

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

13-16-CA

ROBERT DESPRES

APPELLANT

- and -

MacDONALD CRANE SERVICE LTD. and  
ANDREW ST. PIERRE

RESPONDENTS

Despres v. MacDonald Crane Service Ltd. et al.,  
2018 NBCA 13

CORAM:

The Honourable Justice Richard  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Baird

Appeal from decisions of the Court of Queen's  
Bench:

December 29, 2014 (Phase I)  
September 30, 2015 (Phase II)  
February 2, 2016 (Phase III)

History of case:

Decisions under appeal:

2014 NBQB 276 (Phase I)  
2015 NBQB 186 (Phase II)  
2016 NBQB 32 (Phase III)

Appeal heard:

February 22, 2017

Judgment rendered:

March 1, 2018

Reasons for judgment by:

The Honourable Justice Richard

Concurred by:

The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Baird

ROBERT DESPRES

APPELANT

- et -

MacDONALD CRANE SERVICE LTD. et  
ANDREW ST. PIERRE

INTIMÉS

Despres c. MacDonald Crane Service Ltd. et  
autre, 2018 NBCA 13

CORAM :

l'honorable juge Richard  
l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge Baird

Appel de décisions de la Cour du Banc de la  
Reine :

le 29 décembre 2014 (première partie)  
le 30 septembre 2015 (deuxième partie)  
le 2 février 2016 (troisième partie)

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :

2014 NBBR 276 (première partie)  
2015 NBBR 186 (deuxième partie)  
2016 NBBR 32 (troisième partie)

Appel entendu :

le 22 février 2017

Jugement rendu :

le 1 mars 2018

Motifs de jugement :

l'honorable juge Richard

Souscrivent aux motifs :

l'honorable juge Quigg  
l'honorable juge Baird

Counsel at hearing:

For the appellant:  
David G. Gauthier

For the respondents:  
James M. Barry

THE COURT

The appeal is allowed. The decision is varied to include an award for loss of earnings in the amount of \$8,456 plus interest. The amount involved to calculate the cost award made at trial is amended accordingly. Costs on appeal are awarded to the appellant in the amount of \$2,500.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :  
David G. Gauthier

Pour les intimés :  
James M. Barry

LA COUR

L'appel est accueilli. La décision est modifiée de façon à inclure l'octroi d'un montant pour perte de revenus, fixé à 8 456 \$ plus l'intérêt. Le montant clé utilisé dans le calcul des dépens accordés au procès est modifié en conséquence. Des dépens de 2 500 \$ en appel sont accordés à l'appelant.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, J.A.

I. Introduction

[1] For most of his life, Robert Despres experienced health, education and then employment struggles. During his best working year, he earned the modest sum of \$13,334.00, qualifying him for employment insurance benefits of \$4,292.00. On September 11, 2009, Mr. Despres injured his hand in a workplace accident. Because the injury arose out of the use of a motor vehicle – a crane – not owned or operated by his employer, Mr. Despres was able to receive workers’ compensation benefits and also pursue an action for damages. Against the owner and operator of the crane, Mr. Despres claimed damages exceeding \$1.7 million. Liability was disputed as was the quantum of damages, thus necessitating a trial in the Court of Queen’s Bench.

[2] Following numerous days of trial during which the parties presented their evidence and arguments, the trial judge reserved his decision; however, a final decision did not issue as the parties had expected. Instead, the judge issued his Decision – Phase I, in which he posed a number of questions for further argument and following which he eventually admitted further evidence. Again the decision was reserved, and once more the parties received a partial decision (Decision – Phase II) in which they were called upon to again return for further argument. Eventually, the parties received a final decision (Decision – Phase III). It issued almost two years and two months after the trial ended. In the final analysis, the trial judge attributed 90% of the liability to the owner and operator of the crane, with Mr. Despres bearing the balance of fault. In assessing damages, the trial judge found that Mr. Despres had exaggerated the pain and disability which resulted from his injury, and had not made proper efforts toward rehabilitation and retraining. As a result, he ordered judgment to Mr. Despres in the total amount of \$96,664.43.

[3] Mr. Despres appeals the assessment of damages. He claims the judge's decision is so tainted with error that a new trial must be ordered. I disagree. Despite the unorthodox route this case took toward resolution, the judge made a number of critical credibility and factual findings that are well anchored in the evidentiary record. While I find the judge erred by not allowing Mr. Despres any damages at all for loss of earnings, I am of the view this Court can remedy the error by rendering the decision that ought to have been made. Considering the trial judge's credibility and factual findings, the evidentiary record supports an award for loss of earnings, but it is limited to the sum lost between the date of the accident and the point when Mr. Despres is found to have failed to mitigate his damages. As for the other heads of damages, I find no error in the trial judge's conclusions. As a result, and for the reasons set out below, I would allow the appeal but only to the extent of correcting the judge's failure to award damages for loss of earnings.

II. Factual background

[4] Robert Despres is a 39 year-old man, born and raised in Saint John. His youth was characterized by ill health and schooling difficulties. Among his health challenges were allergies and severe asthma, which he suffered since early childhood. He was known to be allergic to eggs, grass, pollen, animals, dust, penicillin and smoke. He continuously battled asthma and often had to seek treatment at the Outpatient Department of one of the local hospitals where he was usually treated with Ventolin. Periodically, his condition required hospitalization. The following notations, taken from Mr. Despres' medical records between 1992 and 2002, are particularly noteworthy:

- In 1992, Mr. Despres' asthma was reported as being "usually out of control" and he had been using a "Ventolin puffer to excess." On one visit to the doctor's office, "he was using every accessory muscle of respiration" and "was too short of breath to carry on a very good conversation."
- Despite his asthmatic condition, Mr. Despres smoked cigarettes. In January 1997, he informed a pediatrician he was no longer smoking. The physician

noted that “[c]ompliance is always a problem with him when it comes to taking a puffer other than his Ventolin.”

- In December 1998, a respirologist reported that Mr. Despres was taking Ventolin two to four times per day and that he was “not that faithful to take his medications as well as he smokes [...] a pack per day for the last 6-7 years [...] He also smokes marijuana.” The specialist was of the view that Mr. Despres “needs to stop smoking [...] should also refrain from smoking marijuana [and] needs to use inhaled steroids more regularly.”
- X-rays taken in 1999 showed pulmonary marking at the base of both lungs, a condition that was said to be chronic.
- An outpatient hospital visit in 2000 reveals Mr. Despres had taken 4-5 Valium and drank 1.5 pints of whisky but was suspected of having taken LSD or other hallucinogens. During a separate visit that same year, when Mr. Despres was complaining of extreme pain in his chest and lower back, it is noted he was smoking one pack of cigarettes per day. Radiological studies that year continued to show a chronic lung disease.
- In 2001, Mr. Despres was admitted for treatment at the Ridgewood Addiction Services Treatment Center for the treatment of “Alcohol/Marijuana/ Valium/Gambling abuse.”
- As of 2002, Mr. Despres was still smoking contrary to medical advice, with his physician noting he could not or would not quit.
- No medical attention was sought after May 2002 until February 2007, when Mr. Despres complained of stomach pain, diarrhea and occasional red streaking blood in the toilet after bowel movements. He was diagnosed with a thyroid problem and prescribed medication. He was initially not diligent in taking the prescribed medication. By the end of 2007, his condition had improved but he continued to be prescribed medication.
- In October 2008, Mr. Despres was complaining of pain in his right arm since he had begun physical labour intensive employment. Carpal tunnel syndrome was suspected. A neurologist confirmed this condition in February 2009. In May that year, Mr. Despres’ asthma symptoms were increasing and he was

using lots of Ventolin. He was suffering from increased headaches and mild photophobia that lasted 2-3 hours. He was reporting being under lots of stress as he was unemployed, was experiencing money issues and his girlfriend was pregnant. He continued to be on medication for hypothyroidism. That month, he underwent a surgical procedure to treat the carpal tunnel syndrome but, post-operation, he complained of significant pain as well as stiffness in his wrist and fingers. This was treated with physiotherapy. He was assessed as being able to return to work by mid-July.

- As of 2009, Mr. Despres was still smoking a pack of cigarettes per day.
- In addition, Mr. Despres' medical records reveal numerous miscellaneous ailments/injuries, including eye problems, twice having to seek treatment after being assaulted once in 1997 and again in 2000, a broken collar bone, back pain and an arm injury.

[5] Mr. Despres had a below-average attitude toward school throughout much of his youth. He repeated grade six, was given a social promotion after grade seven and repeated grade eight before being given another social promotion to level four courses in grade 10. He dropped out of school after completing only the first half of the 1996-97 year.

[6] After leaving school, Mr. Despres joined the workforce. His work history is irregular. Over the years, his employment earnings and social program benefits were as follows:

<b>Year</b>	<b>Source</b>	<b>Earnings</b>
1996	T4	\$1,165
1997	T4	\$1,912
	Social assistance	\$2,505
1998	T4	\$3,505
	Social assistance	\$3,739
1999	T4	\$2,072
2000	T4	\$4,673
	Employment insurance	\$1,316

2001	T4 Employment insurance	\$3,094 \$752
2002	T4	\$659
2003	T4 Employment insurance	\$6,171 \$445
2004	T4 Employment insurance	\$2,489 \$1,412
2005	T4 Employment insurance	\$2,424 \$1,156
2006	T4, including \$3,932 from Manpower Services	\$9,295
2007	T4 Employment insurance	\$13,334 \$4,292
2008	T4, including \$5,834 with Black Seal Paving and \$5,980 through Manpower Services Employment insurance	\$11,814 \$2,829
2009	T4 Employment insurance	\$645 \$6,298

[7] On September 11, 2009, Mr. Despres, employed by Manpower Services, was working as a labourer at the construction site of the Château Saint John hotel. He was into the third day of a temporary job helping move furniture into the new hotel. Since the elevators were not working, a mobile crane was lifting the furniture to window openings of the upper floors. The furniture was lifted in a large “bucket,” described as being approximately 15-feet long, 5-feet wide and 6-feet tall, that had an open end from where the furniture could be unloaded once the bucket was aligned with a window opening.

[8] Mr. Despres’ job required him to help unload furniture from the delivery truck, help load the bucket, walk up the hotel’s stairs to help unload the bucket, and then move the furniture to various rooms. At one point, Mr. Despres was allowed to ride in the bucket instead of having to climb the stairs to the upper floor. During one of these rides, the bucket somehow struck the building at a time when Mr. Despres had his right hand outside the bucket. Mr. Despres’ hand got caught between the edge of the bucket and the building, causing injury to the hand.

[9] Since the injury to Mr. Despres' hand occurred while he was in the course of employment, he became entitled to benefits under the *Workers' Compensation Act*, R.S.N.B. 1973, c. W-13; however, because Mr. Despres was injured in an accident involving the use of a motor vehicle, the owner and operator of the crane did not benefit from the usual protection afforded by the *Act*: s. 11(1.1).

[10] Mr. Despres received workers' compensation benefits and also commenced an action to recover damages for the injury to his hand, which he alleged resulted in a complex regional pain syndrome developing in his hand. Mr. Despres claimed losses under several heads of damages.

[11] The owner of the crane, MacDonald Crane Service Ltd., and the crane's operator, Andrew St-Pierre, denied liability for the accident. According to them, Mr. Despres insisted on travelling up to the upper floors in the bucket despite repeated warnings. They claim it was Mr. Despres' own negligence that caused his injury. The defendants joined Celaca Resources Inc. as a third party in the action. This company was alleged to have been the supplier of furniture and equipment to the Château Saint John and to have contracted with Manpower Services for the provision of workers; however, the third party claim was eventually discontinued.

[12] On November 17, 2014, the trial of Mr. Despres' action against the owner and operator of the crane began. Evidence was led by one or the other of the parties on November 17-21, 24, 25 and 28 and on December 8, 2014. On this last day, the parties presented their closing arguments, following which the trial judge reserved his decision.

[13] A "decision" was delivered on December 29, 2014: 2014 NBQB 276, [2014] N.B.J. No. 334 (QL). Although the trial had not been bifurcated, what the judge released is titled "Decision, Phase One." The judge began with an overview of the claim, noting it exceeded \$1.7 million, including \$320,298 for the present value of the future cost of four grams of marijuana per day for pain relief. The overview continues with a summary of Mr. Despres' pre-accident situation, including a timeline that includes the



highlights of his medical records and of his pre-accident earnings. Upon concluding this timeline, the judge continued as follows:

Before considering the other evidence and making findings regarding credibility, I request further submissions from counsel on these issues:

- (a) Apart from the [Thyroid Stimulating Hormone] report of greater than 60.0 on April 20, 2007, are there any other reports of TSH results in the evidence?
- (b) Are there any other TSH reports anywhere?
- (c) Is Dr. Raju's file in the evidence?
- (d) Where in the evidence are the records of a pharmacy of the actual prescriptions filled or provided to the plaintiff since 2006?
- (e) Absent the TSH reports, the file of Dr. Raju and the pharmacy records, is the applicable rule that the court “must presume that such evidence would adversely affect” the plaintiff's case? See *Lévesque v. Comeau*, [1970] S.C.R. 1010, 1970 CanLII 4.
- (f) Given the plaintiff's history of non-compliance with the advice of some physicians and his reluctance to follow-up regarding education on hypothyroidism, is it reasonable to assume that he actually took the prescribed Synthroid?
- (g) Absent repeatedly healthy TSH results and a physician's detailed evidence confirming that the plaintiff's hyperthyroidism has been properly managed since 2007, as of immediately before the accident on September 11, 2009 what inferences if any could have been drawn then about the plaintiff's health and employability?
- (h) What inferences if any can be drawn from the plaintiff's failure to return to work with Black Seal Paving in the summer of 2009?
- (i) As of immediately before the accident what inferences if any can be drawn from his history regarding his continued employability as a labourer?

Counsel will be heard on these issues and on any motions to reopen the trial as soon as convenient. The discretion of a

trial judge to permit further evidence to be adduced after the close of a trial is reviewed in *Daly v. Petro-Canada*, 1995 CanLII 6205 (NB QB), 162 N.B.R.(2d) 142, beginning at para 12. [paras. 66-67]

[14] The decision to which the judge referred as authority to permit further evidence after the close of a trial is one of his own: *Daly et al. v. Petro-Canada et al.* (1995), 162 N.B.R. (2d) 142, [1995] N.B.J. No. 258 (Q.B.)(QL). In *Daly*, this same judge delivered an initial decision in an action dismissing certain claims, but, with respect to a counter-claim, the judge indicated he required further oral argument before deciding he matter. During the presentation of further arguments, “counsel for Petro-Canada informally requested leave to reopen the case” causing the matter to be adjourned pending a formal motion. The motion was opposed. This led to the ruling upon which the judge relied in the present case to proceed as he did. More will be said on this later in these reasons.

[15] On January 21, 2015, the trial resumed. Before then, counsel for Mr. Despres filed a supplementary book of documents. Counsel for the defendants did not oppose the admission of these documents. At that point, the judge, who had “studied” the documents before they were admitted, noted they were “apparently incomplete.” During the ensuing discussion, counsel for Mr. Despres reminded the judge that “[o]ne of the realities of [...] litigation is that the parties [...] are privy to issues, documents, potential evidence which don’t evolve to become issues” and argued the medication for the hypothyroid condition was such an issue. The judge replied, stating he had picked up on the absence of evidence regarding the thyroid condition, adding it struck him “as mighty strange that there aren’t more TSH reports over the years.” He said when he analyzed the list of medications provided, “it looks as if [Mr. Despres] has purchased medications for less than half the time they were prescribed.” Mr. Despres’ counsel replied there was a two-and-a-half-year gap in the list provided. He explained the pharmacy from which Mr. Despres purchased his medication had closed, which resulted in Mr. Despres going to various other pharmacies from which he did not have records. Counsel observed that none of the parties identified this matter as an issue, but offered that, if the court felt it was an

issue, he requested an opportunity to canvass the various other pharmacies to obtain their records. At that point, the judge referred to evidence that Mr. Despres would often refuse dinner invitations from his mother stating he was tired and wanted to stay in bed and that he was “cranky on cold days,” adding “those symptoms like fatigue and sensitivity to cold [...] are red flags for thyroid problems.” The judge continued: “You may not know that and I have limited ability to take notice of that.” The discussion continued with counsel arguing the evidence revealed Mr. Despres was taking his thyroid medication.

