



Social Security
Tribunal of Canada

Tribunal de la sécurité
sociale du Canada

[TRADUCTION]

Citation : *D. B. c. Ministre de l'Emploi et du Développement social*, 2016 TSSDASR 501

Numéro de dossier du Tribunal : AD-16-475

ENTRE :

D. B.

Appelante

et

Ministre de l'Emploi et du Développement social
(antérieurement ministre des Ressources humaines et du Développement des
compétences)

Intimé

DÉCISION DU TRIBUNAL DE LA SÉCURITÉ SOCIALE
Division d'appel

DÉCISION RENDUE PAR : Neil Nawaz

DATE DE LA DÉCISION : Le 22 décembre 2016

MOTIFS ET DÉCISION

DÉCISION

[1] L'appel est accueilli.

INTRODUCTION

[2] Il s'agit d'un appel de la décision de la division générale (DG) du Tribunal de la sécurité sociale (TSS) rendue le 22 décembre 2015 qui a rejeté la demande de pension d'invalidité de l'appelante au motif que cette dernière n'avait pas prouvé que son invalidité était grave au sens du *Régime de pensions du Canada* (RPC) au moment où sa période minimale d'admissibilité (PMA) a pris fin, c'est-à-dire au 31 décembre 2011. La permission d'en appeler a été accordée le 12 octobre 2016 au motif que la décision de la DG pourrait comporter une erreur.

APERÇU

[3] L'appelante avait 51 ans lorsqu'elle a présenté sa demande de prestations d'invalidité du RPC le 18 février 2013. Dans sa demande, elle a indiqué qu'elle a fréquenté l'école jusqu'en 10^e année et qu'elle a exercé divers postes, dont celui de gardienne de sécurité, de femme de ménage et de commis-vendeuse. Son dernier emploi a été celui de gestionnaire de rayon chez Walmart, un emploi qu'elle a quitté après qu'elle se soit blessée au dos. Elle a fait deux tentatives de retour au travail à court terme, mais elle n'a pas été capable d'accomplir ses tâches modifiées en raison de ses maux de dos.

[4] L'intimé a rejeté la demande initiale et la demande de révision au motif que son invalidité n'était ni grave ni prolongée à la date de fin de sa PMA. Le 2 avril 2014, l'appelante a interjeté appel de ces rejets auprès de la DG.

[5] À l'audience devant la DG tenue le 10 décembre 2015, l'appelante a témoigné à propos de son éducation et de son expérience professionnelle. Elle a dit qu'elle était en santé avant qu'elle ne se blesse au dos en transportant une boîte lourde au travail. Elle a essayé plusieurs traitements qui n'ont eu que des effets limités, bien qu'elle ait conclu que la marijuana aidait à soulager sa

douleur. Elle a travaillé dans une salle de bingo au cours des 10 derniers mois, mais elle a récemment donné sa démission.

[6] Dans sa décision datant du 10 décembre 2015, la DG a rejeté l'appel de l'appelante après avoir conclu, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle était capable de détenir un emploi véritablement rémunérateur. La DG a conclu que son emploi pour la salle de bingo sur la réserve de la Première Nation suggérait qu'elle était capable de détenir un emploi convenable, compte tenu de son expérience de travail et de ses compétences transférables. La DG était également incrédule que sa raison pour avoir quitté son emploi — que son asthme ait été aggravé par la présence de fumée dans son environnement de travail — prouvait qu'elle était incapable d'exercer tout type d'emploi.

[7] Le 23 mars 2016, la représentante de l'appelante a déposé une demande de permission d'en appeler et un avis d'appel à la division d'appel (DA) du TSS, soulevant des erreurs de fait et de droit commises par la DG. Le 12 octobre 2016, la DA a accordé la permission d'en appeler au motif que la DG pourrait avoir commis les erreurs suivantes :

- a) Elle aurait fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée en ne tenant pas compte du témoignage de l'appelante selon lequel elle a tenté à deux reprises de travailler à la salle de bingo pour de courtes périodes de quatre et de cinq mois, respectivement ;
- b) Elle aurait fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée en ne tenant pas compte des éléments de preuve orale selon lesquels l'appelante a cessé de travailler pour la salle de bingo pour des raisons autres que le fait que son asthme s'était aggravé en raison de la fumée secondaire ;
- c) Elle aurait fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée en ignorant le témoignage de l'appelante selon lequel elle consommait de la marijuana au moyen d'un vaporisateur de façon à ne pas irriter ses poumons ;

- d) Elle aurait commis une erreur de droit en citant à tort l'arrêt *Miller c. Canada*¹ pour comparer la rémunération que l'appelante avait touchée de son emploi à la salle de bingo après sa PMA.

