

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

91-22-CA

MEHENNA (MANO) KABENE

APPELLANT

- and -

WORKPLACE HEALTH, SAFETY AND
COMPENSATION COMMISSION

RESPONDENT

Kabene v. Workplace Health, Safety and
Compensation Commission, 2023 NBCA 41

CORAM:

The Honourable Justice Green
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Workers'
Compensation Appeals Tribunal:
August 15, 2022

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
January 26, 2023

Judgment rendered:
June 8, 2023

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Green

MEHENNA (MANO) KABENE

APPELANT

- et -

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

INTIMÉE

Kabene c. Commission de la santé, de la sécurité et
de l'indemnisation des accidents au travail, 2023
NBCA 41

CORAM :

l'honorable juge Green
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision du Tribunal d'appel des
accidents au travail :
le 15 août 2022

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 26 janvier 2023

Jugement rendu :
le 8 juin 2023

Motifs de jugement :
l'honorable juge Green

Concurred in by:
The Honourable Justice Baird
The Honourable Justice LeBlond

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Baird
l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

Mehenna (Mano) Kabene on his own behalf

Mehenna (Mano) Kabene a comparu en personne

For the respondent:
Matthew Hachey

Pour l'intimée :
Matthew Hachey

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed without costs.

L'appel est rejeté sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

GREEN, J.A.

I. Introduction

[1] Mr. Kabene was employed by Grand Lake Silviculture Ltd. in the summer of 2019, during which time he sustained a wrist injury. He successfully opened a claim with WorkSafeNB but was denied loss of earnings benefits because WorkSafeNB determined he had continued to work, and was paid by his employer for that work, following his injury. Mr. Kabene steadfastly insisted his former employer had merely paid him banked wages he had already earned, and that he should have received workers' compensation benefits for the three weeks he maintained he was unable to work. He challenged the Commission's decision before the Appeals Tribunal, established under the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Workers' Compensation Appeals Tribunal Act*, S.N.B. 1994, c. W-14, to no avail. Mr. Kabene now brings his case before the Court, appealing the Tribunal's ruling. For the reasons set out below, I would dismiss the appeal.

II. Background

[2] As will be discussed further, Mr. Kabene and his former employer provided the Tribunal with two distinctly different versions of what transpired over the final weeks of his employment.

[3] On August 6, 2019, Mr. Kabene sustained a wrist injury in the course of his employment. This is not in dispute.

[4] According to Mr. Kabene, he informed his employer of the injury. He says he was encouraged not to open a worker's compensation claim and was advised to file a

claim with Employment Insurance instead. Mr. Kabene stated he refused to follow this suggestion. His employer denied such an exchange had taken place.

[5] On August 19, 2019, Mr. Kabene attended at the Oromocto Public Hospital. The documentary record contained in the Statement of Facts indicates he was seen by a doctor whose diagnosis was “wrist contusion.” The discharge instructions were “ice, heat, brace, physio”. An x-ray report from that same hospital visit noted “a very mildly displaced fracture of the ulnar styloid process”.

[6] A record of a second visit to the Oromocto Public Hospital, this one on September 18, 2019, states the following under the heading “presenting complaint” on the Emergency Triage and Notes form:

States unable to go to work because right wrist still painful. States working makes wrist sore. Patient requesting note for when he did not go to work for two weeks which were a while ago. Explained he could talk with a doctor. Has a homemade splint on right wrist. Patient persistent.

[7] The physician on Mr. Kabene’s second visit was not the same as on his first visit a month earlier. The diagnosis on that date reads “ulnar styloid,” and the discharge instructions were “volar splint, R ICE, Tylenol, mod. duties x 1 week.”

[8] In my view, the next date of significance for the purposes of this analysis is the Record of Employment, issued by the employer on October 1, 2019. More on that below.

