le dossier en conséquence, j'accueillerais l'appel au motif que le Tribunal d'appel a commis une erreur en ne se prononçant pas sur l'élément le plus important de la demande de M. Johnston : le droit de ce dernier à une augmentation de ses prestations d'invalidité à long terme, rétroactivement à 1998, sous réserve seulement de la détermination des gains estimatifs qu'il aurait dû être en mesure de tirer pendant cette période d'un emploi convenable.
- J'accueillerais aussi l'appel si le Tribunal d'appel, en tranchant la demande de M. Johnston, a rejeté sa prétention selon laquelle l'emploi jugé convenable n'était pas « convenable » depuis 1998. En bref, je retiens la prétention de M. Johnston voulant qu'il n'y ait aucun lien factuel entre novembre 2018 et son inaptitude à occuper l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires, et qu'une décision de fond et non provisoire sur son inaptitude qui se fonde sur la date de la lettre de la D^{re} Fletcher – le 14 novembre 2018 –, ou qui s'y rattache, est [TRADUCTION] « arbitraire » et incompatible avec le dossier.

[157] Bien qu'il se trouve sans aucun doute dans la décision des éléments étayant, à des degrés divers, chacune des interprétations exposées, j'accueillerais l'appel de M. Johnston au motif que le Tribunal d'appel n'a pas tranché la demande de ce dernier visant l'annulation de la décision de 1998 et la modification, rétroactivement à 1998, de l'emploi jugé convenable, comme la Commission le soutient.

[158] Il s'agit, à mon avis, de l'interprétation qui s'harmonise le mieux avec la décision, lue dans son ensemble, au vu des observations présentées à l'audience. De plus, elle est compatible avec l'opinion de mes collègues, qui auraient exprimé leur désaccord si l'interprétation par la Commission de la décision du Tribunal d'appel avait été déraisonnable.

[159] De plus, je reconnais l'importance de la déclaration du Tribunal d'appel selon laquelle la décision relative à l'emploi jugé convenable de M. Johnston [TRADUCTION] « n'était pas étayée par une évaluation objective et fondée sur des preuves de son aptitude à satisfaire aux exigences physiques de l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires », et il avait des [TRADUCTION] « doutes », au vu de la preuve disponible à l'époque, quant à la capacité physique de M. Johnston d'effectuer les tâches de l'emploi. Le dossier conforte, de fait, la validité de ce point de vue. Toutefois, comme M. Johnston le laisse entendre, la décision ne s'accorde pas par ailleurs avec l'hypothèse voulant que le Tribunal d'appel ait résolu d'infirmier la décision de 1998, mais de n'accorder réparation qu'à compter de novembre 2018.

[160] De plus, peu d'indices montrent que le Tribunal d'appel a rejeté, sur le fond, la demande de M. Johnston visant l'annulation de la décision de 1998 et la modification, rétroactivement à 1998, de l'emploi jugé convenable. Le Tribunal d'appel a mentionné que les décisions portées en appel par M. Johnston découlaient de la lettre de 2018 du défenseur du travailleur et de l'appréciation par la Commission des lettres de la D^{re} Fletcher. Le Tribunal d'appel a décrit de la façon suivante la question dont il était saisi :

[TRADUCTION]

La question à trancher dans le présent appel est celle de savoir s'il est plus probable qu'improbable que le poste de représentant de commerce en denrées alimentaires **soit un emploi convenable** aux fins d'évaluation de la capacité de gain de l'appelant. Tel n'est pas le cas, à mon avis.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[161] Le Tribunal d'appel ne présente pas la question comme étant celle de savoir si l'emploi jugé convenable était bien convenable en 1998, ni ne formule la moindre explication donnant à penser qu'il ait rejeté le fondement factuel d'un argument en ce sens. Le Tribunal d'appel déclare que [TRADUCTION] « [c]'est l'avis de la D^{re} Fletcher, chirurgienne orthopédiste, qui me convainc que ce n'était pas un emploi convenable, du moins à compter du 14 novembre 2018 », mais il ne dit pas dans la décision qu'il a évalué le dossier ou rejeté la preuve tendant à montrer que M. Johnston était incapable d'exercer l'emploi jugé convenable avant 2018. Le Tribunal d'appel n'aborde pas la preuve médicale concernant l'état et les restrictions de M. Johnston en 2009 (lorsqu'il a été traité pour des problèmes à l'épaule et qu'un diagnostic a été établi), en 2014 (lorsque ces problèmes sont devenus suffisamment importants pour justifier une intervention chirurgicale) ni en 2016-2017 (lorsque M. Johnston a présenté une demande de modification). Dans sa lettre de novembre 2018, la D^{re} Fletcher n'indiquait pas que les limitations de M. Johnston étaient plus importantes à ce moment qu'à toute époque antérieure, ni ne donnait à entendre que la lésion à l'épaule s'était aggravée depuis le moment de sa demande. Comme la Commission le soutient, la décision du Tribunal d'appel s'accorde avec le fait que la question qui se pose est celle de savoir si l'emploi de représentant de commerce en denrées alimentaires était actuellement un emploi convenable. Comme M. Johnston le soutient, par ailleurs, la date à laquelle la D^{re} Fletcher a écrit sa lettre n'a aucun lien avec le moment où il était ou est devenu [TRADUCTION] « incapable d'être » un représentant de commerce en denrées alimentaires. Tout cela tend à montrer que le Tribunal d'appel s'est concentré uniquement sur une modification pour l'avenir, comme la Commission le soutient, malgré le fait que cela signifie qu'il ne s'est pas prononcé sur la question soulevée par M. Johnston.

