

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

123-22-CA

ROBERT GUITARD

APPELLANT

- and -

WORKPLACE HEALTH, SAFETY AND
COMPENSATION COMMISSION

RESPONDENT

Guitard v. Workplace Health, Safety and
Compensation Commission, 2023 NBCA 58

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Workers'
Compensation Appeals Tribunal:
September 18, 2022

History of Case:

Decision under appeal:
Unreported

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
April 25, 2023

Judgment rendered:
July 13, 2023

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

Concurred in by:
The Honourable Justice Green

ROBERT GUITARD

APPELANT

- et -

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

INTIMÉE

Guitard c. Commission de la santé, de la sécurité et
de l'indemnisation des accidents au travail, 2023
NBCA 58

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision du Tribunal d'appel des
accidents au travail :
le 18 septembre 2022

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
inédite

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 25 avril 2023

Jugement rendu :
le 13 juillet 2023

Motifs de jugement :
l'honorable juge Quigg

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Green

The Honourable Justice LeBlond

l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:

Pour l'appelant :

George A. McAllister, K.C.

George A. McAllister, c.r.

For the respondent:

Pour l'intimée :

Kelly VanBuskirk, K.C.

Kelly VanBuskirk, c.r.

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed without costs.

L'appel est rejeté sans dépens.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG, J.A.

I. Introduction

[1] On January 31, 2022, the Workplace Health, Safety and Compensation Commission (Commission) issued a decision denying the appellant, Robert Guitard, his claim for loss of earnings benefits as it was unable to confirm that the recurrence of a work-related back injury resulted in a loss of earnings. An appeal of that decision to the Workers' Compensation Appeals Tribunal (Appeals Tribunal) was denied, and Mr. Guitard now appeals to this Court. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

II. Background

[2] On May 4, 2012, Mr. Guitard injured his lower back while at work. On the same day, his physician signed a Form 8 First Physician's Report of Accident or Occupational Disease wherein Mr. Guitard was diagnosed with a soft tissue lumbar strain and was prescribed a one-week leave of absence from work. On May 22, 2012, the Commission accepted the claim for lumbar strain.

[3] Mr. Guitard had a recurrence of his lumbar strain and was absent from work from June 5 to 11, 2012. The Commission accepted the claim of the recurrence of the lumbar strain on June 11, 2012. He returned to work the same day. He continued to work without interruption until February 25, 2013, when he was released from his employment, with severance, pursuant to a written agreement.

[4] Although Mr. Guitard collected Employment Insurance benefits for a period following the termination of his employment, there was no evidence on the record that he has earned income since February 25, 2013.

[5] In May 2015, Mr. Guitard contacted the Commission and advised he was experiencing back pain and had not worked since 2013.

[6] Mr. Guitard's physician submitted a Form 10 Physician's Progress Report to the Commission on March 18, 2016, advising that Mr. Guitard had moderate stenosis with spinal compression and required physiotherapy.

[7] On July 22, 2016, Mr. Guitard had an MRI that showed degenerative disc disease in the region of the L3 to S1 and foraminal stenosis of the right side of the L4-L5 and a bilateral stenosis in the L5-S1 region, susceptible to causing radiculopathy.

[8] The Commission sought medical opinions of Dr. John Boak, Commission Medical Advisor, on September 26, 2016, and March 31, 2017. Both times, Dr. Boak advised WorksafeNB that Mr. Guitard's complaints were not attributable to the 2012 lumbar strain injury.

[9] Based on the medical evidence, the Commission determined that Mr. Guitard's claim would not be reopened and advised him of that determination on March 31, 2017. Mr. Guitard contacted the Issues Resolution Office, which, on June 29, 2017, confirmed the Commission's decision not to reopen the claim.

[10] Mr. Guitard appealed the Commission's decision not to reopen his claim to the Appeals Tribunal. The Appeals Tribunal reviewed all the evidence on record and, in a decision dated June 25, 2021, concluded Mr. Guitard had suffered a recurrence of his May 4, 2012 injury on March 18, 2016. The Appeals Tribunal directed the Commission to provide the benefits to which Mr. Guitard was entitled retroactive to March 18, 2016 (hereinafter the "June 25, 2021 Appeals Tribunal Decision"). Additionally, the Appeals Tribunal ordered the Commission to "continue to manage the claim accordingly."

[11] Pursuant to the June 25, 2021 Appeals Tribunal Decision, the Commission gathered evidence of Mr. Guitard's earnings from 2011 to 2019. There was (and is) no

evidence that Mr. Guitard had earned income from employment since he was released on February 25, 2013.

[12] On December 10, 2021, the Commission advised Mr. Guitard that he did not meet the criteria set out in Policy 21-210 and s. 38.11(2) of the *Workers' Compensation Act*, R.S.N.B. 1973, c. W-13, because he had no earnings from employment at the time of the recurrence of his injury on March 18, 2016, and had no income from employment since February 2013.

[13] On December 17, 2021, Mr. Guitard requested the review of the Commission's December 10, 2021 decision that he did not meet criteria for loss of earnings benefits.

[14] In a letter dated January 31, 2022, the Commission's Decision Review Office confirmed the December 10, 2021 decision and advised that Mr. Guitard did not meet the criteria under s. 38.11(2) of the *Workers' Compensation Act* or Policy 21-210. In particular, the decision explained that Mr. Guitard returned to work after his May 2012 injury and again after his June 5, 2012 recurrence, and that he continued to work until he was released from his employment in February 25, 2013. There was no evidence that his employment relationship was severed on February 25, 2013, due to his compensable injury.