[8] La DA a également invité les parties à présenter des observations sur les questions suivantes : Est-il nécessaire d'entendre davantage les parties ; si tel est le cas, quel mode d'audience serait approprié ? Le 21 novembre 2016, un individu provenant du bureau de la représentante autorisée de l'appelante a présenté une demande écrite de prorogation de délai pour soumettre les observations, car sa cliente avait l'intention de se soumettre à un examen de la capacité fonctionnelle (ECF), et tout rapport résultant de cet examen ne serait disponible qu'après le délai de 45 jours. Dans une lettre datée du 23 novembre 2016, j'ai rejeté la demande au motif qu'un appel devant la DA ne représente pas une occasion pour soumettre de nouveaux éléments de preuve ou de plaider à nouveau sur le fond d'une cause. En outre, je doutais que les résultats du rapport résultant de l'ECF ne soient pertinents à l'un des moyens d'appel qui a permis que la permission d'en appeler soit accordée.

[9] L'intimé a présenté ses observations le 28 novembre 2016.

[10] J'ai décidé qu'une audience de vive voix n'était pas nécessaire et que l'appel pouvait être instruit sur le fondement du dossier documentaire pour les motifs suivants :

- a) Le dossier est complet et ne nécessite aucune clarification ;
- b) Le mode d'audience respectait les exigences du *Règlement du Tribunal de la sécurité sociale* à savoir qu'il doit procéder de façon la plus informelle et expéditive que le permettent les circonstances, l'équité et la justice naturelle.

¹ *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 237.

DROIT APPLICABLE

[11] Conformément au paragraphe 58(1) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social* (LMEDS), les seuls moyens d'appel sont les suivants :

- a) la DG n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence ;
- b) elle a rendu une décision entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier ;
- c) elle a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

[12] Selon le paragraphe 59(1) de la LMEDS, la DA doit déterminer s'il convient de rejeter l'appel, de rendre la décision que la DG aurait dû rendre, de renvoyer l'affaire à la DG pour révision conformément aux directives qu'elle juge indiquées, ou de confirmer, d'infirmer ou de modifier totalement ou partiellement la décision de la DA.

[13] L'alinéa 44(1)b) du RPC énonce les conditions d'admissibilité à une pension d'invalidité du RPC. Une pension d'invalidité doit être payée à un cotisant qui :

- a) n'a pas atteint l'âge de 65 ans ;
- b) ne touche pas une pension de retraite du RPC ;
- c) est invalide ;
- d) a versé des cotisations valides au RPC pendant au moins la PMA.

[14] Le calcul de la PMA est important puisqu'une personne doit établir qu'elle était atteinte d'une invalidité grave et prolongée à la date ou avant la date marquant la fin de sa PMA.

[15] Aux termes de l'alinéa 42(2)a) du RPC, pour être invalide, une personne doit être atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée. Une invalidité n'est grave que si elle rend la personne régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice.

Une invalidité est prolongée si elle doit vraisemblablement durer pendant une période longue, continue et indéfinie ou doit entraîner vraisemblablement le décès.

QUESTIONS EN LITIGE

[16] Les questions dont je suis saisi sont les suivantes :

- a) Quelle norme de contrôle doit-on appliquer lors de l'examen des décisions de la DG ?
- b) La DG a-t-elle fondé sa décision sur des conclusions de fait erronées en :
 - ignorant le témoignage de l'appelante voulant qu'elle avait essayé à deux reprises de travailler à la salle de bingo pour de courtes périodes de quatre et de cinq mois, respectivement ?
 - ignorant les éléments de preuve orale selon lesquels l'appelante a cessé de travailler pour la salle de bingo pour des raisons autres que le fait que son asthme s'était aggravé en raison de la fumée secondaire ?
 - ignorant le témoignage de l'appelante voulant qu'elle consommait de la marijuana au moyen d'un vaporisateur de façon à ne pas irriter ses poumons ?
- c) La DG a-t-elle commis une erreur de droit en utilisant une référence inappropriée pour évaluer la rémunération que l'appelante avait touchée de son emploi à la salle de bingo après sa PMA ?

OBSERVATIONS

Norme de contrôle

[17] L'appelante n'a présenté aucune observation en la matière.

[18] L'intimé soutient que la norme de contrôle applicable dans le cadre de cet appel est celle de la décision correcte puisque la DA ne doit aucune déférence à la DG. La DA est une instance

supérieure au sein du même tribunal ; la DG ne possède ni un savoir-faire ni une expérience qui justifie de privilégier ses décisions.

[19] Dans ses observations, l'intimé a abordé en détail les normes de contrôle et leur applicabilité en l'espèce, pour conclure que la norme de la décision correcte doit être appliquée aux erreurs de droit, et que la norme de la décision raisonnable doit être appliquée aux erreurs de fait et aux erreurs mixtes de fait et de droit.

[20] L'intimé a noté que la Cour d'appel fédérale n'a pas encore déterminé l'approche exacte que doit appliquer la DA lorsqu'elle examine des décisions de la DG portées en appel. L'intimé a reconnu la cause récente *Canada c. Huruglica*² sur laquelle la Cour d'appel fédérale a récemment statué, laquelle, il a indiqué, a confirmé que l'analyse de la DA devrait être influencée par des facteurs comme le libellé de la loi habilitante, l'intention de la législature ayant créé le tribunal et le fait que la législature a le pouvoir d'établir une norme de contrôle si elle le veut. L'intimé est d'avis que la décision *Huruglica* n'a pas changé de façon significative la norme à appliquer aux erreurs de fait alléguées. Les termes de l'alinéa 58(1)c) de la LMEDS énoncent toujours une grande variété d'issues possibles.