[9] Mr. Kabene initiated contact with WorkSafeNB by telephone on April 28, 2020. The event log summarizing the conversation indicated that Mr. Kabene stated “he didn’t show to work for 3 weeks”. Following that discussion, Mr. Kabene filed a Form 67 Report of Accident or Occupational Disease requesting workers’ compensation benefits. WorkSafeNB received the form on May 8, 2020.

[10] The Form 67, with the required sections completed by the employer, was received on June 29, 2020. It indicates Mr. Kabene worked for the company from June 30, 2019, to September 21, 2019. After indicating that Mr. Kabene had returned to work following his injury, the employer recorded on the form that Mr. Kabene “never stopped working.”

[11] In a letter dated September 1, 2020, Mr. Kabene was informed as follows by an Adjudicator for WorkSafeNB:

Your claim has been accepted for the right wrist contusion and fracture injury which occurred on August 06, 2019 when you were cutting and tripped and fell in long grass, hitting your right wrist hard on a tree while trying to stop yourself. This occurred while at work, and while performing your usual work activity.

[12] However, the letter went on to state:

I concluded that you are not eligible for loss of earnings benefits because you did not miss any work time from work as a result of your right wrist injury that occurred on August 6, 2019.

[13] The Adjudicator then explained in detail the reasons for this outcome, including the following:

The evidence confirms:

- You injured your right wrist as a result of tripping and falling in long grass and hitting your right wrist on a tree to stop yourself while cutting at work on August 6, [2019].
- After the injury occurred, you had some limitations in your ability to function.
- You continued to work your regular schedule and work activities after August 6, [2019] and received regular salary (remuneration) from your employer for the time that you worked.

III. Issues and Analysis

[14] The standard of review in workers' compensation appeals following the decision of the Supreme Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, was clearly enunciated by the Court in *Longphee v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2020 NBCA 45, [2020] N.B.J. No. 157 (QL). In *Longphee*, the Court built on the earlier decision of Drapeau C.J.N.B. (as he then was) in *VSL Canada Ltd. v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Duguay et al.*, 2011 NBCA 76, [2011] N.B.J. No. 281 (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. Drapeau C.J.N.B. (as he then was) explained the reason for this in *VSL Canada Ltd. v. Workplace Health Safety and Compensation Commission and Duguay et al.*, 2011 NBCA 76, 376 N.B.R. (2d) 292:

[...] as can readily be discerned from the text of s. 21(12), the Legislature did not expressly provide for a right of appeal against errors of fact, even those of the palpable and overriding kind. In my view, no such express conferral was necessary, particularly in light of s. 34(4) of the *WC Act*, which imposes upon the Commission the duty to base its decisions “upon the real merits of the case” and s. 21(9) of the *WHSCC [& WCAT] Act*, which does likewise for the Appeals Tribunal.

Appeals have been allowed, admittedly on relatively rare occasions, for factual errors on the part of the Appeals Tribunal. The Court's decisions in those instances must be read as giving effect to the often unstated view that the errors reflected non-compliance with the law, specifically the statutory obligation to determine claims upon their real merits. As Larlee J.A. noted for a unanimous panel

in *Kelley v. New Brunswick (Workplace Health, Safety and Compensation Commission)*, 2009 NBCA 30, 345 N.B.R. (2d) 35, “a statutory body is confined to act in accordance with its lawful jurisdiction” (para. 10).

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).

Needless to say, findings of fact that played no significant role in shaping the outcome of the proceedings before the Appeals Tribunal cannot give rise to appealable questions of law or jurisdiction. For an error of fact to be a reviewable and reversible error under s. 21(12), it must be: (1) the result of a palpable and overriding error in the assessment of the information in the record [...]; (2) reflective of a failure to consider material information or material admissions; or (3) the by-product of an interpretation of the record that no reasonable person could adopt [...] [paras. 26-29]

[Emphasis in original.]

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]

[15] Mr. Kabene, who is self-represented, submits before us that the decision of the Tribunal is wrong and more specifically, maintains that the Tribunal’s decision is unfair. In effect, Mr. Kabene is unhappy with the Tribunal’s findings of fact, which is a challenging case to make on appeal.