[15] Mr. Guitard appealed the Commission's January 31, 2022 decision to the Appeals Tribunal. In a letter dated March 15, 2022, the Appeals Tribunal confirmed with Mr. Guitard's advocate the following to be the question to be determined on appeal:

I reviewed your Notice of Appeal dated February 1st, 2022 as well as Mr. Guitard's file and it is my understanding that you wish to present, to the Workers' Compensation Appeals Tribunal (APPEALS TRIBUNAL), his position regarding the following decision:

The January 31, 2022 decision advising that there is no requirement for WorksafeNB to pay loss of earnings benefits, as it was concluded there is no evidence that, at the time of the recurrence, there was a loss of earnings entitlement due to the compensable injury. He was advised that the December 10, 2021 decision is confirmed.

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

[16] During the hearing of his appeal, Mr. Guitard asserted that his symptoms from his original compensable injury had continued from the date of the accident onward. The Appeals Tribunal addressed Mr. Guitard's attempts to revisit the issue of the recurrence versus the continuation of his injury:

Chairperson: Well, thank you very much for your comments, Mr. Guitard. Just so you're aware though, the reoccurrence, the issue of the reoccurrence was decided by the previous Tribunal and therefore if you had any objections to either the injury being deemed a recurrence versus a continuation of your previous injury or the actual date of the recurrence because that issue was brought up as well the date that the Tribunal noted was not the date that your – your previous advocate was requested. The method in order to be able to appeal that was an appeal of that decision or to ask the Commission or the Tribunal for a reconsideration of that decision. Today, my only purpose, and I am limited to my purpose, but my purpose today is to look at the decision by the Commission to state or to claim that you are not entitled to a loss of earnings benefits. So I am limited in scope to that decision, because that is the decision that is being appealed today, so I can't make a decision that your injury should have been deemed a continuation and not a recurrence. I can't make a decision that the date of the recurrence should not be 2016 but should be 2014. All of that is outside of my hands because there are procedures in order to follow in order to have appealed that decision. So today –

[17] On September 18, 2022, the Appeals Tribunal denied the appeal.

III. Standard of Review

[18] The standard of review to be applied was identified 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):

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 [VSL Canada Ltd. v. Workplace Health Safety and Compensation Commission and Duguay et al.]*, 2011 NBCA 76, 376 N.B.R. (2d) 292]. 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]

[19] The Commission submits that the essence of this appeal concerns a finding of fact (or a finding of mixed fact and law) with respect to Mr. Guitard’s average earnings at the time of the recurrence on his injury on March 18, 2016. The finding of fact was properly made within the framework of the applicable law and policy. The standard to be applied to findings of fact remains deferential absent a palpable and overriding error, as discussed by LeBlond J.A. in *Lavigne v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2021 NBCA 45, [2021] N.B.J. No. 269 (QL):

The appeal does not raise any error of law. It stands to be adjudicated on the standard of review applicable to the Tribunal’s findings of fact. That standard dictates reversal only if the findings are tainted with palpable and overriding error in assessing the evidence in the record. I discern no such error and, as a result, there is no basis upon which I could find the Tribunal failed in its statutory duty to decide Mr. Lavigne’s appeal on the real merits and justice of his case (see *Longphee v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2020 NBCA 45, [2020] N.B.J. No. 157 (QL), at paras. 15-18). [para. 3]

[20] Absent a palpable and overriding error, the Appeals Tribunal’s determination must be given deference.

IV. Grounds of Appeal

[21] Mr. Guitard alleges the Appeals Tribunal erred in law, mixed fact and law, and fact in that it:

1. Failed to engage in a purposive analysis of ss. 38.1(1) and 38.11(2) of the *Workers' Compensation Act* and that, as such, the Appeals Tribunal failed to correctly interpret and apply ss. 38.1(1) and 38.11(2) of the *Workers' Compensation Act* and, in particular, to consider his loss of earnings beyond the day of the injury;
2. Failed to engage in a contextual analysis of the evidence in that the Appeals Tribunal did not consider his long-term earnings at the time of his injury on May 4, 2022, to estimate his loss of earnings that best represented his long-term earnings pattern at the time of the recurrence of his disablement;
3. Failed to engage in a contextual analysis of the evidence in that the Appeals Tribunal did not draw reasonable inferences with respect to his ability to work before his recurrence on March 18, 2016;
4. Failed to fairly consider his evidence by ignoring his subjective reports to WorkSafe and his testimony at the Appeals Tribunal that he had not been able to work after February 25, 2013, as a result of his workplace injury and/or by ignoring the subjective evidence in the absence of objective evidence to support his subjective reports and testimony;
5. Failed to correctly interpret and apply s. 17 of the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13;
6. Failed to correctly interpret and apply s. 21(9)(a) of the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Workers' Compensation Appeals Tribunal Act*, S.N.B. 1994, c. W-14, and to decide the appeal on “the real merits and justice of the case”;

7. Failed to correctly interpret and apply s. 38.1(1) and the definition of “average earnings” and, in particular, the “remuneration” that he was “receiving previously” in estimating the “earnings” that best represented his long-term earnings pattern as set out in Policy 21-210 and failed to consider his loss of earnings beyond the day of the injury;
8. Failed to correctly interpret and apply the burden of proof by failing to consider his subjective reports and testimony in the absence of objective evidence which supported his reports and testimony; and
9. Failed to proceed on the correct burden of proof by placing the burden of proof on him to rebut its assumption that, since he had voluntarily accepted severance from his employer, that his decision to leave his employment was not involuntary and not due to his injury.