[16] In the course of these discussions, the trial judge stated he would “pass to counsel copies of [the judge’s] draft notes in analyzing” the document that had just then been admitted into evidence. He referred counsel to the third page where he noted Mr. Despres appeared to be off the medication “for 43 of 76 months.” Counsel replied that this was explained by the missing prescription records. The judge responded: “Not quite. No, it’s a little more complicated than that.” He went on to discuss THS test results, of which there were few in the evidentiary record, adding: “I didn’t understand that. And it may be because the test is missing or because the physician can judge it some other way, but I thought those tests were the key.”

[17] Mr. Despres’ counsel reiterated that this was not an issue the parties had identified; however, if it remained a question for the court, he would seek leave to call further evidence, to which the judge replied: “It’s a problem,” then adding, “I am uncomfortable with this.” Counsel then sought leave to adduce into evidence any “further test results [that] might be available on the TSH, in addition to recalling Dr. Ashfield.” The judge continued:

And then maybe there is somebody else. Maybe Dr. Raju or somebody else who might be able to assist. But I can’t deal with the complexities of this situation on broad strokes. I need to get into the details, and I need clarification, and I can’t jump to conclusions without an evidentiary basis.

[18] The judge then invited Mr. Despres’ counsel to consider further evidence on the question why Mr. Despres had not returned to work for Black Seal Paving in the

summer of 2009, the same business where his father was employed, where this employment resulted in one of his best-earning years. The judge observed the failure to explain why Mr. Despres had not returned to that employment constituted a “loose end” that provided strength to the defence argument the claim was “out of proportion to the evidence.”

[19] The trial judge informed counsel there were two ways to seek leave to reopen the case: “One is by consent and another is by motion.” After hearing from counsel for the defendants, the judge suggested the matter be left for counsel to discuss and to determine the matters where agreement might be reached and then “arrange a suitable date with the Clerk for a motion to reopen.”

[20] On May 27, 2015, the parties returned to court. At that time, counsel tendered further documents which were admitted by consent. Some of the documents were duplicates of other exhibits, but they included portions both counsel initially considered irrelevant to any of the issues raised in the proceeding. The documents also included the “missing” pharmacy records.

[21] Mr. Despres’ counsel then sought leave to call further evidence. The proffered evidence would have consisted of further testimony by Mr. Despres as well as one or two individuals from Black Seal Paving. This motion was opposed. The trial judge pointed out the record on the motion did not specifically set out what the further evidence was meant to address. Mr. Despres’ counsel argued as follows:

In addition to a lot of other items, such as prescriptions, which we are going to deal with separately and that's really a paper matter. But the court is coming forth, and the court is saying effectively I have questions with these issues, I will hear you on this. From the plaintiff's perspective, we are not making this motion in the conventional sense that we identify some part of the defence case that we didn't address, or we didn't address something in our plaintiff's case, that's not why we are here. We are here because the plaintiff proceeds, the court has a question. So then that

leads me to examine the basis upon which the court might be doing this or might consider accepting further evidence. And I go to the *Daley v PetroCan* case.

[...]

And I see in the *Daley v PetroCan* case that there are certain principles of law enunciated there that are not in the same vein as the law quoted by my friend, because on the one side, the court would say it's a more conservative, more formed based approach and you must satisfy the two or three criteria that are outlined in the various cases, but as I read this court's case in *Daley v PetroCan*, and in particular comments about the inherent jurisdiction of the court to permit further evidence –

[22] Counsel submitted that, in the *Daly* case, the court held it had the discretionary power to reopen a case for the judge's own satisfaction or where justice requires it. He argued this was a situation where the case was being reopened for the satisfaction of the judge, not because counsel had any particular further evidence that had been overlooked during trial. The *viva voce* evidence sought to be adduced would be meant to address the concerns raised in paragraph 66 of the judge's "Decision, Phase One." The judge expressed concern about the vague nature of the testimony that was sought to be presented as further evidence, prompting Mr. Despres' counsel to reply:

It is vague, Justice, because when we -- we completed our case and from our point of view, we presented to the court the evidence we had. And this individual is not unlike a lot of individuals in Saint John, and the employment record is sporadic, and uncertain and it makes it difficult to forecast where he may be employed in the future, but he -- that is the plaintiff that we are dealing with. And when we closed our case, we did not -- it's not like we are looking back --

[...]

-- and having identified some mistake we made, but we are addressing the concerns of the court, as the court saying effectively I think I would like to hear some more evidence, because the court identifies that perhaps because of the Synthroid issue that employability is being questioned, but I think that we have dealt with or we will deal with in the

records. So I don't have any concrete -- I don't have anything concrete to say to the court I would call this witness who will say A, B or C. I don't have that.

[23] After hearing argument on the motion, the judge ruled as follows:

Thank you. Following the completion of the trial of this matter and the release of the decision, phase one, on December 29th 2014, a notice of motion dated the 12th of May 2015, the plaintiff applies by motion for an Order to permit the plaintiff to read further viva voce evidence from himself and two officers of Black Seal Paving, "related to the plaintiff's ability to work at the time leading up to the injury of September 11, 2009."

The plaintiff is not able to offer anything specific about what such extra evidence might detail. It sounds as if it would be vague generalities. Without specifics, in my view, this proposed extra evidence is not like the specific missing evidence that was allowed to be introduced late in cases such as the *Daley and Petro-Canada*, 1995 CanLII 6205, 162 N.B.R. 2nd, 142. For these reasons the motion is dismissed.

[24] The matter was then adjourned to enable counsel to file further written argument regarding the new documentary evidence that had been admitted by consent, following which the hearing would resume on July 24, 2015, for further oral argument. The hearing ended with this:

Is there anything else that you counsel need to discuss between yourselves? If so, you know, please feel free. This has been now -- well we are coming up to six years since the date of the accident. I am embarrassed by that in a way. And for people like Mr. Despres and his family, this must be a nightmare to have this matter extending for so long. And especially with these extra issues like say the type of medication he takes to relieve his pain, it has the risk of becoming a sort of fun case for Court of Appeal judges to work on next year. It might be a little more, you know, novel issues for them to sink their teeth into. Maybe the year after next, I don't know. It takes a long time. If there is something you folks can do to get your heads together, don't let me discourage you. When I think of how it's

going to take more time and more money to write up further briefs, don't let me discourage any further discussions between you. There may be some solution. Thank you all.

[Emphasis added.]

[25] On July 24, 2015, the trial again resumed for further arguments. Mr. Despres' counsel addressed some of the issues raised in the defendants' written argument, such as Mr. Despres' attendance for counselling and his pre-accident future earning capacity. Following this, he turned his attention to the thyroid issue, stating that "the plaintiff concludes, and I think the defendant agrees that it's simply with this new information there is really no evidence that he is noncompliant, and I think that would remove it as a factor of employability going forward, because though he may initially have been noncompliant, that's a number of years ago and the evidence is that he is now compliant." At this point, the judge interrupted to note: "I would feel better about that thyroidism -- hypothyroidism if there were a steady pattern of healthy TSH reports." To this, counsel replied the results between 2009 and 2014 suggested the thyroid issue was being managed and would not impair Mr. Despres' ability to function, adding, "nor does the defence advance that argument."

[26] In reply, defence counsel primarily argued Mr. Despres had a history of non-compliance with medical advice and suggested this fact had a significant impact on both his pre and post-accident earning potential. On the question of the TSH reports, defence counsel had nothing to add, stating the defence was not taking any position on the matter.

[27] Following the submissions, the trial judge reserved his decision.

[28] On September 30, 2015, the judge issued what is titled "Decision, Phase Two." The judge cautioned the reader this "decision" must be read as a continuation of his "Decision, Phase One." In the second phase of the decision, the judge began with a review of the additional evidence regarding Mr. Despres' pre-accident situation. The first medical report reviewed, dated August 2, 2007, revealed that, a few months prior, Mr.

Despres had consulted his family physician complaining of weight gain. Test results revealed a THS greater than 60, and Mr. Despres was then prescribed Synthroid. By August 2007, Mr. Despres was reporting the medication made him feel better, he had lost some of the weight and he was working full-time. He was, however, complaining of epigastric pain and discomfort. The examining physician agreed with the prescribed medication for treatment of the hypothyroid state. He ordered immediate THS testing. As for the stomach problems, the physician stated as follows:

The patient has to absolutely discontinue smoking, as he already has evidence of asthmatic bronchitis at age 29 and will progress with marked limitation in his respiratory function if he continues to smoke. As well, it is aggravating his severe heartburn, indigestion and reflux.

GERD [which the trial judge stated meant, "Gastroesophageal reflux disease"] - moderately severe, aggravated by cigarettes. I will book him for an endoscopy for further evaluation.

[para. 70 of Decision- Phase II]

[29] A November 2007 report recommending the continued use of Synthroid, states Mr. Despres should discontinue cigarettes. Mr. Despres underwent a gastroscopy on December 21 that same year. In the Procedure Report, the physician notes Mr. Despres "continues to smoke heavily, aggravating the problem." The procedure revealed a hiatal hernia and reflux for which Prevacid was to be continued for three months. Mr. Despres was also "[c]ounselled regarding stopping smoking."

[30] After reviewing this additional evidence, the trial judge made findings regarding Mr. Despres' hypothyroidism condition. He held "prescriptions of Synthroid were effective in reducing his TSH result to 0.49, within normal limits, within one week of the accident" (para. 73 of Decision – Phase II). After reviewing the additional evidence, the judge concluded as follows:

From the limited TSH results and the pharmacy records for the plaintiff's purchases of Synthroid, his hypothyroidism



was under control at the date of the accident and has been under control since mid-2012.

[para. 77 of Decision – Phase II]

[31] The trial judge’s analysis then turned to credibility issues. He began by setting out the governing principles for assessing credibility and drawing inferences. He then made factual findings regarding Mr. Despres’ pre-accident situation, the relevant ones of which are summarized below:

- Mr. Despres was working various temporary labour-intensive jobs over the years before the accident, many through a private employment agency but he received very little work in 2009. The placement agency perceived a problem with Mr. Despres’ attitude but the judge rejected this and concluded it more likely that his performance was limited by health and fitness issues.
- Following employment with Black Seal Paving in 2008, Mr. Despres experienced carpal tunnel problems for which he underwent a release procedure on his right wrist in May 2009. He was cleared to return to work as of July 12, 2009. Because of his inability to work until then, Mr. Despres only earned \$317.00 during the first eight months of 2009.
- Mr. Despres’ “actual earnings in the summer months before the accident, his poor education and lack of even a driver's licence as well as his increasingly complicated medical history and rejections by previous employers indicate that he was becoming less employable” (para. 86 of Decision – Phase II).

[32] To these findings, the judge applied the law to the effect that “[t]he primary basis for assessment of loss of earnings is “what he would have earned but for the accident” (para. 87 of Decision – Phase II). The evidence did not persuade him that immediately prior to the accident Mr. Despres was healthy and fit. As a result, the judge concluded he could not consider Mr. Despres “a typical unskilled labourer, with the potential earnings that might be indicated by Statistics Canada” (para. 88 of Decision – Phase II). In his view, Mr. Despres “knew or ought to have known that to become really

employable he must learn new skills that would equip him to do lighter work than he had been doing” (para. 89 of Decision – Phase II).

[33] The judge then turned to the question of liability. His review of the evidence on this point led him to conclude Mr. Despres should be assessed 10% of the liability for his contributory negligence, with the owner and operator of the crane bearing the balance. Since the attribution and apportionment of liability are not the subject of appeal, it is not necessary to review that portion of the trial judge’s decision.

[34] The judge then considered the injuries Mr. Despres suffered in the accident and the treatments he received. The highlights are as follows:

- In the accident, Mr. Despres suffered a crush injury to his right thumb. He was immediately taken to the hospital where X-ray examination revealed that the joint compartments of his right hand were relatively well maintained with no evidence of an acute displacement fracture.
- About a week later, Mr. Despres was experiencing ongoing pain and much swelling, and was unable to flex his thumb. He was prescribed Tylenol 3 and put off work for a week. A week later, physiotherapy was prescribed because his hand was still painful. Mr. Despres presented as very angry. By October 1, 2009, Mr. Despres had not yet been administered physiotherapy and was experiencing ongoing swelling and pain. He was put off work for another two weeks. However, his condition had not improved much by October 16 even though by then he was being treated with physiotherapy three times per week. The Tylenol 3 prescription was renewed and Arthrotec, an arthritis medication, was added. Mr. Despres was referred to Dr. Geoff Cook, a plastic surgeon.
- By October 30, Mr. Despres’ hand was in a splint and on November 19 he was continuing to experience pain and disability. As he wanted a second opinion, he was referred to Dr. Donald Lalonde, a plastic surgeon. He had not been taking many Tylenol 3s and felt the Arthrotec was not helping.

- Dr. Lalonde saw Mr. Despres on December 7, 2009. He believed Mr. Despres might be developing a complex regional pain syndrome. Mr. Despres' entire thumb was very sensitive and sweaty. The surgeon recommended urgent treatment in the form of a guanethidine block or, failing that, a stellate ganglion block, in order to try to stop the condition. Physiotherapy was discontinued.
- "After years of referrals and assorted treatments the plaintiff still complain[ed] of constant severe pain and inability to use his right thumb or hand for anything" (para. 108 of Decision – Phase II). Treatments included nerve blocks, Botox injections and rehabilitation efforts by the Workers' Rehabilitation Centre.
- Over a year post accident, plastic surgeon Dr. William A. Cook reported Mr. Despres remained "in extreme distress and pain that is constantly present in the range of 8-9/10 and with a hand that is not usable because of the pain and extreme sweating" (para. 115 of Decision – Phase II). By then, Mr. Despres had declined counselling, declined medication for depression and was not taking prescribed medication for the pain. He was reporting the use of marijuana three times a day, which he was claiming brought the pain to a more tolerable level of 7/10. He was also reporting "gastrointestinal symptoms up to 75% of the time, weakness, headache and dizziness or lightheadedness up to 100% of the time, and fatigue, sleep difficulties, problems with concentration and memory, anxiety, depression and irritability 100% of the time" (para. 115 of Decision – Phase II).
- By July 2011, Mr. Despres remained disabled and depressed, yet refused to take medication for either pain or depression. He continued using marijuana and wanted to try to increase its use. He was prescribed Nabilone, which the judge describes as a "pot pill" (para. 120 of Decision – Phase II).
- On August 23, 2011, Mr. Despres was taken by ambulance to the Emergency Department of the hospital for treatment, reporting he had been assaulted in a parking lot. He appears to have suffered a seizure while at the hospital, although he was discharged and left the hospital on foot about an hour and a

half later. A CT scan of the head revealed no post-traumatic sequelae and CT examination of the chest, abdomen and pelvis was normal.

- On September 29, 2011, the Nabilone prescription was renewed. According to an October 7 note, this substance helps decrease his pain from 10/10 to 8/10 for 3 to 4 hours per day with no side effects. Mr. Despres was reporting he was also smoking pot. The prescription for Nabilone was renewed on that date and again on December 23.
- In December 2011, Mr. Despres developed a skin rash for which he was referred to a dermatologist. He continued to be followed for this condition into 2012. He also developed a condition with his right ear.
- Although there was no question Mr. Despres was genuinely suffering from a complex regional pain syndrome, ongoing efforts at the Workers' Rehabilitation Centre were proving fruitless as Mr. Despres was demonstrating a low level of physical effort such that there could be no confidence in the test results in trying to assess his functional performance. It was reported that he was "very much entrenched in the sick role [...] seemed to be in a place where he has accepted where he is and there seems to be minimal motivation for [him] to continue to seek out better coping strategies" (para. 134 of Decision – Phase II).
- By June 2012, Mr. Despres was smoking about 7-8 joints of marijuana per day, which he claimed would reduce his pain from 10/10 to 8/10. He continued to be prescribed pot pills, this time Cesamet. By August 21, 2012, he was reporting smoking 8-10 joints a day – about one every 2 hours and also taking the pot pills. He wanted to apply for the medical marijuana program so he was given the required forms by a physiatrist who considered him "fully disabled from retraining and/or engaging in gainful employment" (paras. 137-138 of Decision – Phase II).
- In November 2012, Mr. Despres was still experiencing a rash and now had an infected cystic area at the base of his penis for which an antibiotic was prescribed. He presented to his family physician as very angry and suicidal

but continued to refuse antidepressants. He did consult a psychologist who helped him.