[16] The Chairperson of the Tribunal made three key findings which effectively determined Mr. Kabene’s appeal:

First, the Tribunal found that the Record of Employment “reveals that the employer paid the appellant wage earnings before and after the accident date of August 6, 2019 at the same frequency and amounts” [Decision, para. 20].

Second, the Chairperson stated, “I accept the evidence of the employer over that of the appellant because they continued to pay the appellant throughout June-September 2019 at the same rate of pay as before and after his injury. They were unaware he was off work for three weeks due to an injury because his claim was made nine months after his accident. The employer says that ‘a worker is paid for working and not paid for not working’. I find the employer’s submissions to be reasonable and credible in the circumstances over that of the appellant” [Decision, para. 21].

Finally, building on the above, the Chairperson held, “I find there was no loss of earnings as alleged by the appellant because he was paid throughout the three-week period that he claimed he was not paid. I find it

more likely than not, that an employer would pay a worker for work done and not pay a worker for work not done” [Decision, para. 22].

[17] In dismissing Mr. Kabene’s appeal, the Chairperson of the Tribunal ultimately concluded as follows:

I accept that the appellant was injured at work on August 6, 2019, but do not accept that he has a loss of earnings for three weeks as alleged. The record of earnings show he was paid on August 3, 10, 17, 24, 31, September 7, 14 and 21 [pages 22-24 of the Appeal Record]. The appellant says he had to use up “banked hours”, but I find no persuasive objective evidence to support this contention in the Appeal Record. The employer says they do not “bank hours” but pay for work as it’s being done. [Decision, para. 24]

[18] Mr. Kabene’s appeal is grounded in s. 35 of the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2, which reads as follows:

Payment of wages

Paiement du salaire

35(1) Subject to subsection (4), an employer shall pay its employees at such times that the interval between pays is of not more than sixteen days.

35(1) Sous réserve du paragraphe (4), un employeur doit payer les salariés qu’il emploie à seize jours d’intervalle au plus.

35(2) An employer shall, when paying an employee, include all wages earned up to and including a day that is not more than seven calendar days prior to the time fixed for payment.

35(2) Un employeur doit, lorsqu’il paie un salarié, lui verser la totalité du salaire qu’il a gagné jusqu’au septième jour civil inclus qui précède la date fixée pour le paiement.

35(3) An employee who is absent at the time fixed for payment or who, for any other reason, is not paid at that time, is entitled to be paid on demand any time thereafter during regular hours of work.

35(3) Un salarié qui est absent à la date fixée pour le paiement ou qui, pour toute autre raison, n’est pas payé à cette date, a droit d’obtenir paiement sur simple demande durant les heures normales de travail.

35(4) An employer is not required to comply with subsections (1) and (2) if the payments are otherwise made in

35(4) Un employeur n’est pas tenu de se conformer aux paragraphes (1) et (2) si le paiement du salaire se fait autrement selon

accordance with the terms of a practice existing at the time this section comes into force or under the terms of a collective agreement or in accordance with the provisions of an order of the Director with respect thereto granted on application. un usage existant à la date d'entrée en vigueur du présent article, ou selon les clauses d'une convention collective ou selon une ordonnance que le Directeur a rendue à ce sujet à la suite d'une demande qui lui a été adressée.

[19] Mr. Kabene contends that his former employer operated a system of “banking” his earnings and paying a set amount at the end of each pay cycle. This constitutes the sole ground articulated in his Notice of Appeal. Unfortunately for Mr. Kabene, the Tribunal has no jurisdiction under that piece of legislation. That authority is vested in the Labour and Employment Board, as noted in s. 7(2) of the *Labour and Employment Board Act*, R.S.N.B. 2011, c. 182. Whether Mr. Kabene has any recourse under the province’s employment standards legislation is clearly beyond the scope of this appeal.