V. Law and Policy

[22] When determining the average earnings of an injured employee we must turn to ss. 38.1(1) and 38.11(2) of the *Workers' Compensation Act*:

Definitions for various sections

38.1(1) In this section and in sections 38.11, 38.2, 38.5, 38.51, 38.52, 38.53, 38.6 and 38.8

“average earnings” means the daily, weekly, monthly, or regular remuneration that the worker was receiving at the time of the injury or recurrence of the injury, or receiving previously, or at the time of the loss of earnings, or at the time of death, as may appear to the Commission best to represent the earnings of the worker, unless the worker was at the date of the accident under twenty-one years of age and it is

Définitions pour divers articles

38.1(1)Dans le présent article et dans les articles 38.11, 38.2, 38.5, 38.51, 38.52, 38.53, 38.6 et 38.8

[...]

« perte de gains » désigne

a) le salaire moyen net, moins

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

established to the satisfaction of the Commission that under normal conditions the earnings would probably increase, in which case this fact should be considered in determining the worker's average earnings and in no case shall average earnings exceed the maximum annual earnings; (*salaire moyen*)

[...]

“loss of earnings” means

(a) average net earnings, less

(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; (*perte de gains*)

[...]

38.11(2) Where injury or recurrence of an injury to a worker referred to in subsection (1) results in a loss of earnings beyond the day of the injury, the Commission shall estimate the loss of earnings therefrom and shall pay compensation to the worker in an amount equal to eighty-five per cent of the estimated loss of earnings.

conformément à la *Loi sur l'assurance-emploi* et au *Régime de pensions du Canada* du fait de ces gains; (*loss of earnings*)

[...]

« salaire moyen » désigne le salaire quotidien, hebdomadaire, mensuel ou le salaire habituel que le travailleur recevait au moment de la lésion ou de la réapparition de la lésion ou avant ou encore à l'époque de la perte de gains ou du décès et que la Commission estime mieux traduire ses gains à moins qu'il n'ait eu moins de vingt et un ans au moment de l'accident et qu'il n'ait été établi à la satisfaction de la Commission que, dans des circonstances normales, le salaire augmenterait probablement, auquel cas ce fait doit être pris en considération pour déterminer le salaire moyen qui ne doit en aucun cas excéder le salaire annuel maximum; (*average earnings*)

[...]

38.11(2) Dans les cas où la perte de gains se poursuit au-delà du jour où est survenue la lésion ou la réapparition de la lésion d'un travailleur visé au paragraphe (1), la Commission évalue la perte de gains qui en résulte et verse au travailleur une indemnité dont le montant correspond à quatre-vingt-cinq pour cent du montant estimatif de la perte.

[23]

Furthermore, Policy 21-210 instructs how to determine average earnings:

1. The *WC Act* [...] defines average earnings as the daily, weekly, monthly, or regular remuneration that the worker was receiving at the time of the injury or recurrence of the injury, or receiving previously, or at the time of the loss of earnings, or at the time of death, as may appear to

the Commission best to represent the earnings of the worker.

2. Depending upon the injured worker's employment situation, this regular remuneration or regular earning pattern may be established using:

- Only earnings from the accident employer, when there has been a recent, permanent change in employment, and earnings are expected to continue at that level; or
- Other employment-related earnings when they best represent the injured worker's loss of earnings.

3. WorkSafeNB may use a time period adequate to demonstrate a regular earning pattern. Often, no more than three years is required to demonstrate this regular pattern.

4. WorkSafeNB determines and verifies injured workers' average earnings:

- Upon accepting a claim so that injured workers receive timely benefits based on what best represents their immediate, short-term earnings loss;
- At twelve weeks so that WorkSafeNB can review the initial determination of average earnings and make adjustments as necessary to best represent the injured worker's long-term earning pattern; and
- Annually as required by s. 38.11(12) of the *WC Act*. [...]

VI. Analysis

[24] At the Appeals Tribunal hearing and before this Court, Mr. Guitard submitted that the best evidence of his earnings was the salary he earned while in his former employment.

[25] Mr. Guitard is essentially seeking to have a different recurrence date set in order to expand his claim. Statutory mechanisms existed to facilitate a reconsideration of the June 25, 2021 Appeals Tribunal Decision and the findings of fact in relation to Mr. Guitard's recurrence, but Mr. Guitard did not avail himself of these mechanisms.

[26] Mr. Guitard's appeal on the issue of the recurrence of his injury was accepted by the Appeals Tribunal. Consequently, in its June 25, 2021 Decision, the Appeals Tribunal ordered the Commission pay the benefits to which Mr. Guitard was entitled retroactive to March 18, 2016 (the date of a physician's request for physiotherapy benefits on behalf of Mr. Guitard). This decision determined both the fact of and the date of the recurrence of his injury, both of which were findings of fact within the jurisdiction of the Appeals Tribunal.

[27] Mr. Guitard did not appeal or request a reconsideration of the June 25, 2021 Appeals Tribunal Decision pursuant to either s. 22(1) or s. 22.1 of the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Workers' Compensation Appeals Tribunal Act*.

[28] The Legislature has stipulated the finality of the Appeals Tribunal's decisions in s. 21(12) of the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission Act and Workers' Compensation Appeals Tribunal Act*, subject to statutory avenues of appeal or reconsideration. Through this appeal, Mr. Guitard is seeking to circumvent the findings of another Appeals Tribunal decision. This attracts consideration of the rules against collateral attack and the common law principle of *res judicata*. It is in the interests of the public and the parties that the finality of a decision can be relied upon. As the Supreme Court of Canada wrote in *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422, "the harm to the justice system lies not in challenging the correctness or fairness of a judicial or administrative decision in the proper forums, it comes from inappropriately circumventing them" (para. 30).