- Mr. Despres was assessed by a group of three physicians working for Canadian Health Solutions. These three physicians, Dr. Geoff Cook, Dr. Michael Barry and Dr. David A. Elias, produced a report dated December 17, 2012, from which the trial judge quoted at length. The report notes Mr. Despres is “extremely protective of [his] right hand”, thereby limiting full physical examination. Mr. Despres reports consistent 10/10 pain in his hand that is “steadily worsening.” He meets both the objective and subjective criteria for complex regional pain syndrome, although the objective criteria were marginal. Observance of Mr. Despres’ activities taken from video surveillance, however, “shows a level of physical activity significantly higher than what was both reported and displayed by the client clinically. Functional assessment from the video showed excellent fine motor control of all digits of the right hand and lifting objects that would be in keeping with at least a light physical demand.” Thus, Mr. Despres “would appear to be functional to at least a light physical demand load and all attempts should be made to return him to employment.” The following statement is particularly damaging for Mr. Despres:

However, subjective client reports of pain and disability are not supported by objective findings, are discordant with observed function over time, and in fact are contradicted by video surveillance reviewed as part of the assessment. This would indicate that Mr. Despres is misrepresenting his condition, possibly for secondary gain purposes.

[para. 141 of Decision – Phase II]

- With respect to the use of medical marijuana as treatment for Mr. Despres’ condition, the Canadian Health Solutions’ report notes that such a drug “would be considered to be fourth-line treatment for neuropathic pain following exhaustion of more standard treatments or as an adjunct to other medical treatment.” Its use could interfere with Mr. Despres’ “overall functioning, motivation and ability to function safely in the workplace.”

Thus, “[o]ngoing use of marijuana as part of the long-term treatment plan for this medical condition should not be supported” (para. 141 of Decision – Phase II).

- In January 2013, Mr. Despres experienced a recurrence of his groin abscess. By May of that year, it had been drained and was healing well. By then the counselling had been helping and he was feeling happier. His wife was pregnant again. However, by June there appeared to be a yeasty look to a rash in his groin area. Mr. Despres was noted as doing well and attending counselling. He needed to reapply for medical marijuana.
- A May 7, 2013 report by neurologist Dr. David B. King commented on video surveillance of Mr. Despres. According to Dr. King’s observations of what the surveillance had revealed, Mr. Despres “is capable of using his right hand for, at the very least, light activities.” Dr. King says that “[b]ased on this video surveillance, it doesn’t appear that he is severely disabled with this problem,” adding that “certainly he is not as bad as he implies during his functional capacity. He certainly claims to be more disabled than appears in these videos.” Dr. King confirmed his earlier diagnosis of “a complex regional pain syndrome of relatively mild degree with retained functions” (para. 144 of Decision – Phase II).
- An assessment by Dr. W. Edwin Smith, a psychiatrist, dated October 16, 2013, reported as follows:

I am writing to summarize our assessment of Robert Despres. As you know, we are concerned about the complexity of his therapy contract because he lacks sophistication in several important areas of coping skill acquisition. He has also had his illness, pain and disability behaviour rewarded to the point where alternatives are terrifying for him. His anger appears to substitute for any real awareness of fear. This combination likely represents a somatoform [body, distinguished from the mind type] pain disorder. He also shows narcissistic [excessive self-absorption and little regard for others] and histrionic [excessively dramatic] personality traits.

[para. 146 of Decision – Phase II]

- Mr. Despres continued to suffer from and receive treatment for asthma, at times requiring treatment at the Emergency Room. He also continued to take the Synthroid for his hypothyroidism. From time to time, he was treated for rashes on various parts of his body.
- On September 19, 2014, physiatrist Dr. M. Patricia Forgeron, wrote as follows:

In summary, Mr. Despres is a 36-year-old gentleman who sustained a crush injury to the right thumb on September 11, 2009. In my opinion, the carpal tunnel release [on May 27, 2009] was in relatively close proximity [three and one half-months] to the crush injury on September 11, 2009, and would have perhaps predisposed him for developing CRPS following the crush injury. Nonetheless, I maintain my diagnostic opinion of CRPS type-1 from a work-related crush injury. Mr. Despres is in a substantial amount of pain which has affected his quality of life, and an inability to provide for his two children, ages 9 months and five years. In my opinion, he is unable to return to gainful employment in a labour type environment. He has difficulty managing his pain on a daily basis. It is my understanding he did receive vocational counselling and/or assessment through WorkSafeNB but was not deemed capable [for] retraining. He is permanently disabled in my opinion.

[para. 153 of Decision – Phase II]

[35] After reviewing the salient portions of the medical records and reports, the trial judge made certain critical findings regarding Mr. Despres' condition. These significantly impacted on the assessment of damages. In particular, the trial judge found as follows:

- Mr. Despres had limited employment before the accident for reasons that predate that incident. His pre-accident future employment prospects were speculative and not real.
- Surveillance videos taken in 2012 and 2014 show Mr. Despres using his right hand and thumb more than he says he can. These “videos as well as the

Workers' Rehabilitation Centre Discharge Summary of February 11, 2010, are powerful evidence that [Mr. Despres] has exaggerated the effect that the accident has had upon him. He has resisted and refused rehabilitation for lighter work" and this is "why he was not deemed capable for retraining" (para. 156 of Decision – Phase II).

- The judge concludes: "by exaggerating his symptoms as well as resisting and refusing rehabilitation [Mr. Despres] has attempted to portray himself as permanently disabled" (para. 157 of Decision – Phase II).

[36] The judge then went on to list and then comment upon a number of health issues, other than the injury to his hand, that afflicted Mr. Despres over the years. In the end, the judge reached the following conclusion:

After considering all the evidence and despite the plaintiff's exaggerations of his pain and incapacity, I find that the accident of September 11, 2009 caused the plaintiff to suffer pain and discomfort in his right thumb and hand that evolved into a Reflex Sympathetic Dystrophy or Chronic Regional Pain Syndrome initially of moderate degree, now of mild degree. [para. 165 of Decision – Phase II]

[37] The trial judge then focused his analysis on the question of medication and concluded that Mr. Despres' decision not "to take narcotics for pain relief should not be held against him in assessing his damages" (para. 166 of Decision – Phase II). This is so because it would have likely led to addiction. However, the trial judge did not reach the same conclusion regarding Mr. Despres' refusal to take antidepressants. He pointed to several medical reports in which the use of antidepressants was recommended and refused.

[38] As for the use of marijuana, the trial judge observed that Mr. Despres was using this drug before the accident even though a respirologist had advised him to refrain from smoking it. That drug is also listed as one of the reasons Mr. Despres was admitted to an addiction treatment facility in 2001. The judge noted Mr. Despres' testimony to the effect he had stopped using it for years but had then resumed using it after the accident because it gave him some relief. He also considered the fact Mr. Despres' family



physician had prescribed Nabilone or Cesamet, since these gave him temporary relief from pain. At the time of trial, WorkSafeNB was funding Mr. Despres' prescription for "four grams of dry marijuana for each day, enough for him to smoke seven to nine joints a day" because he claimed this temporarily relieved the otherwise constant pain (para. 172 of Decision – Phase II).

[39] The judge rejected as unreasonable Mr. Despres' claim for medical marijuana. He noted Mr. Despres had a long history of asthma and that, beginning in 1997, many physicians tried to discourage him from smoking. The trial judge preferred "the view of Dr. Lalonde to the effect that he would not prescribe marijuana to be smoked as well as the opinion against its use in the Canadian Health Solutions report." This report also observed marijuana use results in side effects negatively interfering with one's motivation and ability to function (para. 173 of Decision – Phase II).

[40] Although he found the claim for medical marijuana to be unreasonable, the trial judge did not immediately reject the claim for the amounts already paid for the substance. Instead, he observed as follows:

However his claim for medical marijuana already prescribed and paid for may have to be covered by the defendants because of s. 10 (13)(a) of the Workers' Compensation Act, R.S.N.B 1973, c. W-13:

"10(13) Where an action is brought by a worker, his dependents or the commission, an award for damages shall include  
(a) medical aid provided under this Part ...".

Counsel have not fully addressed that point. Before finalizing this decision I request further submissions.

[paras. 177-178 of Decision – Phase II]

[41] The judge then turned his analysis to the claim for: (1) loss of valuable services; (2) cost of future care; and (3) loss of earnings. He noted the evidence offered to support damages for loss of valuable services and future care was based on Mr. Despres'

“exaggerated descriptions of his condition and disability” (para. 179 of Decision – Phase II). Because the video surveillance and other inconsistencies convinced him the situation was not as Mr. Despres described it, the judge held the claim for loss of valuable services had not been proven. With respect to future care, the judge acknowledged Mr. Despres needs future medical care and counselling, but held “he has not proven that those needs are because of the accident” (para. 179 of Decision – Phase II). As for future loss of earnings, the trial judge referred to the two-step process articulated by this Court in *Abu-Bakare v. Vincent*, 2003 NBCA 42, 259 N.B.R. (2d) 66, per Drapeau C.J.N.B., and concluded as follows:

The plaintiff’s earning capacity was very modest before the accident. As noted, for the first eight months of 2009 his earnings were only \$319.00. Accordingly the possibility that he will have a future loss of earning capacity because of the accident strikes me as speculative. Thus I must find that his claim for a future loss of earnings has not been proven.

[para. 181 of Decision – Phase II]

[42] In light of these findings, the judge invited “further submissions of counsel regarding special damages, general damages and costs” (para. 183 of Decision – Phase II).

[43] Thus began the process that would lead to phase three of the decision. The parties filed further written submissions and, on January 22, 2016, returned to court to present further oral arguments. At that time, more documents were admitted into evidence. Most of these documents were admitted with the consent of all parties, but one was the subject of argument before the judge ruled it should be admitted. This latter document is a decision, dated April 11, 2014, rendered by the Appeals Tribunal then established under the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission Act*, S.N.B. 1994, c. W-14.

[44] Regarding the interpretation to be given to s. 10(13) of the *Workers’ Compensation Act*, Mr. Despres’ counsel argued it could either (1) be interpreted as a right of indemnity pursuant to which WorkSafeNB was entitled to be reimbursed upon mere proof of payment for medical aid, or (2) be interpreted as a right of subrogation, in which case the reasonableness of the expense would have to be demonstrated.

[45] While he argued in favour of the indemnity approach, Mr. Despres' counsel fulfilled his ethical obligation and brought to the trial judge's attention to the only case he found on point: *Fundytus v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] B.C.J. No. 755 (B.C.S.C.) (QL), which held that a similar provision in British Columbia did not give rise to a right of indemnity.

[46] For its part, counsel for the defendants argued the *Fundytus* case should apply and the reasonableness of the expenses funded under the *Workers' Compensation Act* should have to be proven.

[47] In light of the factual findings the court made in its Decision – Phase II, which did not accord with Mr. Despres' view of the case, Mr. Despres' counsel declined the opportunity to present further arguments. As for counsel for the defendants, they argued the maximum award for general non-pecuniary damages should be \$50,000.

[48] On February 1, 2016, the trial judge issued "Phase III" of his decision: 2016 NBQB 32, [2016] N.B.J. No. 24 (QL). He reviewed the jurisprudence in support of the arguments regarding general non-pecuniary damages and, in the result, he awarded Mr. Despres non-pecuniary damages of \$50,000. The trial judge then turned to the special damages that had been paid by WorkSafeNB. While these totalled \$74,036.26, the judge noted two items were challenged: (1) the costs incurred for medical marijuana in the amount of \$16,631.34; and (2) the cost of care in the amount of \$5,390.61.

[49] The trial judge considered principles of statutory interpretation and came to the conclusion that s. 10(13)(a) of the *Workers' Compensation Act* should be interpreted as giving rise to a claim for medical aid but not giving rise to a right of indemnity. In other words, the judge came to the same conclusion as the British Columbia Supreme Court in *Fundytus*. In Phase II of his decision the claim for medical marijuana to be smoked was disallowed. As for the claim for cost of care, the judge recognized "the importance of

taking all reasonable measures to help rehabilitate” Mr. Despres and he allowed the claim for \$5,390.61 (para. 202 of Decision – Phase III).

[50] In sum, the judge awarded Mr. Despres the following amounts for the injury suffered in the accident:

General damages	\$50,000.00
Special damages	<u>57,404.92</u>
	107,404.92
Less 10% for contributory negligence	<u>10,740.49</u>
Total damages	\$96,664.43

[51] The Decision – Phase III concludes by (1) adjusting the amount owing under the judgment to account for advance payments and (2) awarding Mr. Despres costs on scale 5 under the *Rules of Court*.

### III. Issues on Appeal

[52] Mr. Despres appeals the assessment of damages. He does not appeal the apportionment of liability. MacDonald Crane and Andrew St. Pierre have neither cross-appealed nor filed a Notice of Contention. Mr. Despres seeks to have the trial judge’s three decisions set aside and a new trial ordered. He does not ask this Court to vary the judgment. Mr. Despres’ Notice of Appeal lists 15 grounds of appeal; however, he subsequently filed a Supplementary Notice of Appeal, in which the grounds were consolidated and restated as follows:

1. The Trial Judge erred in determining that the Appellant was losing his ability to do labour work prior to the accident in question, due to deteriorating health.
2. The Trial Judge erred in determining that the cost of medical marijuana was unreasonable, because he arrived at that decision using irrelevant factors.
3. The Trial Judge erred in determining the Appellant was not entitled to damages for past and future wage loss.

4. The Trial Judge erred in determining that the Appellant was not entitled to damages for cost of care and loss of valuable services.
5. The Trial Judge erred in his award for general damages for pain and suffering, as it was premised on misapprehension of the evidence.

#### IV. Analysis

[53] Before addressing the grounds of appeal, which I will do in the order they were listed, I make two necessary observations. The first concerns the relief sought, while the second relates to an overarching argument of unfairness resulting from the trial judge's unorthodox approach to adjudication.

##### A. *The relief sought*

[54] Mr. Despres' appeal is governed by Rule 62 of the *Rules of Court*, of which Rule 62.05 requires the commencement of an appeal by issuing a Notice of Appeal (Form 62B), which sets out the grounds of appeal as well as the relief sought. Form 62B provides the necessary flexibility for relief to be sought in the alternative. As stated above, in his Notice of Appeal Mr. Despres seeks to have the trial decisions set aside and a new trial ordered. He does not ask this Court to reverse or vary any aspect of the decision. The request for a new trial was reiterated at the hearing of the appeal. Mr. Despres' counsel argued the decision was not transparent and contained so many errors on factual conclusions that it could not be relied upon.

[55] While it is true that a Notice of Appeal must set out the relief sought, I am of the view this Court is not constrained in its powers by the relief specifically sought in a Notice of Appeal. The powers of the Court are set out in Rule 62.21. Rule 62.21(1) provides that "[t]he Court of Appeal may draw inferences of fact, render any decision and make any order which ought to have been made, and may make such further or other order as the case may require." This broad power is not limited to instances where a

Notice of Appeal seeks the variation of a decision. It is available in every instance. Similarly, Rule 62.21(7), which provides the basis upon which the Court of Appeal may order a new trial or hearing, or Rule 62.21(10), which gives the Court of Appeal the power to refer a question back to the court appealed from, do not limit the availability of those powers to instances where such relief is specifically sought. I therefore conclude that the entire array of powers conferred by Rule 62.21 is available to us notwithstanding the relief specified in the Notice of Appeal.