[21] L'intimé a fait valoir que la DA devrait s'abstenir de réviser les affaires pour lesquelles la DA avait un avantage important en tant que juge des faits. Le libellé des articles 58 et 59 de la LMEDS indique que le législateur voulait que la DA fasse preuve de déférence à l'endroit des conclusions de fait et des conclusions mixtes de fait et de droit de la DG.

Nature du travail pour la salle de bingo

[22] Au paragraphe 22 de sa décision, la DG a conclu que l'emploi de l'appelante pour la salle de bingo démontrait sa capacité à conserver un emploi. L'appelante soutient que cette conclusion n'était pas fidèle à son témoignage, dans lequel elle a affirmé qu'elle avait travaillé pour la salle de bingo pendant quatre mois avant de démissionner parce qu'elle ne pouvait pas assumer la dimension physique de l'emploi. Son employeur lui a ensuite fourni d'autres mesures d'adaptation, mais elle a seulement pu conserver son emploi cinq mois de plus.

² *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Huruglica*, 2016 CAF 93.

[23] L'intimé soutient que la DG n'a commis aucune erreur : L'enregistrement audio de l'audience indique que l'appelante n'a pas témoigné qu'elle avait arrêté de travailler à deux reprises pour la salle de bingo. De plus, elle n'a pas mentionné qu'elle avait arrêté de travailler pour la salle de bingo parce qu'elle trouvait que les mesures d'adaptation étaient inadéquates.

Raisons de cessation d'emploi pour la salle de bingo

[24] L'appelante s'oppose aux paragraphes 13 et 22 de la décision, dans lesquels le DG a indiqué qu'elle prévoyait cesser d'occuper son emploi puisque la fumée secondaire aggravait son asthme, ne tenant pas compte de son témoignage voulant qu'il ne s'agissait que d'un facteur contribuant à son incapacité à exercer ses fonctions essentielles. En réalité, elle souhaitait quitter son emploi parce qu'elle éprouvait de la douleur.

[25] L'intimé insiste sur le fait que la DG n'a pas ignoré ou déformé le témoignage de l'appelante. Premièrement, rien n'indique que l'appelante a quitté son emploi pour la salle de bingo au moment de l'audience. À 27 min de l'enregistrement audio, l'appelante a révélé qu'elle travaillait au moment de l'audience, mais elle a indiqué qu'elle avait l'intention de quitter son poste. Deuxièmement, l'appelante a indiqué à plusieurs reprises au cours de l'audience que son problème principal à la salle de bingo était l'environnement de travail envahi par la fumée et l'effet de celle-ci sur son asthme. À 31 min 27 s de l'enregistrement, l'appelante a fait remarquer que d'ici la fin de ses quarts de travail, elle ne pouvait plus marcher et qu'elle avait pris deux semaines de congé. Cependant, elle a par la suite indiqué qu'elle avait récemment commencé un poste moins exigeant qui lui permettait d'effectuer des périodes de travail plus longues.

[26] À 57 min 28 s, l'appelante a indiqué que de travailler pour la salle de bingo allait [traduction] « finir par la tuer », et c'est à ce moment-là que sa représentante a indiqué que son plus gros problème à la salle de bingo était son asthme. À 1 h 22 s de l'enregistrement, l'appelante a mentionné qu'elle souffrait du syndrome du côlon irritable (SCI) et d'arthrite aux mains, et que ceux-ci constituaient des obstacles physiques supplémentaires à son emploi, bien qu'aucune de ces conditions médicales n'avait été indiquée au moment de sa PMA. Le seul élément de preuve médicale objective qui faisait mention de l'arthrite et du SCI datait de 2013, après la fin de sa PMA.

Utilisation d'un vaporisateur

[27] L'appelante soutient que la DG n'a pas tenu compte des éléments de preuve voulant qu'elle consomme de la marijuana par l'intermédiaire d'un vaporisateur qui n'irrite pas ses poumons comme le ferait la fumée. En concluant que cela était [traduction] « contre-intuitif » que la fumée de cigarette avait incité l'appelante à quitter son emploi (et en supposant qu'elle était capable de tolérer la fumée de marijuana), la DG a fondé sa décision sur une erreur de fait. De plus, la DG a suggéré qu'elle n'était pas responsable dans la façon dont elle maîtrisait sa douleur, même si elle a témoigné que fumer de la marijuana n'exacerbe pas son asthme.

[28] L'intimé soutient que la DG n'a commis aucune erreur, car l'appelante n'avait pas révélé au cours de l'audience qu'elle utilisait un vaporisateur. Elle a fait référence à la marijuana qu'à une seule reprise dans son témoignage, lorsqu'elle a dit à 22 min 33 s de l'enregistrement qu'elle fumait de la marijuana sans ordonnance tous les jours et que cela l'aidait à soulager sa douleur et à maintenir une bonne santé mentale. Peu après, la DG lui a demandé de quelle façon la consommation de marijuana affectait son asthme. L'appelante a tout simplement indiqué que cela n'avait aucune incidence sur son asthme. Elle n'a fait aucune mention de son vaporisateur.