[29] The *Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Workers' Compensation Appeals Tribunal Act* does not give this Court the power to reconsider a prior decision. That power is granted to the Commission in respect of its decisions (s. 22(1)) and to the Appeals Tribunal in respect of its own decisions (s. 22.1(1)). The June 25, 2021 Appeals Tribunal Decision could only be reconsidered under a specific request for reconsideration under s. 22.1 of the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Workers' Compensation Appeals Tribunal Act*. As noted, no such request was made by Mr. Guitard.

[30] The Appeals Tribunal was bound by the finding of the June 25, 2021 Appeals Tribunal Decision that Mr. Guitard suffered a recurrence of a compensable injury on March 18, 2016, and the order to assess Mr. Guitard's entitlement to benefits from the same date.

[31] The Appeals Tribunal correctly applied the three-stage test embodied in s. 38.11(2) of the *Workers' Compensation Act* in determining loss of earnings entitlement:

1. The worker must suffer an injury or recurrence of an injury that is compensable under the *WC Act*.
2. If so, that injury or recurrence must "result in" a loss of earnings beyond the day of the injury. In other words, there must be a causal link between the injury, or recurrence, and the loss of earnings. This is a condition precedent to estimating loss of earning.
3. If so, the Commission shall estimate the loss of earnings "therefrom" and shall pay compensation to the worker in an amount equal to 85 per cent of the estimated loss of earnings.

[32] In undertaking step one of the test, the Appeals Tribunal identified that the recurrence of Mr. Guitard's injury was determined to be March 18, 2016. On an examination of the evidence, the Appeals Tribunal found that Mr. Guitard had not earned

any income from employment for three years prior to the date of the recurrence and, therefore, no loss of earnings could “result from” the recurrence. As such, Mr. Guitard’s claim for eligibility for loss of earnings failed at the second step of the analysis.

[33] The Appeals Tribunal did not enter into any analysis pursuant to Policy 21-210 with respect to “average earnings” because Mr. Guitard did not meet the criteria for entitlement or “eligibility” for loss of earnings benefits. Policy 21-210 only comes into play once the three-part test encapsulated by s. 38.11(2) has been satisfied and the worker is shown to be eligible.

[34] Therefore, simply put, when the recurrence occurred approximately three years after Mr. Guitard left his employment, there was no income loss for the Commission to calculate. While the Appeals Tribunal at the time ruled the recurrence was compensable, the Commission determined there was no loss of compensable earnings which arose from it. That decision was again appealed to the Appeals Tribunal, and the appeal was denied. There was no further appeal to this Court, and the Appeals Tribunal decision therefore bound the Appeals Tribunal that heard the matter now under appeal.

[35] Before us, Mr. Guitard argued the Appeals Tribunal ought to have gone back to his earnings which pre-dated his initial injury. The Commission correctly argued, in its submission, that we cannot revisit the “continuity of the original injury” as the basis for allowing the appeal. That could only have been accomplished through a request for a reconsideration of the termination of the earlier benefits under s. 22.1(1) of the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Workers’ Compensation Appeals Tribunal Act* following the Appeals Tribunal Decision of June 25, 2021. That did not occur.

VII. Conclusion and Disposition

[36] In my view, the Appeals Tribunal correctly applied ss. 38.1(1) and 38.11(2) and Policy 21-210 in determining there was no entitlement to benefits.

[37] For these reasons, I would dismiss the appeal. In keeping with the Court's practice relating to WorkSafeNB appeals, I would make no award of costs.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] Le 31 janvier 2022, la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail (la Commission), a rendu une décision par laquelle elle rejetait la réclamation de prestations pour perte de gains présentée par l'appelant, Robert Guitard, au motif qu'elle n'avait pas pu confirmer que la réapparition d'une lésion au dos subie dans le cadre du travail avait donné lieu à une perte de gains. Un appel de cette décision interjeté devant le Tribunal d'appel des accidents au travail (le Tribunal d'appel) a été rejeté, et M. Guitard interjette maintenant appel devant notre Cour. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter l'appel.

II. Contexte

[2] Le 4 mai 2012, M. Guitard s'est blessé au bas du dos pendant qu'il était au travail. Le même jour, son médecin a signé un Premier rapport du médecin sur l'accident ou la maladie professionnelle (formulaire 8) dans lequel il diagnostiquait chez M. Guitard une entorse lombaire (tissus mous) et lui prescrivait un congé autorisé d'une semaine. Le 22 mai 2012, la Commission a accepté la réclamation pour entorse lombaire.

[3] L'entorse lombaire de M. Guitard est réapparue et celui-ci s'est absenté du travail du 5 au 11 juin 2012. La Commission a accepté la réclamation au titre de la réapparition de l'entorse lombaire le 11 juin 2012. Il a repris le travail le même jour. Il a continué à travailler sans interruption jusqu'au 25 février 2013, date à laquelle il a quitté son emploi, avec indemnité de départ, conformément à une convention écrite.