[56] With this in mind, and for the reasons set out below, I conclude it is not in the interests of justice to order a new trial. In my view, the trial judge's credibility findings were not the result of palpable and overriding errors. While there were errors of fact and of mixed law and fact, these can be remedied where necessary by varying the trial judge's decision. In fact, considering the full evidentiary record at our disposal, it would be contrary to those interests to require the parties to start again either from the beginning or even to undergo a new trial on one or more of the contentious issues.

B. *Rendering a decision in various phases*

[57] While not raised as a specific ground of appeal, it was obvious in oral argument Mr. Despres considered the manner in which this trial was conducted as constituting an overarching error that should lead to a new trial.

[58] The trial judge's approach to decision-making was to render a decision in three phases with invitations for further argument between phases. While unorthodox, this approach does not by itself raise a fairness concern. While such an approach ought to be the exception rather than the norm, since it creates delays and increases costs, there is nothing that prevents a trial judge from seeking further argument on a given point if the judge is of the view the matter has not already been fully canvassed.

[59] However, Mr. Despres' counsel pointed out that this was not a simple invitation for counsel to present further argument. As stated earlier, in issuing phase one

of his decision, the trial judge set out nine questions regarding which he was seeking further arguments. In addition, he stated counsel would be heard “on any motions to reopen the trial” and pointed to his own decision in *Daly* case as the governing authority. In essence, the trial judge was communicating to counsel he wanted to hear further evidence on the subject matter of the questions he had set out.

[60] With respect, *Daly* is not the governing authority for proceeding as the trial judge did in this case. Rather, the modern governing authority in instances where the reopening of the evidentiary portion of a trial is requested is *671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc.*, 2001 SCC 59, [2001] 2 S.C.R. 983, in which Major J., for the Supreme Court, accepted a two-part test taken from *Scott et al. v. Cook et al.*, [1970] 2 O.R. 769 (H.C.). The Court must consider: (1) if the new evidence, if presented at trial, would probably have changed the result; and (2) whether the evidence could have been obtained before trial by the exercise of reasonable diligence. In recognizing this test, the Supreme Court went on to say as follows:

Further, the case law dictates that the trial judge must exercise his discretion to reopen the trial “sparingly and with the greatest care” so that “fraud and abuse of the Court’s processes” do not result (see *Clayton, supra*, at p. 295, cited in *Scott*, at p. 774). [para. 61]

[Emphasis Added]

[61] *Sagaz* was considered in *Mehedi v. 2057161 Ontario Inc.*, 2015 ONCA 670, [2015] O.J. No. 5178 (QL), in which Lauwers J.A., for the Court, examined the decision and concluded as follows:

[...]properly understood, the test in *Sagaz* goes beyond the two questions of whether the new evidence, if presented at trial, would probably have changed the result, and whether the evidence could have been obtained before trial by the exercise of reasonable diligence. It includes considerations of finality, the apparent cogency of the evidence, delay, fairness and prejudice [...] [para. 20]

[62] I agree with this analysis and add that these factors must be considered in light of the caution the Supreme Court issued that the exercise of discretion to reopen a trial must be exercised “sparingly and with the greatest care,” or, stated differently, with much restraint.

[63] On the question of restraint, the Supreme Court’s decision in *Sagaz* did not establish new law. Indeed, in New Brunswick, this point had previously been expressly recognized. In *Workers’ Compensation Board (N.B.) v. Atlantic Speedy Propane Ltd. et al.* (1989), 96 N.B.R. (2d) 108, [1989] N.B.J. No. 246 (QL), Stratton C.J.N.B. had stated as follows:

While there is no express provision in the *Rules of Court* empowering a trial judge to receive further evidence, it has been held he has a discretionary power to do so either (a) for his own satisfaction or (b) where justice requires it. But leave to receive further evidence should not be granted except for the most compelling reasons: see *Workmen’s Compensation Board et al. v. McCarthy et al.* (1981), 37 N.B.R. (2d) 185 [...] (N.B.Q.B.T.D.); (1983), 42 N.B.R. (2d) 160 [...] (N.B.C.A.). [para. 14]

[Emphasis Added.]

[64] In *Daly*, the trial judge acknowledged Chief Justice Stratton’s statement in *Atlantic Speedy Propane*; however, he did not accept that this was the expression of a “firm legal rule” (para. 21). Rather, the trial judge embarked upon a lengthy analysis in an attempt to discredit this principle. He suggested the concept of requiring restraint, as opposed to what he considered to be an unfettered discretion to allow a case to be reopened, would be putting form before substance.

[65] With respect, on this point, the judge’s analysis of *Daly*, and his conclusion, are wrong. Both the Supreme Court in *Sagaz* – to which the judge did not refer in *Daly* – and this Court in *Atlantic Speedy Propane* caution judges to be restrained in allowing cases to be reopened. It simply was not open for the trial judge to disregard this principle.



[66] What *Daly* ignores is that, in our system of justice, form and substance work hand in hand. Except in particular instances, such as small claims matters, civil trials in New Brunswick are conducted in an adversarial process along well-established procedures, including the one pursuant to which the issues requiring adjudication are defined by the pleadings. As Drapeau C.J.N.B. stated in *Local 772 of the United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada v. The United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada and the United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 325 and Hughes and Wood*, 2013 NBCA 33, 404 N.B.R. (2d) 332, “[c]ivil litigation does not bring into play the ‘commission of inquiry’ model in which one or more commissioners embark on a ‘voyage of discovery armed only with very general terms of reference’” (para. 42).

[67] The adversarial process is one pursuant to which each party presents their evidence to prove or disprove what has been alleged in the pleadings. The role of the trial judge is to ensure the proceedings are conducted fairly, properly and according to law, which include the rules governing procedure. The judge’s role is to listen to the testimony, assess all the evidence, make assessments of credibility and findings of fact, apply the law to the facts and make an ultimate determination on the merits, keeping in mind throughout the applicable burdens of proof. If a party making an assertion and having the burden of proving it fails to meet that onus, the role of the judge is generally to dismiss the claim asserted. It is not the role of the judge to enter the fray and take on the role of counsel. The judge is not an investigator. He or she must be, and must be seen to be, an impartial arbiter deciding matters on the basis of the evidence the parties have adduced in a trial conducted in accordance with established procedure and principle. While established principle includes allowing a trial to be reopened for compelling reasons, sparingly and with great care, when the governing test has been met, a judge should not, under the guise of wanting to do justice, enter the fray and direct the evidence

that ought to be adduced. As Lord Wilberforce put it in *Air Canada v. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 A.C. 394, [1983] 1 All E.R. 910:

In a contest purely between one litigant and another, such as the present, the task of the court is to do, and be seen to be doing, justice between the parties – a duty reflected by the word ‘fairly’ in the rule. There is no higher or additional duty to ascertain some independent truth. It often happens, from the imperfection of evidence, or the withholding of it, sometimes by the party in whose favour it would tell if presented, that an adjudication has to be made which is not, and is known not to be, the whole truth of the matter: yet if the decision has been in accordance with the available evidence and with the law, justice will have been fairly done. [p. 438]

[68] The present case illustrates why, in a case where parties are represented by counsel, the decision to adduce evidence is best left to counsel. Counsel for Mr. Despres decided not to pursue certain evidence related to the TSH test results because counsel for the defendants had not raised Mr. Despres’ thyroid condition as relevant to the assessment of damages. Among the evidence not pursued were pharmacy records, which would have required counsel to canvass all pharmacies Mr. Despres used after the one in the local Zellers had closed. When the trial judge raised the matter, counsel felt obliged to gather the evidence and present it to the Court. Yet, in the final analysis, Mr. Despres’ thyroid condition, including the TSH test results and the medication he was taking for the condition, was found to have no relevance whatsoever in the determination of damages. This is exactly what counsel had initially determined. Nevertheless, counsel had to unnecessarily spend time and money gathering these documents in order to satisfy the judge’s inkling the information might somehow be relevant.

[69] All this said, it is not surprising counsel did not raise the trial judge’s approach as a discrete ground of appeal. While unconventional, the approach did not, of itself, have any effect on the ultimate decision because the information gathered at the instigation of the judge, between phases one and two, did not affect the ultimate assessment of damages. Perhaps credit ought to be given to defence counsel who did not

pursue untenable positions on some of the matters the trial judge raised. In any event, in the circumstances of this particular case, I am unable to give effect to any suggestion this unorthodox approach justifies appellate intervention.

C. *The grounds of appeal*

(1) Deteriorating pre-accident employment capacity

[70] The first ground of appeal alleges error in the trial judge's determination that, prior to the accident of September 11, 2009, Mr. Despres was losing his ability to do labour work on account of deteriorating health. Mr. Despres claims there was no evidence to support this finding.

[71] Mr. Despres also disputes the trial judge's finding that "[t]he plaintiff's actual earnings in the summer months before the accident, his poor education and lack of even a driver's licence as well as his increasingly complicated medical history and rejections by previous employers indicate that he was becoming less employable" (para. 86 of Decision – Phase II).

[72] Mr. Despres acknowledges there was evidence he had health problems, but argues none of these had rendered him unemployable, except for the carpal tunnel syndrome; however, this condition was resolved by a surgical release on May 27, 2009, following which he was cleared to return to work as of July 12, 2009. It was the carpal tunnel problem that resulted in no earnings for the first part of 2009. Once the condition was addressed, he once again became employable. The fact he was working as a labourer at the time of accident is proof of his employability. Moreover, his lack of a driver's licence and poor education had not prevented him from earning some income in the past.

[73] Thus, Mr. Despres contests the judge's conclusion that "[b]ecause of his poorly-controlled asthma and other medical and social issues before the accident his

future employment ‘in a labour type environment’ was speculative, not real” (para. 154 of Decision – Phase II).

[74] MacDonald Crane and Mr. St. Pierre reply by pointing to the evidence of Mr. Despres’ school records, his hospital chart, his medical and rehabilitation records as well as his employment history. In particular, they direct the Court to the following portion of the testimony of Alexandra Cummings, who worked for the employment agency through which Mr. Despres had been placed in various temporary jobs over the years:

He was definitely not one of my first calls just because based on past experiences I had with him, it is hard for him to work around certain people, people with strong personalities, his attitude kind of got in the way. So he would certainly not be my first call. But, if I had to work my way down in a kind of determined it was a short ... shorter term assignment and maybe not a lot of people at it, I would give him a call and give him a chance.

[75] MacDonald Crane and Mr. St. Pierre also refer to psychiatric and psychological diagnoses of Mr. Despres having narcissistic and histrionic personality traits, which affect both his personal and work relationships.

[76] In my view, the trial judge’s finding that Mr. Despres had no pre-accident employability is the result of a palpable and overriding error in the assessment of the evidence. The fact is, Mr. Despres resumed employability once he recovered from the carpal tunnel surgery. He was gainfully employed the day of the accident. But for the accident, there is no evidentiary basis for concluding Mr. Despres would not have completed his current job and then gone on to obtain other employment. There was simply no evidence Mr. Despres had suddenly become totally and permanently unemployable on account of his pre-accident medical condition, his poor education, his failure to hold a driver’s licence or his personality traits. The evidentiary record does not lend itself to such a conclusion.

[77] The fact there is merit to this ground of appeal does not, however, necessarily mean we must interfere with the judge's ultimate award of damages. It is the effect of the error on the assessment of damages that would give rise to appellate relief. Any such effect will be addressed below under the headings that relate to the other grounds of appeal. In sum, I am of the view the judge's error led him to improperly deny Mr. Despres any amount at all for loss of earnings.

(2) Cost of medical marijuana

[78] Mr. Despres points to British Columbia cases in which awards were made for the cost of medical marijuana. He also refers to *Fasquel v. Boucher*, 2011 NBQB 150, 374 N.B.R. (2d) 339, in which the use of medical marijuana was mentioned in the course of a motion for an advance of special damages. Mr. Despres relies on these authorities to support his claim. I note there is no indication in *Fasquel* the judge was ruling on the validity of his claim. In any event, no binding authority was brought to our attention on the question whether or not the use of marijuana might be considered a valid item of damages. This said, MacDonald Crane and Mr. St. Pierre did not argue the claim was devoid of merit in law. Instead, they submitted the use of marijuana was not appropriate in this particular case. As will be obvious from the reasons set out below, I agree with this contention. As a result, I say nothing regarding the cases to which Mr. Despres referred.

[79] Mr. Despres submits his need for marijuana is evidenced by the report and testimony of the psychiatrist, Dr. Patricia Forgeron, who identified Mr. Despres as a candidate for inhaled medical marijuana. According to her, the relaxation properties of inhaled marijuana benefited Mr. Despres and, in her experience, these are not present in the pill version known as Nabilone. According to her testimony, the marijuana helps Mr. Despres relax and helps him with his pain. She stated she did not care how much he takes.

[80] According to Mr. Despres, his family doctor was also of the view marijuana was an indicated therapy to treat his pain. He adds that even Dr. King, who wrote a medical report for the defendants, testified that the use of this kind of drug was “probably justified.” However, Dr. King’s testimony is quoted out of context. Dr. King testified his report noted Mr. Despres was using marijuana and getting some relief. He continued by stating that, in the report, he referred to a paper in which it is stated that marijuana “has been used commonly in treating chronic pain.” He quoted from the paper to make that point and to support the argument that “largely from [...] the ethical side [...] the use of this kind of drug and severe pain syndromes is probably justified and why it has a special category in reference to other drugs this article questions.” Thus, Dr. King was not expressing his own view that medical marijuana was “probably justified.”

[81] On the other hand, both Dr. Lalonde and the authors of the Canadian Health Solutions report were of the view Mr. Despres should not be taking marijuana for the treatment of his condition. Dr. Lalonde testified that inhaled medical marijuana causes other serious medical conditions and that it was “not a good plan at all.” In the context of allowing that maybe the pill form of the drug might be indicated, Dr. Lalonde stated: “I am really not a marijuana expert.” In that context, this statement did not undermine Dr. Lalonde’s opinion that inhaled marijuana was bad for one’s health, since he continued his testimony by reaffirming this very point. As for the Canadian Health Solutions assessment, it clearly recommended against the use of marijuana in Mr. Despres’ case.

[82] Mr. Despres emphasizes that Workers’ Compensation Appeals Tribunal rejected the Canadian Health Solutions report on this point and ordered WorkSafeNB to fund Mr. Despres’ use of marijuana. This, because the substance provided him with effective pain management. He claims that this indicates that marijuana was the only treatment that assisted him with pain management.

[83] Mr. Despres submits because Dr. Lalonde qualified his opinion by recognizing he was not “a marijuana expert”, and as the Canadian Health Solutions report

was rejected on this point by the Appeals Tribunal, it was not open for the trial judge to reject the opinions of those other expert witnesses who supported the continued use of marijuana. He also submits the trial judge's decision rejecting this head of damages was tainted by reliance on factors that should not have been considered in determining the issue. In particular, the trial judge noted Mr. Despres lives with his common-law wife and their two small children and the judge was concerned the children would be exposed to the effects of second-hand marijuana smoke. Rejecting as not credible Mr. Despres' testimony he always went outside to smoke, the trial judge concluded the best way to protect the children was for Mr. Despres to stop smoking marijuana.

[84] In reply, MacDonald Crane and Mr. St. Pierre note the trial judge did not reject the use of medical marijuana in all cases, but rather held, in the present case, Mr. Despres' "claim for medical marijuana to be smoked is not reasonable" (para. 176 of Decision – Phase II). Since the trial judge did not, as a matter of law, reject the use of medical marijuana, case law is of no assistance in assessing whether the trial judge made a palpable and overriding error in his determination.