Utilisation de l'arrêt *Miller* pour déterminer que la rémunération perçue à la salle de bingo était véritablement rémunératrice

[29] Au paragraphe 23, la DG a cité l'arrêt *Miller c. Canada*, mais l'appelante croit que celle-ci est fondée sur un ensemble de faits considérablement différents de ceux entourant sa situation. Alors que dans l'arrêt *Miller*, la requérante avait touché un salaire notable sur deux ans, l'appelante a pour sa part travaillé pendant une période de quatre mois et une autre de cinq mois, et ce pour un revenu qui n'en valait même pas la moitié.

[30] Dans ma décision accordant la permission d'en appeler, j'ai suggéré que l'appelante n'a peut-être pas eu une occasion adéquate de répondre aux observations relatives à la jurisprudence. L'intimé répond que la DG a abordé l'arrêt *Miller* au cours de l'audience, et l'enregistrement audio démontre que ni l'appelante ni sa représentante n'a demandé un délai supplémentaire pour considérer la décision ou pour présenter des observations écrites après les faits. À 1 h 13 min 8 s de l'enregistrement, la DG a demandé directement à la représentante de l'appelante ses

observations concernant l'application de l'arrêt *Miller* à l'affaire de sa cliente. La représentante a soutenu que l'arrêt *Miller* ne s'appliquait pas à l'emploi de l'appelante pour la salle de bingo, puisqu'il s'agissait d'un essai prolongé de retour au travail contrairement à une preuve de capacité de travail.

[31] L'intimé a cité *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*³ lorsqu'il a soutenu qu'il existe une règle bien connue selon laquelle toute allégation de violation d'équité procédurale doit être soulevée à la première occasion. La première occasion qui est donnée au demandeur se présente lorsque celui-ci « est informé des renseignements pertinents et qu'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il soulève une objection ». Une partie [traduction] « ne peut pas attendre le moment où elle a perdu pour crier à l'injustice ». L'appelante et sa représentante n'ont pas soulevé de préoccupation concernant la référence de la DG à l'arrêt *Miller*, et elles ont eu l'opportunité de présenter des observations. Par conséquent, l'appelante ne peut pas affirmer qu'elle n'a pas reçu une opportunité d'équité procédurale après les faits.

[32] En ce qui concerne la substance de la comparaison entre l'arrêt *Miller* et la présente espèce, l'intimé soutient que la DG n'a pas cité la jurisprudence dans le but de comparer la rémunération que l'appelante avait touchée de son emploi à la salle de bingo après sa PMA. Plutôt, elle s'appuyait sur un principe prévu dans l'arrêt *Miller* qui prévoyait que [traduction] « la capacité d'un demandeur de prestations d'invalidité à occuper régulièrement une occupation rémunératrice est l'antithèse même d'une invalidité grave et prolongée ». La DG a raisonnablement conclu que le fait que l'appelante travaillait au moment de l'audience, près de six ans après la fin de sa PMA, constituait un élément de preuve de capacité de travail.

[33] L'intimé reconnaît que bien que la DG ait comparé la rémunération dans l'arrêt *Miller* à celle de l'appelante, la DG n'avait pas mis l'accent sur la rémunération de l'appelante, mais plutôt sur les éléments de preuve irréfutables suggérant qu'elle avait la capacité de travailler de 77-78 heures au cours d'une période de deux semaines. La DG a fait une comparaison entre l'appelante et la requérante dans l'arrêt *Miller*, car dans les deux cas les requérantes ont repris une occupation rémunératrice après la fin de leur PMA respective, démontrant ainsi une capacité de travail.

³ *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 RCF 107.

[34] Bien qu'il soit vrai que la requérante dans l'arrêt *Miller* était retournée travailler pendant deux ans et avait touché une rémunération plus élevée que l'appelante, cela n'était pas le point de comparaison fondamental. Plutôt, la question fondamentale était le fait que l'appelante était retournée travailler et que cela démontrait une capacité. Cela est évident au paragraphe 23 de la décision de la DG où elle a conclu que [traduction] « les faits entourant la décision *Miller* ne se distinguent pas de cet appel. Le Tribunal estime que l'appelante a démontré une capacité d'occuper régulièrement une occupation rémunératrice, et cela est l'antithèse même d'une invalidité grave et prolongée. »

[35] De plus, il y a des éléments de preuve selon lesquels la DG a bel et bien considéré si le retour au travail de l'appelante pouvait être considéré comme une tentative ratée d'atténuation, comme cela a été indiqué par ses observations à 1 h 14 min 47 s de l'enregistrement audio. Cependant, comme l'a indiqué la DG au paragraphe 22 de la décision, l'arrêt *Inclima*⁴ exige que si des éléments de preuve laissent entendre qu'un requérant est capable de travailler, celui-ci doit prouver que les efforts qu'il a déployés pour trouver et conserver un emploi ont été infructueux en raison de son état de santé. À 38 min 48 s de l'enregistrement, l'appelante a témoigné qu'elle arrêterait seulement maintenant de travailler, car son fils s'était engagé dans l'armée et elle n'avait plus à le soutenir financièrement. À 53 min 21 s de l'enregistrement, elle a indiqué qu'elle avait reçu une formation pour un nouveau poste au travail qu'elle trouvait plus facile. Compte tenu de cet élément de preuve, la DG a raisonnablement conclu que ses efforts pour conserver un emploi n'ont pas été infructueux en raison de son état de santé.