- [4] Bien que M. Guitard ait touché des prestations d'assurance-emploi pendant un certain temps après la cessation de son emploi, il n'y avait aucune preuve au dossier établissant qu'il avait gagné un revenu depuis le 25 février 2013.
- [5] En mai 2015, M. Guitard a communiqué avec la Commission et l'a informée qu'il éprouvait des douleurs au dos et n'avait pas travaillé depuis 2013.
- [6] Le médecin de M. Guitard a présenté un Rapport d'évolution du médecin (formulaire 10) à la Commission le 18 mars 2016, rapport dans lequel il disait que M. Guitard était atteint d'une sténose de gravité moyenne accompagnée d'une compression médullaire et qu'il avait besoin de physiothérapie.
- [7] Le 22 juillet 2016, M. Guitard a subi une IRM qui a montré la présence d'une discopathie dégénérative dans la région L3 à S1, d'une sténose foraminale du côté droit des vertèbres L4-L5 et d'une sténose bilatérale dans la région L5-S1, susceptibles de causer une radiculopathie.
- [8] La Commission a sollicité l'opinion médicale du docteur John Boak, conseiller médical de la Commission, le 26 septembre 2016 et le 31 mars 2017. Les deux fois, le D^r Boak a indiqué à Travail sécuritaire NB que les doléances de M. Guitard n'étaient pas attribuables à l'entorse lombaire subie en 2012.
- [9] S'appuyant sur la preuve médicale, la Commission a décidé que la réclamation de M. Guitard ne ferait pas l'objet d'un nouvel examen et l'a informé de cette décision le 31 mars 2017. M. Guitard s'est adressé au Bureau de résolution de problèmes qui, le 29 juin 2017, a confirmé la décision de la Commission de ne pas procéder à un nouvel examen de la réclamation.
- [10] M. Guitard a interjeté appel devant le Tribunal d'appel de la décision de la Commission de ne pas procéder à un nouvel examen de sa réclamation. Le Tribunal d'appel a examiné l'ensemble de la preuve au dossier et, dans une décision datée du

25 juin 2021, a conclu que M. Guitard avait subi une réapparition de la lésion du 4 mai 2012 le 18 mars 2016. Le Tribunal d'appel a enjoint à la Commission de verser les prestations auxquelles M. Guitard avait droit rétroactivement au 18 mars 2016 (la décision du Tribunal d'appel du 25 juin 2021). De plus, le Tribunal d'appel a ordonné à la Commission de [TRADUCTION] « continuer de traiter la réclamation en conséquence ».

[11] Conformément à la décision du Tribunal d'appel du 25 juin 2021, la Commission a réuni des preuves des gains de M. Guitard de 2011 à 2019. Il n'y avait (et il n'y a toujours) aucun élément de preuve établissant que M. Guitard avait gagné un revenu d'emploi depuis la cessation de son emploi le 25 février 2013.

[12] Le 10 décembre 2021, la Commission a informé M. Guitard qu'il ne satisfaisait pas aux critères énoncés dans la Politique 21-210 et au par. 38.11(2) de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13, parce qu'il ne touchait pas de revenu d'emploi au moment de la réapparition de sa lésion le 18 mars 2016 et n'avait touché aucun revenu d'emploi depuis février 2013.

[13] Le 17 décembre 2021, M. Guitard a demandé un nouvel examen de la décision rendue par la Commission le 10 décembre 2021 selon laquelle il ne satisfaisait pas aux critères d'admissibilité aux prestations pour perte de gains.

[14] Dans une lettre datée du 31 janvier 2022, le Bureau d'examen de décisions de la Commission a confirmé la décision du 10 décembre 2021 et indiqué que M. Guitard ne répondait pas aux critères énoncés au par. 38.11(2) de la *Loi sur les accidents du travail* ou dans la Politique 21-210. Plus précisément, on expliquait dans la décision que M. Guitard était retourné travailler après avoir subi la lésion en mai 2012 puis de nouveau après la réapparition de la lésion le 5 juin 2012, et qu'il avait continué à travailler jusqu'à sa cessation d'emploi le 25 février 2013. Il n'y avait aucune preuve établissant que sa relation d'emploi avait été rompue le 25 février 2013 en raison de la lésion indemnisable.

[15] M. Guitard a interjeté appel de la décision rendue par la Commission le 31 janvier 2022 devant le Tribunal d'appel. Dans une lettre datée du 15 mars 2022, le Tribunal d'appel a confirmé auprès de la défenseure de M. Guitard que la question suivante était bien celle qui devait être tranchée en appel :

[TRADUCTION]

J'ai pris connaissance de votre avis d'appel daté du 1^{er} février 2022 ainsi que du dossier de M. Guitard et, si j'ai bien compris, vous entendez présenter au Tribunal d'appel des accidents au travail (le Tribunal d'appel) sa position concernant la décision suivante :

La décision du 31 janvier 2022 portant que Travail sécuritaire NB n'était nullement tenu de verser des prestations pour perte de gains, puisqu'on avait conclu à l'absence de tout élément de preuve établissant qu'au moment de la réapparition, il existait un droit à des prestations pour perte de gains en raison de la lésion indemnizable. Il a été informé que la décision du 10 décembre 2021 est confirmée.

Si ce n'est pas là la décision dont vous désirez interjeter appel, veuillez nous en informer immédiatement.

[16] Pendant l'audition de l'appel, M. Guitard a fait valoir que les symptômes attribuables à la lésion indemnizable initiale persistaient depuis le jour de l'accident. Le Tribunal d'appel a fait état des tentatives de M. Guitard en vue de faire réexaminer la question de la réapparition par opposition à la persistance de sa lésion :

[TRADUCTION]