[85] At the hearing of the appeal, counsel for the respondents conceded a palpable factual error in the trial judge's decision. The trial judge found Mr. Despres smoked marijuana in the presence of his children. There was simply no evidence to support this finding. However, counsel for MacDonald Crane and Mr. St. Pierre argued the error was not overriding. The claim for medical marijuana was essentially rejected on the basis the trial judge accepted the evidence of Dr. Lalonde and the Canadian Health Solutions report, the latter of which made the point that the cognitive effects of the use of marijuana may interfere with overall functioning, motivation and ability to function safely in the workplace. According to the respondents, it was open for the trial judge to take into consideration all the evidence and to accept the opinions of some experts over others.

[86] I agree the trial judge made a palpable error in finding the second-hand smoke affected the children when there was simply no evidence the children were ever

exposed to the substance. Nevertheless, I would not give effect to this ground of appeal. In my view, the judge's error did not have an overriding effect on his ultimate denial of the claim for the cost of medical marijuana.

[87] The trial judge's determination regarding the marijuana claim must be considered in light of his other findings, and specifically those that follow:

Surveillance videos in 2012 and 2014 show the plaintiff using his right hand and thumb more than he says he can.  
(Ex. D-4)

The surveillance videos as well as the Workers' Rehabilitation Centre Discharge Summary of February 11, 2010 are powerful evidence that the plaintiff has exaggerated the effect that the accident has had upon him. He has resisted and refused rehabilitation for lighter work. That was why he was not deemed capable for retraining.

Thus I find that by exaggerating his symptoms as well as resisting and refusing rehabilitation the plaintiff has attempted to portray himself as permanently disabled.

[paras. 155-157 of Decision – Phase II]

[88] These findings of fact and credibility explain why the trial judge rejected the views of the experts who supported marijuana use to alleviate the pain. Although there were objective signs indicating the injury to Mr. Despres' hand developed into a complex regional pain syndrome, the physicians who supported the use of medical marijuana were accepting Mr. Despres' subjective reports of severe pain and disability. Thus, their opinions were based on the facts as they understood them; however, on assessment of all the evidence, including the surveillance videos, the Workers' Rehabilitation Centre reports, the report from Canadian Health Solutions and Dr. King's opinion that Mr. Despres suffers from a complex regional pain syndrome of a relatively mild degree, it was certainly open for the trial judge to conclude the injury to Mr. Despres' hand evolved into a complex regional pain syndrome "initially of moderate degree, now of mild degree" (para. 165 of Decision – Phase II). Having come to this conclusion, it is not surprising the trial judge rejected the opinions of those who founded



their views on an understanding Mr. Despres was in constant excruciating pain from a severe presentation of the syndrome.

[89] There were ample reasons to accept Dr. Lalonde’s testimony, despite his self-effacing comment that he was not an expert in marijuana use. Similarly, there are ample reasons to accept the conclusions found in the Canadian Health Solutions report, the authors of which reached their conclusion on the understanding Mr. Despres had been misrepresenting the severity of his condition. It was their view that “subjective client reports of pain and disability are not supported by objective findings, are discordant with observed function over time, and in fact are contradicted by video surveillance,” adding “[t]his would indicate that Mr. Despres is misrepresenting his condition, possibly for secondary gain purposes” (para. 141 of Decision – Phase II).

[90] Where the trial judge accepted these expert opinions over the others, it follows his dismissal of the claim for the cost of marijuana is grounded in the evidentiary record and thus not unreasonable.

[91] Recall that in the Decision – Phase II the trial judge asked counsel to return to present further arguments on whether or not payments made by WorkSafeNB for medical marijuana should form part of the damage award notwithstanding his conclusion the claim was not reasonable. Specifically, the trial judge pointed to s. 10(13)(a) of the *Workers’ Compensation Act*, which provides that in an action such as this one, “an award of damages shall include [...] medical aid provided under this Part.” In presenting further argument, counsel brought *Fundytus* to the Court’s attention. In rendering his Decision – Phase III, the trial judge came to the same conclusion as had the British Columbia Supreme Court in *Fundytus*. Specifically, he held s. 10(13)(a) of the *Workers’ Compensation Act* should be interpreted as giving rise to a claim for the amount paid and not as a right of indemnity. This point was not raised as a discrete point of appeal. At first blush, this is not surprising since a contrary interpretation would appear to create the absurd situation whereby WorkSafeNB would be usurping the functions of a civil court.

(3) Past and future loss of earnings

[92] Mr. Despres submits the trial judge erred in failing to award any damages for loss of income. I agree.

[93] Mr. Despres argues only two possible scenarios could justify the conclusion he suffered no loss of income at all: (1) in the moment preceding the injury his earning capacity was zero; or (2) if he had an earning capacity at the time of the accident, the accident had no effect on that earning capacity. Both scenarios are untenable, given that at the time of the accident Mr. Despres was gainfully employed and the injury left him disabled from employment at least for some period of time.

[94] In their written and oral arguments, MacDonald Crane and Mr. St. Pierre addressed the trial judge's findings of a deteriorating pre-accident earning capacity together with the denial of any amount for loss of earnings. Since I find the judge erred in his determination on the first point, it follows that I disagree with the contention Mr. Despres did not suffer any loss of income at all in the accident of September 11, 2009.

(a) *The governing principles*

[95] I begin with a review of the principles that govern the assessment of damages under this heading.

[96] The calculation of past loss of earnings for a salaried employee is usually not a complicated exercise. In general, one determines how much income the evidence establishes the claimant would reasonably have earned but for the accident and subtracts from that the actual earnings to the time of trial. The exercise becomes complicated when a claimant does not have stable employment, where past earnings have been sporadic or irregular, or where the evidence leads to the conclusion there should have been a return to work either on a date earlier than the actual return or, where there has been no return, on

a date before trial. In those situations, a trial judge is required to determine, from the evidentiary record or from inferences reasonably drawn from it, how much the claimant would likely have earned. This determination is sometimes based on past performance or, in some circumstances, statistical evidence. Then the judge must determine the date upon which the injuries suffered in an accident were no longer an impediment to some form of reasonably available employment.

[97] As for the calculation of future loss of earnings, trial courts are directed to apply the principles this Court laid out in *Abu-Bakare*, in which Drapeau, C.J.N.B., for the Court, specifically addressed the question of pecuniary damages for future loss of earnings upon restricted employability.

[98] In *Abu-Bakare*, the Chief Justice began his analysis by noting there was no useful distinction to be made between a “future loss of earnings” and a “loss of earning capacity” (para. 41). Thus, in these reasons, both terms may be used interchangeably.

[99] The Court, in *Abu-Bakare*, rejected the approach pursuant to which some courts had been compensating loss of earning capacity “on the theory that any restriction in employability represents a loss of capital asset with intrinsic monetary value” (para. 42). Using that approach, some courts had ordered compensation under this heading “in the absence [of proof] of any real and substantial possibility that the injured party will actually suffer lost earnings or profits” (para. 42). Rather, the Court reiterated the principle pursuant to which, “before an award for future loss of earning capacity can be made, it must be shown that there is a real and substantial possibility that the injured party will suffer lost earnings or profits” (para. 55 quoting from *Cleary v. McCluskey*, 2002 NBCA 45, 252 N.B.R. (2d) 10, at para. 28).

[100] Having set out the compensatory principle pursuant to which loss of earning capacity stands to be determined, Drapeau C.J.N.B. next turned to the principles that govern the quantification of such loss. I summarize these as follows:

- 1) Arbitrariness has no place in making an award under this heading;
- 2) While the difficulty in quantifying a proven loss should not stand in the way of fair compensation, a claimant nevertheless has “the burden of establishing by admissible evidence, at the very least, a range of rationally defensible quantum for the future pecuniary loss claimed” (para. 59);
- 3) If the future pecuniary loss is inadequately proven, the solution does not lie in making an arbitrary award but rather it is to award only nominal pecuniary general damages;
- 4) “The quantum of pecuniary general damages for loss of earning capacity must fall within a range of present values of future pecuniary loss that is rationally connected to the evidence” (para. 60);
- 5) Unless self-evident, the connection between the award for such pecuniary damages and the evidentiary record “must be articulated, at least in brief compass, by the trial judge” (para. 60);
- 6) There are some cases in which courts will “have no alternative but to resort to guesstimates or approximations” in making an assessment of damages for loss of earning, and that process cannot be faulted so long as this is “both necessary and susceptible to logical analysis” (para. 60);
- 7) The proper approach in the calculation of pecuniary damages for loss of earning capacity is a two-step process:
  - a. The court must estimate the chances that a loss of earnings or profit will occur, in that there is a real and substantial possibility of a loss occurring;
  - b. The court must then “reflect the chances of that loss occurring in the amount of damages that it awards” (para. 61).

(b) *Application of the principles to the present case*

[101] Mr. Despres argued his appeal as though he had suffered a permanent total disability. He submitted the trial judge should have accepted data gathered from Statistics Canada in determining what he would have likely earned but for the accident, and that,

with this evidence, the trial judge could have calculated past loss to the time of trial and, using tables provided to him, could have determined the present value of the future loss of earnings.

[102] As observed earlier, I agree the trial judge erred in making no award at all for loss of earnings. However, this is not to say I agree with Mr. Despres' contention he was entitled to a damage award under this head that reflects a permanent total disability. Such an award would not accord with critical findings of fact supported by the evidentiary record. While the evidence supports the contention the complex regional pain syndrome that afflicts Mr. Despres might be permanent in nature, the evidence is far from establishing the condition results in a total disability. Surveillance videos show Mr. Despres performing tasks that are at odds with his claims of total disability not just at trial but also to his treating physicians and to those who assessed him. The trial judge concluded Mr. Despres suffered an injury that evolved into a complex regional pain syndrome "initially of moderate degree, now of mild degree," (para. 165 of Decision – Phase II) and this finding is one that finds support in the evidentiary record. Essentially then, the trial judge concluded Mr. Despres was left with a permanent partial disability.

[103] Before us, Mr. Despres argued the trial judge's refusal to award damages for loss of earnings was incongruous with his finding that Mr. Despres was entitled to general damages that exceed the cap set out in the *Injury Regulation*, being NB Regulation 2003-20 under the *Insurance Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-12. Under that *Regulation*, the total amount recoverable as damages for the non-pecuniary loss could not exceed the cap of \$2,500 unless the injury he suffered resulted in a "permanent serious impairment of an important bodily function caused by continuing injury which is physical in nature" (ss. 2(2) and 4 of the *Injury Regulation*). Section 2(2) of the *Regulation* defines "serious impairment" as meaning "an impairment that causes substantial interference with a person's ability to perform their usual daily activities or their regular employment."

[104] I agree the award of general damages exceeding the cap set out in the *Injury Regulation* is incongruous with the dismissal of the claim for any award for loss of earnings; however, such an award for non-pecuniary damages would not be at odds with an award for loss of earnings based on a permanent partial disability.

[105] As stated earlier, there is ample evidentiary support for the trial judge's finding that Mr. Despres' injury evolved into a complex regional pain syndrome initially of a moderate degree, now of mild degree. The complex regional pain syndrome is a permanent condition and there is no question it substantially interferes with Mr. Despres' ability to perform the type of labour work for which he had historically been employed. Thus, the trial judge was correct in not applying the cap found in the *Injury Regulation*.

[106] The challenge in this case lies in calculating the loss of earnings for a claimant who was found to have greatly exaggerated the extent of his disability and, as a result of this exaggeration, claimed he was totally disabled.

[107] It is indisputable that in the immediate aftermath of the accident, Mr. Despres was unable to pursue any type of gainful employment. For that period, he was totally disabled from earning income. The loss suffered while he was totally disabled is calculated by determining: (1) how much Mr. Despres would have earned but for this disability; and (2) the duration of his total disability; however, at some point, Mr. Despres' situation changed and he was no longer totally disabled. Any loss he suffered from that point on is calculated by comparing what he would have earned, but for the partial disability with what he was reasonably capable of earning despite the partial disability. If this loss extends beyond trial, one would need to determine the present value of the future loss.

[108] The biggest challenge in assessing loss of earnings during Mr. Despres' period of total disability lies not in determining the amount he might have earned but for the accident, but rather in determining the period during which he was totally disabled.

[109] On the former question, a report prepared by Frank Strain, Ph.D. and Cara Brown, M.A., of Brown Economic Consulting Ltd., calculates a loss of earnings, including prejudgment interest, in the amount of \$78,000 to November 17, 2014, that is the beginning of trial. They do so using average earnings of \$14,500 for the years 2006 to 2008 based on Mr. Despres' actual earnings and employment insurance benefits for those years and calculating the average in 2009 dollars. Recall the trial judge found the following for those years:

2006	T4, including \$3,932 from Manpower Services	\$9,295
2007	T4 Employment insurance	\$13,334 \$4,292
2008	T4, including \$5,834 with Black Seal Paving and \$5,980 through Manpower Services Employment insurance	\$11,814 \$2,829

[110] In my view, this is a sensible approach. As a result, I accept that, but for the accident, Mr. Despres would have earned an average of \$14,500 per year up to the valuation date of November 17, 2014.

[111] In concluding Mr. Despres' loss of earning was speculative and not proven, the trial judge considered the fact that "for the first eight months of 2009 [Mr. Despres'] earnings were only \$319" (para. 181 of Decision – Phase II). This consideration is clearly unreasonable. The evidence was undisputed. Mr. Despres could not work for the first part of that year because of the carpal tunnel condition. The condition was successfully treated with surgery and Mr. Despres was able to return to work after July 12.

[112] It is the second question that is more difficult to answer: how long was Mr. Despres totally disabled? As stated above, Mr. Despres claims he has been totally disabled since the accident, but this was clearly rejected based on the video surveillance and the other evidence to which the trial judge referred. On the other hand, the trial judge erroneously concluded Mr. Despres was not entitled to any compensation at all for loss of earnings. In light of this conclusion, the trial judge did not assess the evidence to

determine how long Mr. Despres was totally disabled and what loss, if any, arose out of his disability.

[113] In some circumstances, this might be an appropriate case to refer the matter back to the trial judge to make these determinations; however, where the parties have already been subjected to lengthy proceedings, including three phases of the trial process, I am of the view the interests of justice are better served by our making the decision that ought to have been made at the trial level. This is especially so because we are able to find in the record, the evidence that enables us to make the necessary findings.

[114] As noted, the injury Mr. Despres suffered in the accident evolved into a complex regional pain syndrome initially of moderate degree now mild. He was initially totally disabled from performing the duties of his employment or of any employment for which he was suited. A number of experts testified or filed reports stating Mr. Despres was permanently totally disabled from all types of employment, but these opinions must be rejected in light of the trial judge's finding that Mr. Despres "exaggerated the effect" of the injury suffered in the accident (para. 156 of Decision – Phase II).

[115] There is ample evidentiary support for this finding. Support is found in the surveillance videos, the opinions of those experts who contrasted what they saw in the videos with Mr. Despres' self-reporting, and in the accounts of rehabilitation attempts during which Mr. Despres' self-reports of pain and function were unreliable because his descriptions of his own level of capacity were below his demonstrated level of function.

[116] This being said, the testimony and reports of the medical experts leave one with no doubt Mr. Despres suffered an injury that evolved into a condition that may be permanent in nature. There is also no question he will be unable to again engage in the labour-intensive type of employment from which he had previously earned a very modest living. Thus, in order to return to some gainful employment, Mr. Despres will have to undergo some form of occupational retraining.



[117] Mr. Despres was often assessed and treated at the Workers' Rehabilitation Centre. He was first admitted to the Centre on December 15, 2009, and then again on January 20, 2010. During the latter admission, he underwent an occupational therapy assessment and it was determined that "[h]is perceived level of capacity is observed to be below his demonstrated level of function." The occupational therapy report explained as follows:

During the treatment days he was present, he often reported he could not participate in his treatment program due to pain limitations. He would report inability to tolerate performing desensitization techniques on his right upper extremity or to tolerate moving or touching any objects with the right hand. At times, the client's symptom reports were observed to be inconsistent with observed behaviours and functional performance. On one occasion he was observed to be handling a pen in the right hand and touching it to his thumb as he reported he was experiencing too much pain to do any activity with that hand.

[...]

The following continue to be a barrier with respect to the client's ability to return to work: functional limitations [...] job demands, pain focused, pain limited, unreliability of the client's symptom and function reports.