ANALYSE

Norme de contrôle

[36] Jusqu'à tout récemment, il était convenu que les appels devant la DA étaient régis par les normes de preuve énoncées dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*⁵ par la Cour suprême du Canada. Dans les affaires traitant d'erreurs présumées de droit ou de manquements à un principe de justice naturelle, la norme applicable était celle de la décision correcte, faisant état d'un seuil inférieur de déférence devant être montré envers un tribunal administratif qui est souvent comparé

⁴ *Inclima c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 117.

⁵ *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] RCS 190, 2008 CSC 9.

à une cour de première instance. Dans les affaires comportant des allégations de conclusions de fait erronées, la norme applicable est celle de la décision raisonnable, signifiant une réticence de la Cour à intervenir dans les conclusions de l'entité dont le rôle consiste à évaluer la preuve des faits.

[37] L'affaire *Huruglica* a rejeté cette approche, soutenant que les tribunaux administratifs ne devraient pas utiliser les normes de contrôles qui ont été conçues pour être appliquées par les cours d'appel. Les tribunaux administratifs devraient plutôt se fier en premier lieu à leur loi constitutive pour déterminer leur rôle.

[38] Bien que l'affaire *Huruglica* traite d'une décision qui provenait de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, elle a des incidences sur d'autres tribunaux administratifs. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale a indiqué qu'il était inapproprié d'importer les principes de contrôle judiciaire aux forums administratifs, comme il a été mentionné dans l'affaire *Dunsmuir*, car ces derniers peuvent refléter des priorités législatives autres que l'impératif constitutionnel voulant préserver la règle du droit. [traduction] « Il ne faut pas simplement tenir pour acquis que ce qui est réputé être la meilleure politique pour les cours d'appel s'applique également aux instances d'appel à caractère administratif ».

Déclarations alléguées concernant l'emploi pour la salle de bingo

[39] Puisque deux des allégations de fausses déclarations factuelles de l'appelante portaient sur différents aspects de son emploi après sa PMA, je les aborderai ensemble.

[40] Puisque le dossier d'audience ne contient aucune information au sujet du récent emploi de l'appelante pour la salle de bingo, il semblerait que tous les éléments de preuve à ce sujet doivent avoir été présentés dans le témoignage. J'ai maintenant eu l'occasion d'écouter l'enregistrement audio de l'audience afin de déterminer si la DG a correctement fait part de la substance du témoignage de l'appelante en l'espèce. Cependant, il est important de garder en tête qu'une erreur de fait de la part de la DG n'est pas en soi un motif pour infirmer une décision ; plutôt, cette erreur doit également : (i) avoir été faite de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance et (ii) et constituer la base sur laquelle la décision a été fondée — c'est-à-dire qu'elle doit avoir été significative.

[41] Dans sa décision, la DG a résumé le témoignage de l'appelante au sujet de son emploi pour la salle de bingo de la façon suivante :

[traduction]

[12] L'appelante a témoigné qu'elle travaillait pour une salle de bingo située dans une réserve. Elle a indiqué qu'elle y travaille depuis environ 10 mois. Elle travaillait entre 20 et 40 heures par semaine. Dans le cadre de son poste récent, elle devait se tenir debout à la billetterie et vendre des cartes de bingo. Ce poste a exigé qu'elle travaille plus d'heures, et un talon de chèque récent indique qu'elle a travaillé 77-78 heures sur une période de paye de deux semaines.

[13] L'appelante a témoigné qu'elle avait donné son préavis à l'employeur en raison de son asthme. Puisque l'établissement n'est pas régi par les lois antitabac, il compte un très grand nombre de fumeurs, et l'air est épais à cause de la fumée secondaire. Son asthme s'en trouve aggravé et elle remet donc sa démission. Elle a témoigné qu'elle a trouvé cet emploi difficile et qu'elle pleure à l'aller comme au retour du travail.

[42] Il n'y a pas de doute que l'emploi de la demanderesse après sa PMA a joué un rôle important dans sa décision de rejeter la demande de prestation d'invalidité du RPC de l'appelante. Sa conclusion selon laquelle elle exerçait une occupation véritablement rémunératrice près de cinq ans après la fin de sa PMA l'a mené à conclure que son invalidité déclarée n'était ni grave ni prolongée (l'on suppose).

[traduction]

[22] [...] La raison de sa démission est que son asthme a été aggravé par la consommation élevée de tabac dans la salle de bingo. Cela ne constituerait pas un obstacle dans un milieu de travail comparable. L'emploi de l'appelante pour la salle de bingo n'a pas été une réussite en raison de son état de santé et de son asthme. Ce milieu de travail est très inhabituel, et elle ne devrait pas remplir les mêmes conditions dans d'autres milieux de travail. L'appelante a démontré une capacité de régulièrement détenir une occupation véritablement rémunératrice et une capacité physique de travail. L'appelante a été capable d'exercer les fonctions de son poste à l'exception de l'obstacle concernant les fumeurs de cigarettes. Cette condition médicale ne ferait pas en sorte qu'elle ne soit pas en mesure de travailler dans un environnement sans fumée.