IV. Conclusion and Disposition

[20] Whether or not I would have reached the same conclusion as the Tribunal, given the facts of this case, is not the test on appeal. Simply stated, the Tribunal made no error of law that allows for appellate intervention. As is stated in the Tribunal’s “Appeals Guidelines” at s. 25(1), “[t]he appellant has the onus to establish his/her case to the satisfaction of the Chairperson, and the appellant is responsible for submitting all evidence necessary to meet that onus.” It was open to the Tribunal to prefer the evidence of the employer over that of Mr. Kabene, which it did. That being the case, I would dismiss the appeal.

[21] It is the long-standing practice of the Court in workers’ compensation cases not to order an appellant worker pay costs to the Commission absent exceptional

circumstances. I see no reason to deviate from that practice in this case and would order each side to bear their own costs.

LE JUGE GREEN

I. Introduction

[1] M. Kabene travaillait pour Grand Lake Silviculture Ltd., à l'été de 2019, quand il s'est blessé au poignet. Il a demandé une indemnisation à Travail sécuritaire NB, qui a jugé sa réclamation admissible, mais lui a refusé des prestations pour perte de gains, ayant établi qu'il avait continué à travailler après avoir subi sa lésion au poignet et qu'il avait reçu une rémunération de son employeur pour ce travail. M. Kabene a maintenu que son ancien employeur lui avait simplement versé le salaire gagné d'heures mises en réserve et qu'il aurait dû toucher des prestations d'indemnisation pour les trois semaines où, insistait-il, il avait été incapable de travailler. Il a contesté en vain la décision de la Commission devant le Tribunal d'appel constitué par 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. Il porte aujourd'hui la décision du Tribunal en appel devant notre Cour. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de débouter l'appelant.

II. Contexte

[2] Comme nous le verrons plus loin, M. Kabene et son ancien employeur ont présenté au Tribunal d'appel deux récits nettement différents de ce qui s'était produit pendant les dernières semaines de l'emploi.

[3] Le 6 août 2019, M. Kabene s'est blessé au poignet au cours de son emploi. Ce n'est pas contesté.

[4] M. Kabene affirme avoir informé son employeur de la lésion subie. Selon lui, il lui aurait été conseillé de ne pas signaler l'accident du travail et de demander plutôt

des prestations d'assurance-emploi. M. Kabene a déclaré qu'il avait écarté cette suggestion. L'employeur a nié que des propos en ce sens aient été tenus.

[5] Le 19 août 2019, M. Kabene s'est présenté à l'Oromocto Public Hospital. La documentation qui accompagne l'exposé des faits indique que la médecin consultée a prononcé un diagnostic de [TRADUCTION] « contusion au poignet ». Les instructions de sortie reçues recommandaient [TRADUCTION] « glace, chaleur, orthèse et physio ». Un rapport d'examen radiographique, issu de la même consultation à l'hôpital, relevait [TRADUCTION] « une fracture, avec déplacement très léger, de l'apophyse styloïde du cubitus ».

[6] La documentation rend compte d'une seconde consultation à l'Oromocto Public Hospital, cette fois le 18 septembre 2019. Les indications suivantes apparaissent dans un formulaire intitulé [TRADUCTION] « Triage et notes – Service des urgences », sous la rubrique [TRADUCTION] « Problème présenté » :

[TRADUCTION]

Affirme être incapable de travailler parce que poignet droit encore douloureux. Travail amènerait un endolorissement du poignet. Patient demande billet pour ses deux semaines d'absence du travail, qui remontent à quelque temps déjà. Expliqué qu'il pouvait consulter un médecin. Orthèse maison au poignet droit. Patient tenace.

[7] La médecin qui a vu M. Kabene lors de cette seconde consultation n'était pas celle qui l'avait examiné un mois auparavant en première consultation. Le diagnostic consigné à ce moment-là mentionnait la [TRADUCTION] « styloïde du cubitus » et les instructions de sortie étaient celles-ci : [TRADUCTION] « [O]rthèse palmaire, GLACE D, Tylenol, tâches modérées pendant une semaine ».