[162] En résumé, j'accueillerais l'appel au motif que le Tribunal d'appel n'a pas tranché la demande de M. Johnston visant l'annulation rétroactive de la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable et la modification, à compter de 1998, de cet emploi.

C. *La Cour ne devrait pas se prononcer (1) sur la demande de modification de M. Johnston, rétroactivement à 1998, de l'emploi jugé convenable, ni, si cette demande était accueillie, (2) sur les gains estimatifs qu'il aurait dû être en mesure de tirer depuis lors d'un emploi convenable*

[163] M. Johnston demande à la Cour de décider qu'il a droit au versement de prestations d'invalidité à long terme, rétroactivement à 1998, sans la moindre déduction pendant toute cette longue période des gains estimatifs qu'il aurait dû être en mesure de tirer d'un emploi convenable. Cette demande suppose, bien sûr, que le Tribunal d'appel ait annulé la décision relative à l'emploi jugé convenable rétroactivement à 1998.

[164] Comme il a été mentionné, il faut maintenant se prononcer aussi bien sur la demande de M. Johnston visant la modification de l'emploi jugé convenable, rétroactivement à 1998, que sur la détermination, si cette demande est accueillie, des gains estimatifs que celui-ci aurait dû être en mesure de tirer d'un emploi convenable.

[165] La Commission soutient que, [TRADUCTION] « puisque la rétroactivité des prestations de [M. Johnston] n'était pas une question en litige, le dossier d'appel était insuffisant pour permettre au Tribunal d'appel de trancher cette question ». Selon la Commission, ni notre Cour ni le Tribunal d'appel ne devrait trancher la question de la rétroactivité sans qu'elle n'ait eu l'occasion de compléter le dossier et de présenter des observations détaillées. La Commission estime que l'affaire devrait lui être renvoyée ou être renvoyée au Tribunal d'appel.

[166] Quoique le dossier étaye les opinions exprimées par le Tribunal d'appel sur la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable et milite pour une décision favorable à la demande de M. Johnston, si ce dernier n'obtenait pas gain de cause quant à la rétroactivité à compter de 1998, il faudrait examiner le dossier se rapportant à la capacité de M. Johnston à des époques postérieures, par exemple vers 2009, 2014 et 2016. De plus, sachant que les évaluations ordonnées par le Tribunal d'appel vont étoffer

le dossier, je laisserais ce tribunal trancher cette question, comme la Commission l'a demandé.

[167] De plus, même si notre Cour tranchait cette première question en faveur de M. Johnston, il ne lui serait pas possible, sur la foi du dossier dont elle dispose, de déterminer les gains estimatifs qu'il aurait dû être en mesure de tirer d'un emploi convenable depuis 1998, cette tâche devant être renvoyée au Tribunal d'appel. Je reconnais que, d'après M. Johnston, il serait inéquitable pour lui, sur le plan de la procédure, que la Commission tente de déterminer maintenant les gains estimatifs qu'il aurait dû être en mesure de tirer d'un emploi convenable depuis 1998. Selon lui, les obstacles en matière de preuve lui causeraient préjudice, s'il s'agissait d'établir maintenant les faits permettant de déterminer quel aurait pu être un « emploi convenable » en 1998, compte tenu de la gravité véritable désormais reconnue de ses lésions. M. Johnston affirme qu'il s'agit d'un problème de preuve qu'on ne peut lui imputer; la responsabilité en revient uniquement à la Commission, qui n'a pas déterminé correctement au départ l'emploi jugé convenable, comme l'a conclu le Tribunal d'appel, puis qui, en 2009, a rejeté sa demande de modification de cet emploi et de ses prestations d'invalidité à long terme compte tenu de sa lésion à l'épaule. Toutefois, je n'ai connaissance d'aucun précédent, et M. Johnston ne m'en cite aucun, qui permettrait au Tribunal d'appel ou à notre Cour de faire abstraction des [TRADUCTION] « gains estimatifs que le travailleur devrait être en mesure de tirer d'un emploi convenable » en tant qu'élément essentiel du calcul de la « perte de gains » de M. Johnston conformément au par. 38.1(1) de la *Loi* :

“loss of earnings” means

« perte de gains » désigne

(a) average net earnings, less

a) le salaire moyen net, moins

(b) the earnings the worker is estimated to be capable of earning at a suitable occupation after sustaining the injury, less any income tax and premiums under the *Employment Insurance Act* and contributions under the *Canada Pension*

b) les gains que le travailleur devrait être en mesure de tirer d'un emploi convenable après avoir été blessé moins l'impôt sur le revenu et les cotisations qu'il devrait payer conformément à la *Loi sur l'assurance-emploi* et au *Régime de pensions du*

Plan that would be payable by the worker *Canada* du fait de ces gains[.]
based on those earnings[.]

[168] Je ne doute pas qu'il soit difficile de régler ces questions, tant pour la Commission que pour M. Johnston; il n'est pas possible, toutefois, de les esquiver en faisant tout simplement abstraction de la demande de rétroactivité, faite par M. Johnston, ou des gains estimatifs qu'il aurait dû être en mesure de tirer d'un emploi convenable, comme il le souhaite.

[169] Bref, j'estime qu'il convient de renvoyer ces questions au Tribunal d'appel pour règlement.

VI. Dispositif

[170] J'accueillerais l'appel et je renverrais l'affaire au Tribunal d'appel pour qu'il tranche la demande de M. Johnston visant l'annulation rétroactive de la décision de 1998 relative à l'emploi jugé convenable. Je condamnerais la Commission à des dépens de 4 000 \$.