[43] Ce passage indique que la DG avait conclu que son incapacité de tolérer la fumée était la seule raison de la démission imminente de l'appelante de son emploi pour la salle de bingo. Il est également clair que la DG ne considérait pas son emploi pour la salle de bingo (l'un des quelques

lieux publics qui sont toujours exemptés des lois antitabac) comme étant représentatif de la plupart des milieux de travail, et par conséquent, ne permettait pas de déterminer si l'appelante était capable de détenir un autre emploi. Le fondement des allégations de l'appelante est que la DG a tenté de minimiser ses difficultés avec les aspects physiques de son travail à la salle de bingo (ignorant son témoignage selon lequel elle a quitté cet emploi à deux reprises), et a conclu à tort qu'elle avait quitté son emploi uniquement en raison de son état asthmatique plutôt qu'en raison de ses maux de dos. L'intimé a raison de soulever le fait que l'appelante a indiqué qu'elle travaillait toujours au moment de l'audience, mais elle n'a jamais nié cela par la suite et a seulement dit qu'après avoir donné un préavis, son dernier jour de travail serait à la fin du mois. Cependant, contrairement à l'impression laissée par la décision de la DG, elle a bel et bien témoigné que la douleur qu'elle ressentait, autant que son asthme, était un facteur associé à son intention de quitter son emploi pour la salle de bingo, comme l'indiquent les extraits suivants qui ont été transcrits à partir de l'enregistrement audio :

30:30 :

Membre : Donc, croyez-vous que vous allez continuer à travailler là-bas ?

Appelante : Non. J'ai déjà donné mon préavis. Je finis à la fin de l'année.

Membre : Pourquoi ?

Appelante : Je ne peux pas continuer. C'est un environnement rempli de fumée...je ne peux pas respirer. Mon asthme...et en plus, j'ai des polypes dans mes sinus, et ils reviennent à cause de la fumée.

31:10 :

Appelante : Ce n'est pas seulement la fumée, mais à la fin de la journée, peu importe si je fais un quart de travail de deux heures et demie ou de sept heures, je ne peux littéralement pas marcher...j'ai quitté le travail pendant deux semaines pensant que je n'allais pas y retourner parce que je ne voulais pas y retourner, mais je ne pouvais pas me le permettre. Dans les deux semaines où j'ai quitté, j'étais presque ruinée financièrement.

32:35 :

Appelante : Je ne peux pas mentalement et physiquement exercer cet emploi. J'ai littéralement, à la fin de mes quarts de travail, dormi dans mon véhicule, parce que je n'étais pas capable de sortir.

33:50 :

Membre : S'il n'y avait pas de fumée (à mon grand étonnement) dans la salle de bingo, seriez-vous capable d'y travailler si c'était sans fumée ?

Appelante : No, car mon dos ne me le permet pas. Mes mains. J'ai beaucoup d'arthrite, et le travail que je fais exige constamment que j'utilise mes mains, et si je continue à le faire, je ne pourrai plus du tout utiliser mes mains.

[44] Considéré dans son ensemble, le témoignage de l'appelante révèle qu'elle n'attribuait pas ses difficultés à la salle de bingo uniquement à son intolérance à la fumée de cigarette liée à son asthme, comme l'a suggéré la DG dans sa décision. Bien qu'elle ait dit que le SCI et l'arthrite dans ses mains entravaient sa capacité de travailler, elle a également fait référence à plus d'une reprise à ses douleurs dorsales, lesquelles constituent le fondement de sa demande d'invalidité pour laquelle il existe bel et bien des éléments de preuve médicale datant d'avant la PMA. L'omission de la DG brouille également sa conclusion subséquente selon laquelle l'appelante n'avait pas déployé suffisamment d'efforts pour envisager d'autres professions, puisque ses maux de dos l'empêcheraient d'exercer beaucoup plus de professions que s'il s'agissait uniquement d'une intolérance à la fumée, particulièrement dans le monde d'aujourd'hui où l'interdiction de fumer est largement répandue.

[45] À mon avis, la DG a fondé sa décision de rejeter la demande de prestations de l'appelante sur une conclusion qui n'était pas soutenue par la preuve au dossier, c'est-à-dire que la présence de tabac en milieu de travail était la seule raison pour laquelle elle a quitté son emploi pour la salle de bingo.

Vaporisateur

[46] J'ai accordé la permission d'en appeler au motif que la DG a peut-être commis une erreur en ignorant les éléments de preuve selon lesquels l'appelante consommait de la marijuana au moyen d'un vaporisateur, réduisant ainsi la quantité de fumée susceptible d'irriter ses poumons. Ce sujet a pris de l'importance, car la DG, dans sa décision, a exprimé son scepticisme concernant le fait que quelqu'un qui soutient souffrir d'asthme invalidant trouverait cela thérapeutique de fumer de la marijuana tous les jours.