[8] La date décisive suivante, pour les besoins de l'analyse, me paraît être le 1^{er} octobre 2019, date du relevé d'emploi produit par l'employeur. J'y reviendrai.

[9] M. Kabene est entré en contact avec Travail sécuritaire NB, par téléphone, le 28 avril 2020. Il a déclaré, comme le relève le résumé de la conversation au journal des événements, qu'[TRADUCTION] « il ne s'[était] pas présenté au travail pendant trois semaines ». À la suite de cette discussion, il a déposé, en vue d'obtenir des prestations d'indemnisation, un Rapport sur l'accident ou la maladie professionnelle (Formulaire 67). Travail sécuritaire NB a reçu le formulaire le 8 mai 2020.

[10] Le Formulaire 67, sections requises remplies par l'employeur, a été reçu le 29 juin 2020. Il indique que M. Kabene a travaillé pour la compagnie du 30 juin 2019 au 21 septembre 2019. L'employeur y précise, après avoir inscrit que M. Kabene a repris le travail après avoir subi sa lésion, que cet employé n'a [TRADUCTION] « jamais cessé de travailler ».

[11] Par lettre du 1^{er} septembre 2020, un adjudicateur de Travail sécuritaire NB a informé M. Kabene de ce qui suit :

[TRADUCTION]

Votre réclamation est acceptée pour ce qui est de la fracture et de la contusion au poignet droit survenues le 6 août 2019 lorsque, au cours de travaux de coupe, vous avez trébuché et chuté dans l'herbe haute et que votre poignet droit, tandis que vous essayiez de freiner votre chute, a durement heurté un arbre. Les événements sont survenus au travail, pendant que vous accomplissiez les activités habituelles de votre travail.

[12] Il ajoutait cependant :

[TRADUCTION]

J'ai conclu à votre inadmissibilité à des prestations pour perte de gains, parce que vous ne vous êtes pas absenté du travail par suite de la lésion au poignet droit que vous avez subie le 6 août 2019.

[13] L'adjudicateur a ensuite expliqué en détail les motifs de cette décision, dont ceci :

[TRADUCTION]

La preuve présentée établit que :

- vous vous êtes blessé au poignet droit lorsque, occupé à réaliser des travaux de coupe le 6 août [2019], vous avez trébuché et chuté dans l’herbe haute et que, tentant de freiner votre chute, vous avez heurté du poignet droit un arbre;
- votre capacité de fonctionnement s’est trouvée limitée, dans une certaine mesure, après la lésion;
- vous avez conservé des activités et un horaire réguliers au travail après le 6 août [2019] et avez régulièrement reçu de votre employeur un salaire (une rémunération) au cours de la période où vous avez travaillé.

III. Questions en litige et analyse

[14] Notre Cour a énoncé clairement, 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 applicable dans les appels en matière d’indemnisation des accidents du travail depuis la décision que la Cour suprême a rendue dans *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653. Dans *Longphee*, notre Cour a bâti sur la décision que le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre) avait rendue dans *VSL Canada Ltée c. Commission de la santé, de la sécurité et de l’indemnisation des accidents au travail et Duguay et autres*, 2011 NBCA 76, [2011] A.N.-B. n° 281 (QL) :

Quoique 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]* 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. Le juge en chef Drapeau (tel était alors son titre), a expliqué pourquoi il en est ainsi 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 :

[...] comme on le constate d'entrée de jeu à la lecture du par. 21(12), le législateur n'a pas expressément accordé un droit d'appel à l'encontre des erreurs de fait, même celles appartenant à la catégorie des erreurs manifestes et dominantes. À mon avis il n'était pas nécessaire que ce droit soit expressément conféré, étant donné, tout particulièrement, le par. 34(4) de la *Loi sur les accidents du travail* qui impose à la Commission l'obligation de « juger strictement au fond dans chaque cas » et le par. 21(9) de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail [et le Tribunal d'appel des accidents au travail]* qui impose la même obligation au Tribunal d'appel.