Le président : Bien, merci beaucoup de vos observations, M. Guitard. Pour que vous en soyez conscient, toutefois, la réapparition, la question de la réapparition a été tranchée par le premier tribunal administratif et donc, si vous avez des objections soit en ce qui concerne le fait que la lésion a été réputée constituer une réapparition par opposition à une persistance de votre lésion initiale, soit en ce qui concerne la date réelle de la réapparition, parce que la question a été soulevée de même que la date, dont le Tribunal a souligné qu'elle n'était pas celle demandée par votre – votre

défenseure précédente. La méthode prescrite pour pouvoir en appeler consistait à interjeter appel de cette décision ou à demander à la Commission ou au Tribunal de considérer de nouveau cette décision. Aujourd'hui, mon seul mandat, et je dois m'en tenir à mon mandat, mais j'ai comme mandat aujourd'hui d'examiner la décision de la Commission qui déclare que vous n'avez pas droit à des prestations pour perte de gains. Je dois donc limiter la portée de mon examen à cette décision, parce que c'est de cette décision dont il est interjeté appel aujourd'hui; je ne puis donc rendre une décision portant que votre lésion aurait dû être considérée comme une persistance et non comme une réapparition. Je ne puis rendre une décision portant que le moment de la réapparition ne devrait pas être l'année 2016, mais bien l'année 2014. Tout cela est hors de mon ressort parce qu'il existe des procédures qu'il aurait fallu suivre pour interjeter appel de cette décision. Aujourd'hui donc –

[17] Le 18 septembre 2022, le Tribunal d'appel a rejeté l'appel.

III. Norme de contrôle

[18] La norme de contrôle applicable a été définie par le juge Richard, juge en chef du Nouveau-Brunswick, 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) :

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 [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 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]

[19] La Commission fait valoir que le présent appel concerne essentiellement une conclusion de fait (ou une conclusion mixte de fait et de droit) tirée relativement au salaire moyen de M. Guitard au moment de la réapparition de sa lésion le 18 mars 2016.

Cette conclusion de fait a été tirée à bon droit dans le cadre prévu par la loi et la politique applicables. La norme qu'il faut appliquer aux conclusions de fait demeure celle fondée sur la déférence judiciaire en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, comme l'a dit le juge LeBlond dans l'arrêt *Lavigne c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2021 NBCA 45, [2021] A.N.-B. n° 269 (QL) :

Aucune erreur de droit n'est invoquée dans le présent appel. L'appel doit être tranché selon la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait du Tribunal. En fonction de cette norme, l'infirmité n'est justifiée que si, dans son appréciation de la preuve au dossier, le Tribunal a tiré des conclusions entachées d'erreur manifeste et dominante. Je ne décèle aucune erreur semblable; par conséquent, rien ne me permet de conclure que le Tribunal a manqué à son obligation d'origine législative de rendre sa décision sur l'appel de M. Lavigne en toute justice et sur le bien-fondé de l'espèce (voir *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), par. 15 à 18). [par. 3]

[20] En l'absence d'une erreur manifeste et dominante, la décision du Tribunal d'appel commande la déférence.

IV. Moyens d'appel

[21] M. Guitard prétend que le Tribunal d'appel a commis les erreurs de droit, erreurs mixtes de fait et de droit et erreurs de fait suivantes :

1. Il a omis d'effectuer une analyse des par. 38.1(1) et 38.11(2) de la *Loi sur les accidents du travail* qui fut fondée sur l'objet visé et, de ce fait, il n'a pas correctement interprété et appliqué les par. 38.1(1) et 38.11(2) de la *Loi sur les accidents du travail* et, plus précisément, n'a pas pris en compte la perte de gains subie par M. Guitard au-delà du jour où est survenue la lésion;

2. Il a omis d'effectuer une analyse contextuelle de la preuve en ce sens qu'il n'a pas examiné les gains à long terme de M. Guitard au moment où est survenue la lésion le 4 mai 2022 afin d'évaluer la perte de gains qui reflétait le mieux ses antécédents de gains à long terme au moment de la réapparition de son invalidité;
3. Il a omis d'effectuer une analyse contextuelle de la preuve en ce sens qu'il n'a pas tiré d'inférences raisonnables en ce qui concerne la capacité de M. Guitard de travailler avant la réapparition de la lésion le 18 mars 2016;
4. Il a omis d'examiner la preuve de façon équitable du fait qu'il n'a pas tenu compte des rapports subjectifs que M. Guitard a présentés à Travail sécuritaire ni de son témoignage devant le Tribunal d'appel selon lequel il n'a pas été en mesure de travailler après le 25 février 2013, par suite de sa blessure subie au travail, ou qu'il n'a pas tenu compte de la preuve subjective en l'absence d'une preuve objective appuyant les rapports subjectifs et le témoignage de M. Guitard;
5. Il n'a pas interprété et appliqué correctement l'art. 17 de la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13;
6. Il n'a pas interprété et appliqué correctement l'al. 21(9)a) 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, et n'a pas tranché l'appel « en toute justice et sur le bien-fondé de l'espèce »;
7. Il n'a pas interprété et appliqué correctement le par. 38.1(1) non plus que la définition du terme « salaire moyen » et, plus précisément, le « salaire » que M. Guitard « recevait [...] avant » afin d'évaluer les « gains » qui reflétaient le mieux ses antécédents de gains à long terme, comme le

prescrit la Politique 21-210, et n'a pas pris en compte la perte de gains subie par M. Guitard au-delà du jour où est survenue la lésion;

8. Il n'a pas interprété et appliqué correctement la charge de la preuve du fait qu'il a omis de tenir compte des rapports subjectifs et du témoignage de M. Guitard en l'absence d'une preuve objective appuyant ses rapports et son témoignage;
9. Il n'a pas procédé en fonction de la charge de la preuve applicable du fait que c'est à M. Guitard qu'a incombé la charge de réfuter la présomption admise par le Tribunal d'appel selon lequel puisque M. Guitard avait volontairement accepté une indemnité de départ de son employeur, sa décision de quitter son emploi n'était ni involontaire ni imputable à la lésion subie.