[47] Après avoir examiné l'enregistrement audio de l'audience, je dois souscrire à la position de l'intimé qui soutient que l'appelante n'a jamais mentionné dans son témoignage qu'elle utilisait un vaporisateur. À 22 min 30 s de l'enregistrement et encore à 49 min et 55 s, elle a dit à la DG qu'elle [traduction] « fumait » de la marijuana en vente libre quotidiennement. À 24 min 15 s, la

DG a spécifiquement demandé à l'appelante quels étaient les effets de la marijuana sur son asthme. Elle a répondu : [traduction] « Rien. [Aucun problème] à ma connaissance. »

[48] Si on laisse de côté la question à savoir si l'utilisation d'un vaporisateur serait en fait recommandée pour quelqu'un qui souffre d'asthme, l'appelante a eu une belle occasion de répondre aux questions précises du membre de la DG en soulevant le fait qu'elle utilisait une autre méthode d'administration de marijuana. Puisqu'elle ne l'a pas fait, la DG a raisonnablement conclu que l'appelante consommait de la marijuana en fumant celle-ci. Peu importe si l'appelante utilisait bel et bien un vaporisateur, elle ne peut pas, maintenant que l'audience devant la DG est terminée, introduire de nouveaux éléments de preuve devant la DA dans le but d'annuler une conclusion de fait antérieure.

Application de l'arrêt *Miller c. Canada*

Occasion de répondre

[49] La permission d'en appeler a été accordée au motif que l'appelante n'a peut-être pas eu une véritable occasion de répondre à l'arrêt *Miller*. Cette affaire a été soulevée pour la première fois, non pas par l'intimé, mais par le membre de la DG au cours de l'audience en réponse au témoignage de l'appelante selon lequel elle a travaillé pour la salle de bingo au cours des 10 derniers mois et a gagné ce qu'elle a estimé être entre 15 000 \$ et 17 000 \$ au cours de cette période. Je croyais qu'il était possible que certaines normes d'équité procédurale auraient pu avoir été violées advenant que l'appelante n'ait pas eu droit de contredire la preuve présentée contre elle, notamment parce que la DG a utilisé l'arrêt *Miller* pour appuyer plusieurs de ses motifs. Cependant, après avoir écouté l'enregistrement audio de l'audience, je dois conclure qu'aucune injustice n'a été commise.

[50] À 36 min 10 s de l'enregistrement, la DG a demandé à la représentante de l'appelante si elle connaissait bien l'arrêt *Miller* et, après avoir été informé qu'elle ne l'était pas, la DG a brièvement résumé le fondement du précédent contraignant. Le membre de la DG a expliqué pourquoi, à la lumière de l'arrêt *Miller*, il estimait que le travail de l'appelante pour la salle de bingo pourrait potentiellement porter problème en l'espèce. À 1 h 13 min 8 s de l'enregistrement, la DG a demandé directement à la représentante de l'appelante ses observations concernant

l'application de l'arrêt *Miller* à l'affaire de sa cliente. La représentante a alors soutenu que l'arrêt *Miller* ne s'appliquait pas à l'emploi de l'appelante pour la salle de bingo. Plutôt, elle a décrit son emploi comme étant un essai prolongé de retour au travail et non pas une indication d'une capacité de travail. Comme il a été noté par l'intimé, ni l'appelante ni sa représentante n'ont demandé de délai supplémentaire pour examiner l'arrêt ou pour présenter des observations après l'audience.

[51] Bien qu'il soit probable que la représentante de l'appelante ait été surprise par la demande de la DG pour qu'elle présente des observations au sujet de l'arrêt *Miller*, c'était à elle de demander un délai supplémentaire pour qu'elle puisse préparer une réponse. Je suis d'accord avec l'intimé que des allégations de violation de l'équité procédurale doivent être soulevées à la première occasion et qu'une partie [traduction] « ne peut pas attendre le moment où elle a perdu pour crier à l'injustice », bien que je doive admettre que l'affaire citée pour ces propositions (l'affaire *Benitez*) ne me semble pas être pertinente. Dans tous les cas, l'on présume qu'une partie, particulièrement une partie qui est représentée, connaît le droit et, en l'occurrence, la représentante de l'appelante a été en mesure d'aborder le principe soulevé dans l'arrêt *Miller*.

Utilisation de l'arrêt *Miller* pour comparer la rémunération

[52] L'intimé s'est efforcé d'établir une distinction entre citer l'arrêt *Miller* pour le principe qu'il soulève ([traduction] « la capacité d'un demandeur de prestations d'invalidité à occuper régulièrement une occupation rémunératrice est l'antithèse même d'une invalidité grave et prolongée ») comparativement à son utilité en tant que référence quantitative pour une rémunération « véritablement rémunératrice ». L'intimé a soutenu que la DG a comparé la rémunération dans l'arrêt *Miller* avec celle de l'appelante, mais il insiste sur le fait que l'accent n'était pas mis sur sa rémunération, mais plutôt sur les éléments de preuve irréfutables suggérant qu'elle avait la capacité de travailler de 77-78 heures au cours d'une période de deux semaines.