[Emphasis added.]

[118] Thus, in early 2010, it was noted Mr. Despres was likely exaggerating the level of his pain and disability.

[119] In a letter dated March 17, 2010, Mr. Despres was advised that Manpower Services had a return to work program to assist with his recovery by providing him temporary work. Mr. Despres was offered modified employment in the form of online computer training at the local library. Mr. Despres replied he was not interested in working with Manpower Services; however, ostensibly because his Workers' Compensation benefits might have been terminated, Mr. Despres eventually relented. He began the program on April 13, 2010.

[120] Mr. Despres' attempt to retrain did not last long. On April 20, 2010, he discontinued the program "because [his] personal situation prevent[ed] participation." The situation in question was an altercation with a security guard, which resulted in Mr. Despres no longer being allowed to attend work at the site.

[121] The indications of Mr. Despres' poor efforts at rehabilitation continued throughout 2010 and into the following years. He was again admitted to the Workers' Rehabilitation Centre in the fall of 2010 and again in June 2012. During the 2010 admissions, it was determined Mr. Despres could benefit from counselling but was "resistant and therefore would not engage in any meaningful way." In 2012, he again underwent an occupational therapy assessment. At this time, it was reported Mr. Despres "demonstrated a low level of physical effort on formal effort testing" and that "one must be cautious when relying on Mr. Despres's subjective reports."

[122] There is no question the injury Mr. Despres suffered in the accident on September 11, 2009, initially disabled him from all employment; however, when one views the evidence through the lens of the trial judge's credibility findings, the following conclusions are inescapable: (1) Mr. Despres continuously exaggerated his pain and disability; (2) he made little or no effort toward rehabilitation at the Workers' Rehabilitation Centre; and (3) he sabotaged Manpower Services retraining efforts.

[123] The law does not allow one to exaggerate pain and disability, sabotage rehabilitation by poor effort and refuse to undergo available retraining in order to enhance one's claim for compensation. A claimant has a duty to mitigate. The evidentiary record leads me to conclude that, if Mr. Despres had not exaggerated his pain and disability, if he had followed treatment advice and if he had undergone the rehabilitation and retraining opportunities offered to him, he would have soon been able to return to the workforce and earn at least that which history demonstrates he was capable of earning before the accident. A return to gainful work via retraining was offered to him but Mr. Despres did not want to participate and it only lasted a week. In my view, the trial judge would have been justified in finding that, as of his discontinuance of the retraining

opportunity, Mr. Despres was no longer entitled to damages for loss of earnings because it was his own willful behaviour that was impeding his return to work.

[124] In sum, I find the trial judge erred in not awarding any damages at all for loss of earnings. I would therefore allow this ground of appeal. However, in light of the trial judge's findings, and especially because of Mr. Despres exaggerations and his failure to mitigate, I limit his loss of earnings to the date he began participating in the paid retraining program Manpower Services provided him, that is April 13, 2010. I would therefore calculate the loss as follows:  $(\$14,500/12 = \$1,208 \text{ per month}) \$1,208 \times 7 \text{ months} = \$8,456.00$ .

(4) Cost of care and loss of valuable services

[125] I would dismiss this ground of appeal. On the basis of the trial judge's findings, which are well anchored in the evidentiary record, that Mr. Despres was exaggerating his disability and that he was able to do much more than he was demonstrated, there is no error in the trial judge's conclusion that WorksafeNB had fully compensated Mr. Despres under this head of damages during that period of time he was truly disabled. The judge awarded the amount of \$5,390.61, which is what WorksafeNB had paid toward Mr. Despres' care. He allowed this claim because there was evidence Mr. Despres had suffered chronic pain after the accident and it was important to take all reasonable measures to help rehabilitate him; however, as for a loss beyond this amount, the trial judge stated as follows:

The elaborate evidence offered to support damages for loss of valuable services and future care is based on the plaintiff's exaggerated descriptions of his condition and disability. In light of the surveillance videos and the other inconsistencies in the evidence, I am not persuaded that the plaintiff has proven on a balance of probabilities that the accident has caused him any loss of valuable services regarding housekeeping or child care. Although I think the plaintiff does need future medical care and counselling, he has not proven that those needs are because of the accident.

[para. 179 of Decision – Phase II]

[126]                    Considering the trial judge’s findings of exaggerated pain and disability and especially after viewing the video surveillance, I find no error in this conclusion.

(5)        General non-pecuniary damages

[127]                    Mr. Despres appeals the award of general non-pecuniary damages on the sole basis it is premised on erroneous findings of fact regarding the other heads of damages. The trial judge found Mr. Despres was left with a complex regional pain syndrome of a mild degree. If this Court were to conclude the pain and suffering were more significant than that, it would follow the award for general non-pecuniary damages would be increased accordingly. In addition, if we were to find the resulting disability was greater than that found by the trial judge, it would follow that general non-pecuniary damages would increase because the loss of amenities and loss of enjoyment of life would be more significant.

[128]                    Mr. Despres correctly asserts it is appropriate for this Court to set aside a trial decision when it is not supported by the evidence. He cites various cases from this Court that confirm this proposition. While I agree Mr. Despres’ assertion regarding our powers on appeal, I do not agree with his contention the assessment of general damages was not supported by the evidence. The finding of an injury that developed into a moderate complex regional pain syndrome and now results in a mild such condition is supported by the evidence for all the reasons that I have earlier outlined.

V.        Disposition

[129]                    For these reasons, I would allow the appeal but only to correct the trial judge’s failure to award any damages at all for loss of earnings. I would vary the judgment to add \$8,456 in past loss of earnings plus interest at the rate of 1%. It follows the amount involved for the purpose of calculating the costs awarded at trial must be

amended accordingly. I would conclude by awarding costs to Mr. Despres on appeal in the amount of \$2,500.

LE JUGE RICHARD

I. Introduction

[1] Pendant la majeure partie de sa vie, Robert Despres a été aux prises avec des problèmes de santé, d'éducation, puis d'emploi. Pendant sa meilleure année de travail, il a gagné la modeste somme de 13 334 \$, ce qui l'a rendu admissible à des prestations d'assurance-emploi de 4 292 \$. Le 11 septembre 2009, M. Despres s'est blessé à la main dans un accident au travail. Comme la blessure a résulté de l'utilisation d'un véhicule à moteur (une grue) dont son employeur n'était ni propriétaire ni conducteur, M. Despres a pu recevoir des prestations d'accident au travail et tenter en plus une action en dommages-intérêts. Contre le propriétaire et le conducteur de la grue, M. Despres a réclamé des dommages-intérêts de plus de 1,7 million de dollars. La responsabilité a été contestée, ainsi que le montant des dommages-intérêts, ce qui a nécessité un procès devant la Cour du Banc de la Reine.

[2] Après de nombreuses journées de procès pendant lesquelles les parties ont présenté leur preuve et leurs arguments, le juge du procès a mis sa décision en délibéré; toutefois, une décision finale n'a pas été rendue comme les parties s'y attendaient. Le juge a plutôt rendu sa décision (Décision, première partie), dans laquelle il a posé plusieurs questions à débattre davantage, après quoi il a admis plus tard de nouveaux éléments de preuve. La décision a de nouveau été mise en délibéré, et une fois de plus, les parties ont reçu une décision partielle (Décision, deuxième partie) dans laquelle elles ont été appelées à venir encore une fois pour de nouvelles plaidoiries. À la fin, les parties ont reçu une décision finale (Décision, troisième partie). Elle a été rendue près de 2 ans et 2 mois après la fin du procès. En dernière analyse, le juge du procès a attribué 90 % de la responsabilité au propriétaire et au conducteur de la grue, et le reste de la faute a été imputé à M. Despres. En évaluant les dommages-intérêts, le juge du procès a conclu que M. Despres avait exagéré les douleurs et l'invalidité découlant de la blessure et qu'il

n'avait pas fait des efforts convenables de réadaptation et de recyclage. En conséquence, il a rendu un jugement pour la somme totale de 96 664,43 \$ en faveur de M. Despres.

- [3] M. Despres appelle de l'évaluation des dommages-intérêts. Il soutient que la décision du juge est si entachée d'erreur qu'il faut ordonner la tenue d'un nouveau procès. Je ne suis pas de cet avis. Malgré le processus peu orthodoxe suivi en vue du règlement de l'affaire, le juge a tiré plusieurs conclusions essentielles sur les faits et sur la crédibilité qui étaient solidement fondées sur le dossier de la preuve. Bien que je conclue que le juge a fait erreur en n'accordant à M. Despres aucune somme au titre des dommages-intérêts pour perte de revenus, je suis d'avis que la Cour peut remédier à cette erreur en rendant la décision qui aurait dû être rendue. Pour ce qui est des conclusions tirées par le juge du procès sur les faits et sur la crédibilité, le dossier de la preuve justifie un montant pour perte de revenus, mais elle se limite à la somme perdue entre la date de l'accident et le moment où il a été conclu que M. Despres avait omis de limiter ses dommages. Quant aux autres chefs de dommages, je ne vois aucune erreur dans les conclusions du juge du procès. En conséquence, et pour les raisons énoncées ci-dessous, j'accueillerais l'appel, mais seulement en vue de corriger l'omission du juge du procès d'accorder des dommages-intérêts pour perte de revenus.

## II. Contexte factuel

- [4] Robert Despres est un homme de 39 ans, qui est né et a grandi à Saint John. Sa jeunesse a été marquée par une mauvaise santé et des difficultés scolaires. Ses problèmes de santé incluaient des allergies et un asthme grave, dont il a souffert depuis la petite enfance. On a reconnu qu'il était allergique aux œufs, à l'herbe, au pollen, aux animaux, à la poussière, à la pénicilline et à la fumée. Il avait constamment des problèmes d'asthme et devait souvent aller se faire soigner à la clinique externe de l'un des hôpitaux locaux, où il était habituellement traité au Ventolin. De temps à autre, son état nécessitait l'hospitalisation. Les notes suivantes, extraites des dossiers médicaux de M. Despres entre 1992 et 2002, sont particulièrement notables :

- En 1992, l'asthme de M. Despres a été décrit comme [TRADUCTION] « habituellement incontrôlable », et il utilisait un [TRADUCTION] « inhalateur Ventolin de façon excessive ». Lors d'une visite au bureau du médecin, [TRADUCTION] « il utilisait chaque muscle accessoire de la respiration » et il [TRADUCTION] « était trop essoufflé pour tenir une très bonne conversation ».
- Malgré son asthme, M. Despres fumait des cigarettes. En janvier 1997, il a informé un pédiatre qu'il ne fumait plus. Le médecin a signalé que [TRADUCTION] « [l]e respect des directives est toujours un problème dans son cas quand il s'agit de prendre un autre inhalateur que son Ventolin ».
- En décembre 1998, un pneumologue a indiqué que M. Despres prenait du Ventolin de deux à quatre fois par jour et qu'il [TRADUCTION] « ne prend pas ses médicaments de façon trop fidèle non plus, et il fume [...] un paquet par jour depuis 6 ou 7 ans [...]. Il fume aussi de la marijuana. » Le spécialiste était d'avis que M. Despres « doit cesser de fumer [...] devrait aussi s'abstenir de fumer de la marijuana [et] doit utiliser plus régulièrement les stéroïdes inhalés ».
- Des radiographies prises en 1999 ont montré des marques pulmonaires à la base des deux poumons, condition qui a été qualifiée de chronique.
- Une visite à la clinique externe de l'hôpital en 2000 révèle que M. Despres avait pris 4 ou 5 comprimés de Valium et avait bu 1½ chopine de whisky, mais on le soupçonnait d'avoir pris aussi du LSD ou d'autres hallucinogènes. Pendant une autre visite la même année, lorsque M. Despres se plaignait de douleurs extrêmes à la poitrine et au bas du dos, on a signalé qu'il fumait un paquet de cigarettes par jour. Les études radiologiques cette année-là ont continué de montrer une maladie pulmonaire chronique.
- En 2001, M. Despres a été admis au Centre de traitement des dépendances Ridgewood pour le traitement [TRADUCTION] « [d']abus d'alcool, de marijuana, de Valium, [...] et pour dépendance au jeu ».
- En 2002, M. Despres fumait encore, contrairement aux conseils du médecin, lequel a indiqué qu'il ne pouvait pas ou ne voulait pas cesser.



- Il n'a pas consulté un médecin après mai 2002 jusqu'en février 2007, lorsque M. Despres s'est plaint de douleurs au ventre, de diarrhée et de lignes de sang rouge occasionnelles dans la toilette après les selles. On a diagnostiqué un problème de thyroïde et on lui a prescrit des médicaments. Au début, il n'était pas pressé de prendre le médicament prescrit. À la fin de 2007, son état s'était amélioré, mais on continuait de lui prescrire des médicaments.
- En octobre 2008, M. Despres se plaignait d'avoir des douleurs au bras droit depuis qu'il avait commencé à exercer un emploi comportant un travail physique intensif. On soupçonnait le syndrome du canal carpien. Un neurologue a confirmé cette affection en février 2009. En mai cette année-là, les symptômes d'asthme de M. Despres s'aggravaient, et il prenait énormément de Ventolin. Il souffrait de maux de tête plus graves et d'une légère photophobie qui durait de 2 à 3 heures. Il déclarait ressentir beaucoup de stress parce qu'il était sans emploi, qu'il avait des problèmes d'argent et que sa petite amie était enceinte. Il continuait de prendre des médicaments pour hypothyroïdie. Ce mois-là, il a subi une intervention chirurgicale pour traiter le syndrome du canal carpien, mais, après l'opération, il s'est plaint de vives douleurs ainsi que de raideurs au poignet et aux doigts. Il a eu des traitements de physiothérapie pour ces problèmes. Il a été déclaré capable de retourner au travail à la mi-juillet.
- En 2009, M. Despres fumait encore un paquet de cigarettes par jour.
- De plus, les dossiers médicaux de M. Despres révèlent un grand nombre de blessures et de malaises divers, y compris des problèmes oculaires, deux occasions où il a dû demander des traitements après avoir été agressé, une fois en 1997 et l'autre en 2000, une fracture de la clavicule, des douleurs au dos et une blessure au bras.

[5] L'application au travail de M. Despres à l'école a été inférieure à la moyenne pendant une grande partie de sa jeunesse. Il a doublé la sixième année, a été promu automatiquement après la septième année et a doublé la huitième année avant d'obtenir une autre promotion automatique aux cours de niveau 4 en 10<sup>e</sup> année. Il a

abandonné l'école après avoir terminé seulement la première moitié de l'année 1996-1997.

[6] Après avoir quitté l'école, M. Despres est entré sur le marché du travail. Ses antécédents de travail sont irréguliers. Au fil des années, ses gains d'emploi et ses prestations des programmes sociaux ont été les suivants :

<b>Année</b>	<b>Source</b>	<b>Gains</b>
1996	T4	1 165 \$
1997	T4	1 912 \$
	Aide sociale	2 505 \$
1998	T4	3 505 \$
	Aide sociale	3 739 \$
1999	T4	2 072 \$
2000	T4	4 673 \$
	Assurance-emploi	1 316 \$
2001	T4	3 094 \$
	Assurance-emploi	752 \$
2002	T4	659 \$
2003	T4	6 171 \$
	Assurance-emploi	445 \$
2004	T4	2 489 \$
	Assurance-emploi	1 412 \$
2005	T4	2 424 \$
	Assurance-emploi	1 156 \$
2006	T4, y compris 3 932 \$ de Services Manpower	9 295 \$
2007	T4	13 334 \$
	Assurance-emploi	4 292 \$
2008	T4, y compris 5 834 \$ de Black Seal Paving et 5 980 \$ de Services Manpower	11 814 \$
	Assurance-emploi	2 829 \$
2009	T4	645 \$
	Assurance-emploi	6 298 \$

[7] Le 11 septembre 2009, M. Despres, travaillant pour Services Manpower, était manœuvre sur le chantier de construction de l'hôtel Château Saint John. Il en était à sa troisième journée d'un travail temporaire qui consistait à aider à transporter des meubles dans le nouvel hôtel. Comme les ascenseurs ne fonctionnaient pas, une grue

mobile soulevait des meubles jusqu'aux baies des fenêtres des étages supérieurs. Les meubles étaient soulevés dans un grand « godet », décrit comme mesurant environ 15 pieds de long, 5 pieds de large et 6 pieds de haut, qui présentait une ouverture par laquelle on pouvait décharger les meubles une fois que le godet était aligné à une baie de fenêtre.