Il est arrivé, en d'assez rares occasions, certes, que des appels soient accueillis à la suite d'erreurs factuelles commises par le Tribunal d'appel. Les décisions judiciaires rendues dans ces circonstances doivent être considérées comme donnant effet à l'opinion souvent implicite voulant que les erreurs en question soient le fruit d'une inobservation de la loi, plus précisément de l'obligation légale de juger les demandes strictement sur le fond. Comme l'a souligné la juge d'appel Larlee au nom d'une formation unanime dans l'arrêt *Kelley c. Nouveau-Brunswick (Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail)*, 2009 NBCA 30, 345 R.N.-B. (2^e) 35, « [u]n organisme d'origine législative est tenu d'agir dans les limites de sa compétence légitime » (par. 10).

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).

Il va sans dire que les conclusions de fait qui n'ont pas contribué de façon importante à l'issue de l'instance tenue devant le Tribunal d'appel ne sauraient donner naissance à des questions de droit ou de compétence susceptibles d'appel. Pour qu'une erreur de fait constitue une erreur qui est susceptible de révision et qui justifie l'infirmité de la décision sous le régime du par. 21(12), elle doit être : (1) le résultat d'une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation des renseignements versés au dossier [...]; (2) le reflet d'une omission de prendre en compte des renseignements importants ou des aveux importants; ou (3) le sous-produit d'une interprétation du dossier à laquelle aucune personne raisonnable ne souscrirait [...] [par. 26 à 29]

[Soulignement dans l'original.]

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]

[15] M. Kabene, qui n'est pas représenté, affirme que la décision du Tribunal est erronée et, plus précisément, maintient que cette décision est injuste. Il est, en réalité, mécontent des conclusions de fait du Tribunal. Obtenir gain de cause en appel sur ce fondement est ardu.

[16] Le président du Tribunal est arrivé à trois conclusions essentielles qui ont en fait déterminé le sort de l'appel de M. Kabene :

D'abord celle-ci : [TRADUCTION] « Il ressort du [relevé d'emploi] que l'employeur, avant et après le 6 août 2019, date de l'accident, a versé à l'appelant le même salaire et le lui a versé au même rythme ». [Décision, par. 20]

Puis : [TRADUCTION] « Je retiens la preuve offerte par l'employeur, de préférence à celle de l'appelant, parce que l'employeur a rémunéré le requérant sans interruption de juin à septembre 2019 et que le salaire versé avant et après la lésion était identique. L'employeur ignorait, parce que la réclamation a été déposée neuf mois après l'accident, qu'une lésion avait pu contraindre le requérant à s'absenter trois semaines de son travail. Il assure qu'[TRADUCTION] « un travailleur est payé pour travailler, et non pour ne pas travailler ». Je juge les affirmations de l'employeur, plutôt que celles du requérant, raisonnables et crédibles dans les circonstances. [Décision, par. 21]

Et enfin cette conclusion-ci, qui prend appui sur celles qui précèdent : [TRADUCTION] « Je conclus que la perte de gains que le requérant affirme avoir subie n'a pas eu lieu, parce qu'il a été payé pendant la période de trois semaines où il dit ne pas avoir été payé. Qu'un employeur paye un employé pour le travail accompli, et ne le paye pas pour le travail qu'il n'a pas accompli, me paraît plus probable que non. [Décision, par. 22]

[17] Le président du Tribunal, en déboutant M. Kabene, a constaté ce qui suit en définitive :

[TRADUCTION]