V. Textes législatifs et Politique

[22] Au moment de déterminer le salaire moyen d'un employé ayant subi une lésion, nous devons examiner les par. 38.1(1) et 38.11(2) de la *Loi sur les accidents du travail* :

Definitions for various sections

38.1(1) In this section and in sections 38.11, 38.2, 38.5, 38.51, 38.52, 38.53, 38.6 and 38.8

“average earnings” means the daily, weekly, monthly, or regular remuneration that the worker was receiving at the time of the injury or recurrence of the injury, or receiving previously, or at the time of the loss of earnings, or at the time of death, as may appear to the Commission best to represent the earnings of the worker, unless the worker was at the date of the accident

Définitions pour divers articles

38.1(1) Dans le présent article et dans les articles 38.11, 38.2, 38.5, 38.51, 38.52, 38.53, 38.6 et 38.8

[...]

« perte de gains » désigne

a) le salaire moyen net, moins

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

under twenty-one years of age and it is established to the satisfaction of the Commission that under normal conditions the earnings would probably increase, in which case this fact should be considered in determining the worker's average earnings and in no case shall average earnings exceed the maximum annual earnings; (*salaire moyen*)

[...]

“loss of earnings” means

(a) average net earnings, less

(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; (*perte de gains*)

[...]

38.11(2) Where injury or recurrence of an injury to a worker referred to in subsection (1) results in a loss of earnings beyond the day of the injury, the Commission shall estimate the loss of earnings therefrom and shall pay compensation to the worker in an amount equal to eighty-five per cent of the estimated loss of earnings.

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; (*loss of earnings*)

[...]

« salaire moyen » désigne le salaire quotidien, hebdomadaire, mensuel ou le salaire habituel que le travailleur recevait au moment de la lésion ou de la réapparition de la lésion ou avant ou encore à l'époque de la perte de gains ou du décès et que la Commission estime mieux traduire ses gains à moins qu'il n'ait eu moins de vingt et un ans au moment de l'accident et qu'il n'ait été établi à la satisfaction de la Commission que, dans des circonstances normales, le salaire augmenterait probablement, auquel cas ce fait doit être pris en considération pour déterminer le salaire moyen qui ne doit en aucun cas excéder le salaire annuel maximum; (*average earnings*)

[...]

38.11(2) Dans les cas où la perte de gains se poursuit au-delà du jour où est survenue la lésion ou la réapparition de la lésion d'un travailleur visé au paragraphe (1), la Commission évalue la perte de gains qui en résulte et verse au travailleur une indemnité dont le montant correspond à quatre-vingt-cinq pour cent du montant estimatif de la perte.

[23]

De plus, la Politique 21-210 prescrit la façon dont doit être établi le salaire moyen :

1. Selon la *Loi sur les accidents du travail*, [...] « salaire moyen » désigne le salaire quotidien, hebdomadaire, mensuel ou le salaire habituel que le travailleur recevait au

moment de la lésion ou de la réapparition de la lésion ou avant ou encore à l'époque de la perte de gain ou du décès, et que Travail sécuritaire NB estime le mieux traduire ses gains.

2. Selon la situation d'emploi du travailleur blessé, on peut déterminer le salaire habituel ou la rémunération normale de la façon suivante :

- en n'utilisant que les gains que le travailleur recevait de l'employeur au moment de l'accident lorsqu'il y a eu un changement permanent récent au niveau de son emploi et qu'on s'attend à ce que les gains demeurent les mêmes;
- en utilisant d'autres revenus provenant d'une source liée à l'emploi lorsqu'ils reflètent le mieux la perte de gains du travailleur blessé.

3. Travail sécuritaire NB peut utiliser une période qui selon lui démontre adéquatement la rémunération normale du travailleur. Cette période ne dépasse habituellement pas trois ans.

4. Travail sécuritaire NB détermine et vérifie le salaire moyen du travailleur blessé :

- lorsqu'il accepte une réclamation afin que le travailleur reçoive des prestations dès que possible, calculées en fonction du montant qui reflète le mieux sa perte de gains immédiate à court terme;
- après douze semaines afin d'examiner la détermination initiale du salaire moyen et de la modifier selon ce qui reflète le mieux les antécédents de gains à long terme du travailleur blessé;
- chaque année en vertu du paragraphe 38.11(12) de la *Loi sur les accidents du travail* [...]

VI. Analyse

[24] Devant le Tribunal d'appel et devant notre Cour, M. Guitard a prétendu que la meilleure preuve de ses gains est le salaire qu'il gagnait pendant qu'il occupait son ancien emploi.

[25] M. Guitard cherche essentiellement à faire établir une autre date de réapparition de la lésion afin d'élargir la portée de sa réclamation. Il existait dans la loi des mécanismes favorisant la reconsidération de la décision du Tribunal d'appel du 25 juin 2021 ainsi que des conclusions de fait se rapportant à la réapparition de la lésion subie par M. Guitard, mais ce dernier ne s'est pas prévalu de ces mécanismes.

[26] L'appel de M. Guitard sur la question de la réapparition de sa lésion a été accueilli par le Tribunal d'appel. Par conséquent, dans sa décision du 25 juin 2021, le Tribunal d'appel a ordonné à la Commission de verser à M. Guitard les prestations auxquelles il avait droit rétroactivement au 18 mars 2016 (savoir la date de la demande faite par le médecin au nom de M. Guitard afin que celui-ci obtienne des soins de physiothérapie). Cette décision est venue constater à la fois le fait et la date de la réapparition de sa lésion, les deux constituant des conclusions de fait qui relevaient de la compétence du Tribunal d'appel.