[8] L'emploi de M. Despres consistait à aider à décharger les meubles du camion de livraison, à aider à charger le godet, à monter les escaliers de l'hôtel pour aider à décharger le godet, puis à porter les meubles dans diverses chambres. À un certain moment, on a permis à M. Despres de monter dans le godet au lieu de devoir gravir les escaliers jusqu'à l'étage supérieur. Pendant une de ces montées, le godet s'est trouvé à heurter le bâtiment à un moment où la main droite de M. Despres était hors du godet. La main de M. Despres a été coincée entre le rebord du godet et le bâtiment, ce qui l'a blessé à la main.

[9] Puisque M. Despres a subi sa blessure à la main en cours d'emploi, il a eu droit à des prestations en vertu de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13; toutefois, comme il a été blessé dans un accident mettant en cause un véhicule à moteur, le propriétaire et le conducteur de la grue n'ont pas bénéficié de la protection habituelle accordée par le par. 11(1.1) de la *Loi*.

[10] M. Despres a reçu des prestations d'accident du travail, et il a aussi introduit une poursuite afin d'obtenir des dommages-intérêts pour sa blessure à la main, par suite de laquelle il a dit avoir été atteint d'un syndrome de douleur régionale complexe à la main. M. Despres a réclamé des dommages-intérêts sous plusieurs chefs de dommages.

[11] La propriétaire de la grue, MacDonald Crane Service Ltd., et le conducteur de la grue, Andrew St-Pierre, ont nié être responsables de l'accident. Selon eux, M. Despres a insisté pour monter aux étages supérieurs dans le godet malgré des avertissements répétés. Ils soutiennent que c'est la négligence de M. Despres lui-même

qui a causé sa blessure. Les défendeurs ont ajouté Celaca Resources Inc. comme mise en cause dans l'action. On affirmait que cette société avait été le fournisseur des meubles et de l'équipement à Château Saint John et qu'elle avait conclu un contrat avec Services Manpower pour obtenir des travailleurs; toutefois, la mise en cause a été retirée par la suite.

[12] Le 17 novembre 2014, le procès sur l'action de M. Despres contre la propriétaire et le conducteur de la grue a commencé. Des preuves ont été présentées par l'une ou l'autre des parties du 17 au 21, les 24, 25 et 28 novembre et le 8 décembre 2014. En ce dernier jour, les parties ont présenté leurs plaidoiries finales, après quoi le juge du procès a mis sa décision en délibéré.

[13] Une « décision » a été rendue le 29 décembre 2014; voir 2014 NBBR 276, [2014] A.N.-B. n° 334 (QL). Même si le procès n'avait pas été divisé en deux parties, ce que le juge a rendu s'intitule « Décision, première partie ». Le juge a commencé par un résumé de la demande, en indiquant qu'elle dépassait 1,7 million de dollars, y compris 320 298 \$ pour la valeur actualisée de ce que lui coûteront dans l'avenir 4 grammes de marijuana par jour pour le soulagement de la douleur. Cet aperçu se poursuit par un sommaire de la situation de M. Despres avant l'accident, y compris une chronologie des faits saillants de ses dossiers médicaux et de ses gains avant l'accident. Après avoir terminé sa chronologie, le juge a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

Avant d'examiner les autres éléments de preuve et de tirer des conclusions concernant la crédibilité, je demande aux avocats des observations additionnelles sur les questions suivantes :

- a) À part le rapport indiquant une thyroestimuline supérieure à 60,0 le 20 avril 2007, y a-t-il d'autres rapports en preuve indiquant les résultats pour la thyroestimuline?
- b) Y a-t-il d'autres rapports sur la thyroestimuline quelque part?
- c) Le dossier du D<sup>r</sup> Raju est-il déposé en preuve?

- d) Où se trouvent, dans la preuve, les relevés d'une pharmacie sur les ordonnances effectivement remplies ou remises au demandeur depuis 2006?
- e) En l'absence des rapports sur la thyroïdostimuline, du dossier du D<sup>r</sup> Raju et des relevés de pharmacie, la règle applicable est-elle celle selon laquelle le tribunal « doit présumer que ces éléments de preuve [...] seraient défavorables » à la cause du demandeur? Voir *Lévesque c. Comeau et al.*, [1970] R.C.S. 1010, 1970 CanLII 4.
- f) Étant donné les antécédents du demandeur en fait d'inobservation des conseils de certains médecins et sa réticence à accepter un suivi concernant l'éducation sur l'hypothyroïdie, est-il raisonnable de présumer qu'il a effectivement pris le Synthroid prescrit?
- g) En l'absence de résultats constamment sains sur la thyroïdostimuline et du témoignage détaillé d'un médecin confirmant que l'hyperthyroïdie du demandeur a été sous contrôle depuis 2007, quelles inférences, le cas échéant, pourraient avoir été tirées au sujet de la santé et de l'aptitude au travail du demandeur immédiatement avant l'accident du 11 septembre 2009?
- h) Quelles inférences, le cas échéant, peuvent être tirées du défaut du demandeur de retourner travailler pour Black Seal Paving à l'été 2009?
- i) Immédiatement avant l'accident, quelles inférences, le cas échéant, peut-on tirer de ses antécédents au sujet de la continuité de son aptitude au travail de journalier?

Les avocats seront entendus sur ces questions et sur toute motion visant la reprise du procès aussitôt que ce sera convenable. Le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de permettre la présentation d'éléments de preuve additionnels après la conclusion d'un procès est examiné dans *Daly c. Petro-Canada*, 1995 CanLII 6205 (NBBR), 162 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 142, à partir du par. 12. [par. 66 et 67]

[14] La décision à laquelle le juge a renvoyé comme précédent pour permettre la présentation de preuves additionnelles après la fin d'un procès est l'une des siennes :

*Daly et al. c. Petro-Canada et al.* (1995), 162 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 142, [1995] A.N.-B. n<sup>o</sup> 258 (C.B.R.) (QL). Dans l'affaire *Daly*, ce même juge a rendu une décision initiale dans une action en rejetant certaines demandes, mais, au sujet d'une demande reconventionnelle, il a indiqué qu'il demandait la présentation orale d'arguments complémentaires avant de statuer sur l'affaire. Pendant la présentation des arguments complémentaires, [TRADUCTION] « sans remplir les formalités requises, l'avocat de Petro-Canada a demandé l'autorisation de rouvrir la preuve », ce qui a entraîné l'ajournement de l'affaire en attendant la présentation d'une motion en bonne et due forme. La motion a été contestée. Cela a donné lieu à la décision sur laquelle le juge s'est appuyé dans la présente affaire pour procéder comme il l'a fait. J'en dirai davantage à ce sujet plus loin.

[15] Le procès a repris le 21 janvier 2015. Avant cette date, l'avocat de M. Despres a déposé un recueil supplémentaire de documents. Les avocats des défendeurs ne se sont pas opposés à l'admission de ces documents. Sur ce, le juge, qui avait [TRADUCTION] « étudié » les documents avant qu'ils soient admis, a indiqué qu'ils étaient [TRADUCTION] « apparemment incomplets ». Pendant la discussion qui a suivi, l'avocat de M. Despres a rappelé au juge que [TRADUCTION] « [l']une des réalités des [...] procès est que les parties [...] sont au courant de questions, de documents, d'éléments de preuve potentiels qui ne vont pas jusqu'à devenir des questions en litige » et a soutenu que les médicaments pour l'hypothyroïdie étaient une question de ce genre. Le juge a répondu qu'il avait bien remarqué l'absence de preuves concernant le problème de thyroïde, ajoutant qu'il trouvait [TRADUCTION] « tout à fait étrange qu'il n'y ait pas plus de rapports sur la thyroïde au fil des années ». Il a dit que quand il analysait la liste des médicaments fournis, [TRADUCTION] « il lui semblait que [M. Despres] avait acheté des médicaments moins de la moitié du temps où ils ont été prescrits ». L'avocat de M. Despres a répondu qu'il y avait une lacune de deux ans et demi dans la liste fournie. Il a expliqué que la pharmacie où M. Despres achetait ses médicaments avait fermé, de sorte que M. Despres allait à diverses autres pharmacies dont il n'avait pas les dossiers. L'avocat a fait remarquer qu'aucune des parties n'avait indiqué que ce sujet soit une question en litige, mais, si la Cour pensait que c'était une question en litige, il a demandé la possibilité de s'adresser aux diverses autres pharmacies pour obtenir leurs dossiers.

Là-dessus, le juge a renvoyé à la preuve indiquant que M. Despres refusait souvent les invitations à dîner de sa mère en disant qu'il était fatigué et voulait rester au lit, et qu'il était [TRADUCTION] « irritable quand il faisait froid », ajoutant que [TRADUCTION] « des symptômes comme la fatigue et la sensibilité au froid [...] sont des signes avertisseurs de problèmes thyroïdiens ». Le juge a ajouté : [TRADUCTION] « Vous ne le savez peut-être pas, et j'ai un pouvoir limité à admettre cela d'office ». La discussion s'est poursuivie, et l'avocat a soutenu que la preuve révélait que M. Despres prenait ses médicaments pour la thyroïde.

[16] Au cours de ces discussions, le juge du procès a déclaré qu'il [TRADUCTION] « remettr[ait] aux avocats des copies de [son] brouillon de notes d'analyse » du document qui venait juste d'être admis en preuve. Il a renvoyé les avocats à la troisième page, où il avait indiqué que M. Despres ne semblait pas avoir pris le médicament [TRADUCTION] « pendant 43 des 76 mois ». L'avocat a répondu que cela s'expliquait par les dossiers d'ordonnances manquants. Le juge a répondu : [TRADUCTION] « Pas tout à fait. Non, c'est un peu plus compliqué que ça. » Il a discuté ensuite les résultats d'analyses de thyroestimuline, qui étaient peu nombreux dans le dossier de la preuve, et a ajouté : [TRADUCTION] « Je n'ai pas compris ça. Et c'est peut-être parce que le test est manquant ou parce que le médecin peut l'évaluer d'une autre façon, mais j'ai pensé que ces analyses étaient la clé. »

[17] L'avocat de M. Despres a répété que ce n'était pas une question que les parties avaient désignée comme litigieuse; toutefois, si c'était toujours un problème pour la Cour, il demanderait l'autorisation de présenter une preuve additionnelle, et le juge a alors répondu : [TRADUCTION] « C'est un problème », et il a ajouté : [TRADUCTION] « Je ne suis pas à l'aise avec ça. » L'avocat a alors demandé l'autorisation de présenter en preuve les [TRADUCTION] « résultats additionnels d'analyses [qui] pourraient être accessibles au sujet de la thyroestimuline, en plus de rappeler la D<sup>re</sup> Ashfield à témoigner ». Le juge a ajouté :

[TRADUCTION]

Et puis, il pourrait y avoir quelqu'un d'autre. Peut-être le

D<sup>f</sup> Raju ou quelqu'un d'autre qui pourrait être en mesure de nous aider. Mais je ne peux pas étudier les complexités de cette situation en termes généraux. Je dois entrer dans les détails, j'ai besoin d'éclaircissements, et je ne peux pas sauter aux conclusions sans un fondement probatoire.

[18] Le juge a ensuite invité l'avocat de M. Despres à envisager des preuves additionnelles sur la question de savoir pourquoi, à l'été 2009, M. Despres n'était pas retourné travailler pour Black Seal Paving, l'entreprise qui employait aussi son père. En effet, l'année pendant laquelle il y avait travaillé était l'une de celles où ses gains avaient été les plus élevés. Le juge a fait remarquer que l'absence d'explication du fait que M. Despres n'était pas retourné à cet emploi constituait une [TRADUCTION] « lacune » qui renforçait l'argument de la défense selon lequel le montant demandé était [TRADUCTION] « hors de proportion avec la preuve ».

[19] Le juge du procès a informé les avocats qu'il y avait deux manières de demander l'autorisation de rouvrir l'affaire : [TRADUCTION] « L'une est sur consentement, et l'autre est par voie de motion. » Après avoir entendu les avocats des défendeurs, le juge a suggéré que la question soit laissée entre les mains des avocats pour qu'ils en discutent et déterminent les questions sur lesquelles ils pourraient venir à s'entendre, puis qu'ils [TRADUCTION] « s'entendent avec la greffière sur une date convenable pour une motion visant la reprise du procès ».

[20] Le 27 mai 2015, les parties ont comparu de nouveau. L'avocat a alors présenté des documents additionnels qui ont été admis sur consentement. Certains des documents étaient des doubles d'autres pièces, mais ils incluaient aussi des extraits que les avocats des deux parties, au début, ne considéraient pas pertinents pour ce qui est de l'une quelconque des questions en litige soulevées dans l'instance. Les documents incluaient aussi les dossiers « manquants » des pharmacies.

[21] L'avocat de M. Despres a alors demandé l'autorisation de présenter des preuves additionnelles. La preuve offerte aurait consisté en un nouveau témoignage de M. Despres ainsi que d'une ou deux personnes de Black Seal Paving. La motion a été



contestée. Le juge du procès a signalé que le dossier sur la motion ne précisait pas au juste ce que la preuve additionnelle était censée démontrer. L'avocat de M. Despres a argumenté en ces termes :

[TRADUCTION]

En plus de beaucoup d'autres points, tels que les ordonnances, dont nous allons traiter séparément, c'est vraiment une question de paperasse. Mais la Cour donne son point de vue, et elle dit en fait : J'ai des questions sur ces sujets, je vous entendrai là-dessus. Du point de vue du demandeur, nous ne présentons pas cette motion au sens conventionnel où nous signalerions une partie de la preuve de la défense que nous n'avons pas abordée, ou quelque chose dans la cause de notre demandeur dont nous n'avons pas traité; ce n'est pas pour cela que nous sommes ici. Nous sommes ici parce que le demandeur procède... la Cour a une question. Alors, cela m'amène à examiner le fondement sur lequel la Cour pourrait s'appuyer pour agir ainsi ou pourrait envisager d'accepter une preuve additionnelle. Et j'en viens à l'affaire *Daly c. PetroCan*.

[...]

Et je vois, dans la décision *Daly c. PetroCan*, que certains principes de droit qui y sont énoncés ne sont pas dans la même veine que les principes de droit cités par mon ami, parce que d'une part, la Cour dirait que c'est une démarche plus prudente, plus formelle, et on doit satisfaire aux deux ou trois critères qui sont décrits dans les divers précédents, mais, selon mon interprétation des arguments de notre Cour dans *Daly c. PetroCan*, et en particulier sur la compétence inhérente de la Cour de permettre une preuve additionnelle...

[22] L'avocat a soutenu que, dans l'affaire *Daly*, la Cour avait déclaré qu'elle avait le pouvoir discrétionnaire de reprendre le procès pour la propre satisfaction du juge ou si la justice l'exigeait. Il a soutenu que c'était une situation où le procès était repris pour la satisfaction du juge, et non parce que les avocats avaient certaines preuves particulières qui avaient été oubliées pendant le procès. La preuve de vive voix qu'il demandait à présenter aurait pour but de répondre aux préoccupations soulevées au par. 66 de la « Décision, première partie » du juge. Le juge a exprimé des préoccupations sur la

nature vague du témoignage dont la présentation était demandée comme preuve additionnelle, ce qui a amené l'avocat de M. Despres à répondre :

[TRADUCTION]

Il est vague, Monsieur le juge, parce que quand nous... nous avons conclu notre preuve, et, pour notre part, nous avons présenté à la Cour la preuve que nous avons. Et ce monsieur n'est pas bien différent d'un tas de gens à Saint John, et le dossier d'emploi est sporadique et incertain, et cela rend difficile de prévoir où il pourrait avoir un emploi dans l'avenir, mais il... c'est bien d'un tel demandeur dont il est ici question. Et quand nous avons conclu notre preuve, nous n'avons pas... ce n'est pas comme si nous avions fait un retour en arrière...