[53] L'appelante n'a aucun problème avec l'interprétation de la DG du principe sous-jacent dans l'arrêt *Miller*, mais elle soutient que celui-ci était fondé sur un ensemble de faits considérablement différents de ceux entourant sa situation et que par conséquent, il n'était pas un point de comparaison équitable. Alors que dans l'arrêt *Miller* la requérante avait touché un salaire notable sur deux ans, l'appelante soutient que pour sa part, elle a travaillé pendant une période de quatre mois et une autre de cinq mois, et ce pour un revenu qui n'en valait même pas la moitié.

[54] Contrairement aux observations de l'intimé, je trouve que la DG ne s'est pas contentée de tout simplement adopter le principe sur lequel repose l'arrêt *Miller*, et qu'elle a également utilisé les faits spécifiques de l'arrêt *Miller* comme point de référence pour la rémunération de l'appelante :

[traduction]

La décision *Miller* lie le Tribunal. Dans l'arrêt *Miller*, la demanderesse était retournée travailler après la fin de sa PMA, et avait gagné 10 000 \$ et 38 000 \$ au cours d'une période de deux ans. En l'espèce, l'appelante est retournée travailler, a gagné environ 17 000 \$ et a travaillé des quarts de travail de 77-78 heures au cours d'une période de deux semaines.

[55] Cela étant dit, je ne vois pas comment, en faisant une telle comparaison numérique, la DG aurait commis une erreur de droit ou enfreint un principe de justice naturelle. Ultimement, en se référant à l'arrêt *Miller*, la DG n'a fait qu'évaluer les revenus de l'appelante pour la salle de bingo afin de déterminer si ceux-ci feraient en sorte de disqualifier ses gains ultérieurs à la PMA. Selon moi, il relevait clairement de la compétence de la DG, en tant que juge des faits, d'apprécier la preuve de la façon qu'elle jugeait appropriée. Lors d'une audience au cours de laquelle les gains ultérieurs à la PMA étaient une question évidente, il était à prévoir que la jurisprudence en la matière serait soulevée. Il revenait à l'appelante et à sa représentante de répliquer à l'exemple de l'arrêt *Miller* en soulevant leurs propres précédents concernant des points de référence pour la rémunération, mais elles ne l'ont pas fait. En raison de cette lacune, la DG avait la compétence pour déterminer que les heures et les gains de l'appelante suggéraient qu'elle détenait une occupation véritablement rémunératrice.

Prise en considération de l'emploi pour la salle de bingo comme étant une tentative ratée de retour au travail

[56] Bien que l'appelante n'ait pas soulevé spécifiquement ce motif, il ressort implicitement de ses observations qu'elle suggère que la DG n'a pas tenu compte de l'affaire *Inclima* ou a mal appliqué celle-ci lorsqu'elle a considéré que son emploi de 10 mois pour la salle de bingo était un élément de preuve à l'appui d'une capacité plutôt qu'une tentative ratée de retour au travail. L'intimé a néanmoins examiné ce motif, notant plusieurs exemples qui selon lui démontrent que la

DG a bel et bien considéré si le retour au travail de l'appelante était plutôt une tentative ratée d'atténuation.

[57] Après avoir examiné la décision à l'aide des séquences pertinentes de l'enregistrement audio de l'audience, je suis d'accord avec l'intimée que la DG a ignoré son obligation de prendre dûment en considération l'observation de l'appelante selon laquelle son dernier emploi constituait une tentative ratée de retour au travail. Dans ses allocutions de clôture, la représentante de l'appelante a décrit le temps passé par sa cliente à la salle de bingo de cette façon, et le membre de la DG a indiqué ce point dans son résumé des observations de l'appelante au sous-paragraphes 19a) : [traduction] « Les 10 mois au cours desquels l'appelante a travaillé pour la salle de bingo devraient être considérés comme étant une tentative ratée de retour au travail. Il s'agit d'une tentative de travail qui s'est avérée infructueuse et cela n'indique pas que l'appelante est capable de régulièrement détenir toute occupation véritablement rémunératrice. » Finalement, la DG a conclu que l'appelante avait quitté son emploi pour des raisons autres que son état de santé et, si l'on peut se demander, comme je l'ai fait précédemment, si cette conclusion a été fondée sur une fausse prémisse, les paragraphes 22 et 23 suggèrent que la DG a examiné sérieusement la question à savoir si son emploi pour la salle de bingo démontrait une capacité ou une absence de capacité.

CONCLUSION

[58] Pour les motifs qui précèdent, l'appel est accueilli au motif que la DG a fondé sa décision sur une conclusion erronée selon laquelle l'appelante aurait cessé de travailler pour la salle de bingo pour des raisons autres que l'aggravation de son asthme à cause de la fumée secondaire.

[59] L'article 59 de la LMEDS énonce la réparation que la DA peut accorder pour un appel. Pour prévenir toute crainte de partialité, il convient en l'espèce de renvoyer l'affaire à la DG pour qu'une nouvelle audience soit tenue devant un membre différent de la DG.



Membre de la division d'appel