[27] M. Guitard n'a pas interjeté appel de la décision du Tribunal d'appel du 25 juin 2021 et n'en a pas non plus demandé la reconsidération conformément au par. 22(1) ou à l'art. 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*.

[28] L'Assemblée législative a précisé le caractère définitif des décisions du Tribunal d'appel au par. 21(12) 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*, sous réserve des mécanismes législatifs que sont l'appel ou la reconsidération. En formant le présent appel, M. Guitard cherche à éluder les conclusions tirées dans une

autre décision du Tribunal d'appel. Cela nous oblige à prendre en compte les règles qui interdisent la contestation indirecte ainsi que le principe de l'autorité de la chose jugée, reconnu en common law. La capacité de se fier au caractère définitif d'une décision sert l'intérêt public et celui des parties. Comme l'a écrit la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422, « ce n'est pas la contestation du bien-fondé ou de l'équité d'une décision judiciaire ou administrative devant les forums compétents qui est préjudiciable au système judiciaire, c'est le fait d'éluder ces mécanismes de révision » (par. 30).

[29] 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 confère pas à notre Cour le pouvoir de considérer de nouveau une décision antérieure. Ce pouvoir est conféré à la Commission relativement à ses décisions (par. 22(1)) ainsi qu'au Tribunal d'appel relativement à ses propres décisions (par. 22.1(1)). La décision du Tribunal d'appel du 25 juin 2021 ne pouvait être considérée de nouveau que par suite d'une demande expresse de reconsidération présentée en vertu de l'art. 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*. Comme nous l'avons souligné, M. Guitard n'a pas fait de demande de cette nature.

[30] Le Tribunal d'appel était lié par la conclusion tirée dans la décision du Tribunal d'appel du 25 juin 2021 selon laquelle M. Guitard avait subi une réapparition de sa lésion indemnisable le 18 mars 2016 ainsi que par l'ordonnance enjoignant d'évaluer le droit de M. Guitard à des prestations à compter de cette même date.

[31] Le Tribunal d'appel a correctement appliqué le critère à trois volets énoncé au par. 38.11(2) de la *Loi sur les accidents du travail* afin de déterminer le droit à une indemnité pour perte de gains :

1. Le travailleur doit avoir subi une lésion ou la réapparition d'une lésion qui est indemnisable sous le régime de la *Loi sur les accidents du travail*.

2. Ensuite, il doit y avoir une perte de gains qui « en résulte » et qui se poursuit au-delà du jour où est survenue la lésion ou la réapparition de la lésion. Autrement dit, il doit exister un lien de causalité entre la lésion, ou la réapparition, et la perte de gains. Il s'agit là d'une condition préalable à l'évaluation de la perte de gains.
3. Enfin, le cas échéant, la Commission doit évaluer la perte de gains qui « en résulte » et verser au travailleur une indemnité dont le montant correspond à 85 % du montant estimatif de la perte.

[32] Lorsqu'il a abordé la première étape du critère, le Tribunal d'appel a précisé que la réapparition de la lésion de M. Guitard avait été jugée être survenue le 18 mars 2016. Après avoir examiné la preuve, le Tribunal d'appel a conclu que M. Guitard n'avait gagné aucun revenu d'emploi au cours des trois années qui avaient précédé le moment de la réapparition et que, par conséquent, aucune perte de gains ne pouvait [TRADUCTION] « résulter » de la réapparition. M. Guitard a donc été débouté de sa prétention à l'admissibilité à des prestations pour perte de gains à la deuxième étape de l'analyse.

[33] Le Tribunal d'appel ne s'est pas engagé dans une analyse visée à la Politique 21-210 relativement au « salaire moyen » parce que M. Guitard ne satisfaisait pas au critère régissant le droit ou l'« admissibilité » à des prestations pour perte de gains. La Politique 21-210 n'entre en jeu que lorsque l'on a satisfait au critère à trois volets énoncé au par. 38.11(2) et que l'admissibilité du travailleur est établie.

[34] Bref, lorsque la réapparition est survenue environ trois ans après que M. Guitard a quitté son emploi, il n'y avait donc aucune perte de revenu susceptible d'être calculée par la Commission. Bien que le Tribunal d'appel ait à l'époque conclu que la réapparition était indemnisable, la Commission a estimé qu'aucune perte de gains indemnisable n'en avait résulté. Cette décision a de nouveau fait l'objet d'un appel devant le Tribunal d'appel, appel qui a été rejeté. Il n'y a pas eu d'autre appel devant

notre Cour et la décision du Tribunal d'appel lie donc le Tribunal d'appel qui a entendu l'affaire dont nous sommes saisis en l'espèce.

[35] Devant nous, M. Guitard a prétendu que le Tribunal d'appel aurait dû remonter jusqu'au salaire qu'il touchait avant la lésion initiale qu'il a subie. La Commission a fait valoir à juste titre, dans son mémoire, que nous ne pouvons pas réexaminer la question de la [TRADUCTION] « persistance de la lésion initiale » et ainsi fonder une décision d'accueillir l'appel. Il aurait fallu pour cela que soit présentée une requête en reconsidération de la cessation des prestations antérieures en vertu du par. 22.1(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* à la suite de la décision du Tribunal d'appel du 25 juin 2021. Or, cela ne s'est pas produit.

VII. Conclusion et dispositif

[36] J'estime que le Tribunal d'appel a correctement appliqué les par. 38.1(1) et 38.11(2) ainsi que la Politique 21-210 lorsqu'il a conclu à l'absence de droit à des prestations.

[37] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel. Conformément à la pratique de notre Cour à l'égard des appels se rapportant à Travail sécuritaire NB, je n'adjugerais pas de dépens.