J'admets que le requérant a subi des lésions au travail le 6 août 2019, mais je n'admets pas qu'il a perdu, comme il le soutient, les gains de trois semaines. Le registre des gains indique qu'il a été payé les 3, 10, 17, 24 et 31 août, de même que les 7, 14 et 21 septembre [p. 22 à 24 du dossier d'appel]. L'appelant affirme qu'il a dû épuiser [TRADUCTION] « des heures mises en réserve », mais je ne relève, au dossier d'appel, aucune preuve objective convaincante qui puisse étayer cette assertion. L'employeur déclare qu'il ne procède pas à la [TRADUCTION] « mise en réserve d'heures » et qu'il rémunère le travail à mesure qu'il est accompli. [Décision, par. 24]

[18] L'appel de M. Kabene prend appui sur l'art. 35 de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2 :

Payment of wages

35(1) Subject to subsection (4), an employer shall pay its employees at such times that the interval between pays is of not more than sixteen days.

35(2) An employer shall, when paying an employee, include all wages earned up to and including a day that is not more than seven calendar days prior to the time fixed for payment.

35(3) An employee who is absent at the time fixed for payment or who, for any other reason, is not paid at that time, is entitled to be paid on demand any time thereafter during regular hours of work.

35(4) An employer is not required to comply with subsections (1) and (2) if the payments are otherwise made in accordance with the terms of a practice

Paiement du salaire

35(1) Sous réserve du paragraphe (4), un employeur doit payer les salariés qu'il emploie à seize jours d'intervalle au plus.

35(2) Un employeur doit, lorsqu'il paie un salarié, lui verser la totalité du salaire qu'il a gagné jusqu'au septième jour civil inclus qui précède la date fixée pour le paiement.

35(3) Un salarié qui est absent à la date fixée pour le paiement ou qui, pour toute autre raison, n'est pas payé à cette date, a droit d'obtenir paiement sur simple demande durant les heures normales de travail.

35(4) Un employeur n'est pas tenu de se conformer aux paragraphes (1) et (2) si le paiement du salaire se fait autrement selon un usage existant à la date d'entrée en

existing at the time this section comes into force or under the terms of a collective agreement or in accordance with the provisions of an order of the Director with respect thereto granted on application. vigueur du présent article, ou selon les clauses d'une convention collective ou selon une ordonnance que le Directeur a rendue à ce sujet à la suite d'une demande qui lui a été adressée.

[19] M. Kabene soutient que son ancien employeur pratiquait un système de [TRADUCTION] « mise en réserve » de ses gains et de versement d'un montant fixe à la fin de chaque cycle de paye. Ce moyen est le seul qui soit énoncé dans l'avis d'appel. Malheureusement pour M. Kabene, la loi qu'il invoque n'attribue pas de compétence au Tribunal. La Commission du travail et de l'emploi est l'instance investie de ces attributions, ainsi que l'indique le par. 7(2) de la *Loi sur la Commission du travail et de l'emploi*, L.R.N.-B. 2011, ch. 182. La question du recours qui pourrait s'offrir ou non à M. Kabene, sous le régime de la loi provinciale sur les normes d'emploi, dépasse de toute évidence la portée du présent appel.

IV. Conclusion et dispositif

[20] Le critère applicable en appel ne requiert pas que je détermine si je serais arrivé à la même conclusion que le Tribunal compte tenu des faits de l'espèce. En un mot, le Tribunal n'a pas commis d'erreur de droit autorisant une intervention en appel. Comme l'indiquent, au par. 25(1), les *Lignes directrices du Tribunal d'appel*, « [i]l incombe au requérant d'établir le bien-fondé de son cas à la satisfaction du président et il lui revient de soumettre tous les éléments de preuve nécessaires à cette fin ». Il était loisible au Tribunal de préférer la preuve offerte par l'employeur à celle que présentait M. Kabene, ce qu'il a fait. Cela étant, je suis d'avis de rejeter l'appel.

[21] La Cour a depuis longtemps pour pratique, dans les affaires d'indemnisation des accidents du travail, de ne pas ordonner au travailleur appelant de payer des dépens à la Commission, sauf circonstances exceptionnelles. Je ne crois pas qu'il faille déroger en l'espèce à cette pratique et je suis d'avis d'ordonner que chacune des parties supporte ses propres frais.