[...]

... et avons découvert une erreur que nous avons faite, mais nous répondons aux préoccupations de la Cour, puisque la Cour dit en fait, je pense, qu'elle aimerait entendre des preuves additionnelles, parce que la Cour discerne que peut-être, à cause de la question du Synthroid, son aptitude au travail est mise en doute, mais je pense que nous avons répondu à cela ou nous y répondrons dans les dossiers. Alors, je n'ai pas... je n'ai rien de concret à dire à la Cour, disons, que j'appellerais le témoin untel qui dirait A, B ou C. Je n'ai rien de tel.

[23] Après avoir entendu les plaidoiries sur la motion, le juge a décidé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Merci. À la suite de la fin de l'instruction de l'affaire et de la publication de la décision, première partie, le 29 décembre 2014, dans un avis de motion daté du 12 mai 2015, le demandeur demande par voie de motion une ordonnance lui permettant de verser au dossier une preuve orale additionnelle provenant de lui-même et de deux dirigeants de Black Seal Paving [TRADUCTION] « concernant la capacité de travailler du demandeur pendant la période précédant la blessure du 11 septembre 2009 ».

Le demandeur ne peut rien offrir de précis sur les détails que cette preuve additionnelle pourrait fournir. Cela donne

l'impression qu'il s'agirait de vagues généralités. Sans plus de détails, à mon avis, cette preuve additionnelle proposée n'est pas comme la preuve manquante spécifique dont la présentation tardive a été autorisée dans des affaires comme *Daly c. Petro-Canada*, 1995 CanLII 6205, 162 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 142. Pour ces motifs, la motion est rejetée.

[24] L'affaire a alors été ajournée pour permettre aux avocats de déposer des plaidoiries écrites additionnelles au sujet de la nouvelle preuve documentaire qui avait été admise par consentement, après quoi l'audience reprendrait le 24 juillet 2015 pour de nouvelles plaidoiries orales. L'audience s'est terminée ainsi :

[TRADUCTION]

Y a-t-il quelque chose que vous, les avocats, avez besoin de discuter entre vous? Si c'est le cas, vous savez, n'hésitez pas à le faire. Cela fait maintenant... bon, ça va faire six ans depuis la date de l'accident. Cela m'embarrasse d'une certaine façon. Et pour des gens comme M. Despres et sa famille, ça doit être un cauchemar de voir cette affaire durer si longtemps. Et particulièrement avec les questions additionnelles telles que, disons, le genre de médicaments qu'il prend pour soulager ses douleurs, les juges de la Cour d'appel risquent d'avoir de quoi se mettre sous la dent l'année prochaine. Cela pourrait leur offrir un petit peu plus, vous savez, de questions inédites à étudier. Ce sera peut-être l'année d'après, je ne sais pas. Ça prend beaucoup de temps. S'il y a quelque chose que vous pouvez faire pour vous entendre, ne vous gênez pas à cause de moi. Quand je pense à tout le temps que ça va encore prendre et à tout l'argent pour écrire des mémoires additionnels, n'hésitez pas à discuter davantage entre vous. Il peut y avoir une solution. Merci tout le monde.

[C'est moi qui souligne.]

[25] Le 24 juillet 2015, le procès a repris pour d'autres plaidoiries. L'avocat de M. Despres a abordé certaines questions soulevées dans l'argumentation écrite des défendeurs, telles que la présence de M. Despres à des séances de counselling et la capacité qu'il avait avant l'accident de gagner à l'avenir un revenu. Ensuite, il s'est concentré sur la question de la thyroïde en affirmant que [TRADUCTION] « le demandeur conclut, et je pense que le défendeur le reconnaît, que, avec cette nouvelle

information, tout simplement, il n'y a pas de preuve qu'il ne suit pas les conseils de son médecin, et je pense que cela éliminerait ce facteur d'aptitude à l'emploi pour l'avenir, car il n'a peut-être pas suivi les conseils de son médecin au début, mais cela fait un bon nombre d'années, et la preuve montre qu'il les suit maintenant. » Là-dessus, le juge l'a interrompu pour dire : [TRADUCTION] « Je serais plus satisfait au sujet de la thyroïdie... de l'hypothyroïdie s'il y avait une série constante de bons résultats de thyroïdostimuline ». L'avocat a répondu que les résultats de 2009 à 2014 indiquaient que le problème de thyroïde était sous contrôle et n'entraverait pas la capacité de fonctionner de M. Despres, et il a ajouté : [TRADUCTION] « La défense n'invoque pas cet argument non plus. »

[26] En réponse, l'avocat de la défense a surtout insisté sur l'idée que M. Despres avait l'habitude de ne pas suivre les conseils du médecin et a soutenu que ce fait avait des répercussions importantes sur ses possibilités de gagner un revenu, avant l'accident aussi bien qu'après. Sur la question des résultats de thyroïdostimuline, l'avocat de la défense n'a rien eu à ajouter, déclarant que la défense ne prenait aucune position à ce sujet.

[27] Après les plaidoiries, le juge du procès a mis la décision en délibéré.

[28] Le 30 septembre 2015, le juge a rendu un jugement intitulé « Décision, deuxième partie ». Il a averti le lecteur que cette « décision » devait être considérée comme la suite de la « Décision, première partie ». Dans la deuxième partie de la décision, le juge a commencé par l'examen de la preuve additionnelle concernant la situation de M. Despres avant l'accident. Le premier rapport médical examiné, daté du 2 août 2007, a révélé que quelques mois auparavant, M. Despres avait consulté son médecin de famille en se plaignant d'un gain de poids. Les résultats d'analyses révélaient une thyroïdostimuline supérieure à 60, et on a alors prescrit du Synthroid à M. Despres. En août 2007, M. Despres disait qu'il se sentait mieux grâce au médicament, qu'il avait perdu du poids et qu'il travaillait à plein temps. Il se plaignait toutefois de douleurs et de malaises épigastriques. Le médecin qui l'a examiné a convenu que le médicament

prescrit était un bon traitement pour l'hypothyroïdie. Il a prescrit une analyse immédiate de thyroïdostimuline. Quant aux problèmes d'estomac, le médecin a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Le patient doit absolument cesser de fumer, car, à 29 ans, il présente déjà des signes de bronchite asthmatique, qui va progresser avec un affaiblissement marqué de sa fonction respiratoire s'il continue de fumer. Cela aggrave également ses brûlements d'estomac, ses indigestions et ses reflux, qui sont déjà graves.

GERD [ce qui veut dire reflux gastro-œsophagien pathologique, selon le juge du procès] : moyennement grave, aggravé par les cigarettes. Je vais l'envoyer passer une endoscopie pour une évaluation additionnelle.

[par. 70 de la Décision, deuxième partie]

[29] Un rapport de novembre 2007, recommandant que M. Despres continue de prendre du Synthroid, affirme qu'il devrait cesser de fumer des cigarettes. M. Despres a subi une gastroscopie le 21 décembre de la même année. Dans le rapport d'acte médical, le médecin indique que M. Despres [TRADUCTION] « continue de fumer beaucoup, ce qui aggrave le problème ». L'acte médical a révélé une hernie hiatale avec reflux, pour laquelle il devait continuer de prendre du Prevacid pendant trois mois. On a aussi [TRADUCTION] « conseillé [à M. Despres] de cesser de fumer ».

[30] Après avoir examiné la preuve additionnelle, le juge du procès a tiré des conclusions au sujet de l'hypothyroïdie de M. Despres. Il a déclaré que [TRADUCTION] « [I]es ordonnances de Synthroid ont été efficaces en ramenant son niveau de thyroïdostimuline à 0,49, dans les limites normales, moins d'une semaine après l'accident » (par. 73 de la Décision, deuxième partie). Après avoir examiné la preuve additionnelle, le juge a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

D'après les données limitées des mesures de thyroïdostimuline et des relevés de pharmacie indiquant les achats de Synthroid du demandeur, son hypothyroïdie était sous contrôle à la date de l'accident et a été sous contrôle depuis le milieu de l'année 2012.

[par. 77 de la Décision, deuxième partie]

[31] L'analyse du juge du procès a porté ensuite sur les questions relatives à la crédibilité. Il a commencé par énoncer les principes directeurs à suivre pour évaluer la crédibilité et tirer des inférences. Il a ensuite tiré des conclusions factuelles concernant la situation de M. Despres avant l'accident; celles qui sont pertinentes sont résumées ci-dessous :

- M. Despres a exercé divers emplois temporaires physiquement exigeants au cours des années précédant l'accident, souvent grâce à un bureau de placement privé, mais il a reçu très peu de travail en 2009. Le bureau de placement a trouvé que M. Despres avait un problème d'attitude, mais le juge a rejeté cette idée et a estimé plus probable que son rendement ait été limité par des problèmes de santé et de forme physique.
- Après avoir travaillé pour Black Seal Paving en 2008, M. Despres a éprouvé des problèmes de canal carpien pour lesquels il a subi une opération de libération au poignet droit en mai 2009. Il a été déclaré capable de retourner au travail le 12 juillet 2009. Par suite de son incapacité de travailler jusqu'à cette date, M. Despres a gagné seulement 317 \$ pendant les huit premiers mois de 2009.
- « Les gains réels [de M. Despres] pendant les mois d'été précédant l'accident, sa piètre scolarité et le fait qu'il ne détenait même pas de permis de conduire, ainsi que ses antécédents médicaux de plus en plus compliqués et ses rejets par d'anciens employeurs indiquent qu'il devenait moins apte au travail » (par. 86 de la Décision, deuxième partie).

[32] Le juge a appliqué à ces conclusions le principe de droit selon lequel [TRADUCTION] « [l]e principal fondement de l'évaluation de la perte de revenus est "ce que la partie demanderesse aurait gagné n'eût été l'accident" » (par. 87 de la Décision, deuxième partie). La preuve ne l'a pas persuadé qu'immédiatement avant l'accident, M. Despres était en santé et en bonne forme. En conséquence, le juge a conclu qu'il ne

pouvait considérer M. Despres comme [TRADUCTION] « un travailleur non qualifié typique, dont les gains potentiels seraient ceux qu'indique Statistique Canada » (par. 88 de la Décision, deuxième partie). À son avis, M. Despres [TRADUCTION] « savait ou aurait dû savoir que pour devenir vraiment apte au travail, il devait acquérir de nouvelles compétences qui lui permettraient de faire un travail moins ardu que celui qu'il faisait » (par. 89 de la Décision, deuxième partie).

[33] Le juge a examiné ensuite la question de la responsabilité. Son examen de la preuve à ce sujet l'a amené à conclure qu'il fallait imputer à M. Despres 10 % de la responsabilité pour sa négligence contributive et que la propriétaire et le conducteur de la grue devaient assumer le reste. Puisque l'attribution et le partage de la responsabilité n'ont pas été contestés en appel, il n'est pas nécessaire d'examiner cette partie de la décision du juge du procès.

[34] Le juge s'est ensuite penché sur les blessures subies par M. Despres dans l'accident et sur les traitements qu'il a reçus. Les points saillants sont les suivants :

- Lors de l'accident, M. Despres a subi une lésion par écrasement au pouce droit. Il a immédiatement été conduit à l'hôpital, où une radiographie a révélé que les compartiments articulaires de la main droite étaient relativement bien maintenus et qu'il n'y avait aucun signe de fracture déplacée aiguë.
- Environ une semaine plus tard, M. Despres avait des douleurs constantes et beaucoup d'enflure, et il était incapable de fléchir le pouce. On lui a prescrit du Tylenol 3 et on lui a dit de ne pas travailler pendant une semaine. Une semaine plus tard, on lui a prescrit des traitements de physiothérapie parce que sa main lui faisait encore mal. M. Despres a été décrit comme très en colère. Le 1<sup>er</sup> octobre 2009, M. Despres n'avait pas encore reçu de traitements de physiothérapie et éprouvait de l'enflure et des douleurs persistantes. On lui a dit de ne pas travailler pendant encore deux semaines. Toutefois, son état s'était peu amélioré au 16 octobre, même s'il recevait alors des traitements de physiothérapie trois fois par semaine. L'ordonnance

de Tylenol 3 a été renouvelée, et on y a ajouté de l'Arthrotec, un médicament contre l'arthrite. M. Despres a été renvoyé au docteur Geoff Cook, un chirurgien plasticien.

- Le 30 octobre, la main de M. Despres était dans une attelle, et, le 19 novembre, il continuait d'éprouver des douleurs et de souffrir d'une incapacité. Comme il voulait une contre-expertise, il a été adressé au docteur Donald Lalonde, un chirurgien plasticien. Il n'avait pas pris beaucoup de Tylenol 3 et trouvait que l'Arthrotec ne l'aidait pas.
- Le D<sup>r</sup> Lalonde a vu M. Despres le 7 décembre 2009. Il croyait que M. Despres était peut-être en train de contracter le syndrome douloureux régional complexe. Tout le pouce de M. Despres était très sensible et transpirait. Le chirurgien a recommandé un traitement d'urgence sous forme de blocage à la guanéthidine, ou, à défaut, le blocage des ganglions cervico-thoraciques, afin d'essayer d'arrêter ce problème. On a mis fin à la physiothérapie.
- [TRADUCTION] « Après des années de renvois [et de] traitements divers, le demandeur se plai[gnait] toujours de douleurs graves et incessantes et d'incapacité à se servir de son pouce ou de sa main droite pour quoi que ce soit » (par. 108 de la Décision, deuxième partie.) Les traitements ont inclus des blocages nerveux, des injections de botox et des séances de réadaptation au Centre de réadaptation professionnelle.
- Plus d'un an après l'accident, le docteur William A. Cook, chirurgien plasticien, a déclaré qu'il continuait d'éprouver [TRADUCTION] « une détresse et une douleur extrêmes, qui se situent constamment aux niveaux 8 à 9 sur 10, et il a une main inutilisable à cause des douleurs et des sueurs extrêmes » (par. 115 de la Décision, deuxième partie). À ce point, M. Despres avait refusé du counseling, avait refusé des médicaments pour la dépression et ne prenait pas les médicaments prescrits pour les douleurs. Il a déclaré qu'il prenait de la marijuana trois fois par jour, qui, selon ses dires, ramenait la douleur à un niveau plus tolérable de 7 sur 10. Il affirmait aussi qu'il éprouvait [TRADUCTION] « des symptômes gastro-intestinaux



jusqu'à 75 % du temps, de la faiblesse, des maux de tête et des étourdissements ou des vertiges jusqu'à 100 % du temps, et de la fatigue, des troubles de sommeil, des problèmes de concentration et de mémoire, de l'anxiété, de la dépression et de l'irritabilité 100 % du temps » (par. 115 de la Décision, deuxième partie).

- En juillet 2011, M. Despres continuait d'être invalide et déprimé, mais il refusait de prendre des médicaments contre la douleur ou la dépression. Il continuait de prendre de la marijuana et voulait essayer d'en augmenter la consommation. On lui a prescrit du Nabilone, que le juge a décrit comme une « pilule de pot » (par. 120 de la Décision, deuxième partie).
- Le 23 août 2011, M. Despres a été conduit en ambulance à la salle d'urgence de l'hôpital pour recevoir des traitements; il déclarait avoir été agressé sur un terrain de stationnement. Il semble avoir fait une crise d'épilepsie lorsqu'il était à l'hôpital, mais il a reçu son congé et a quitté l'hôpital à pied environ une heure et demie plus tard. Un tomodensitogramme de la tête n'a révélé aucune séquelle post-traumatique, et un tomodensitogramme de la poitrine, de l'abdomen et du bassin était normal.
- Le 29 septembre 2011, l'ordonnance de Nabilone a été renouvelée. Selon une note du 7 octobre, cette substance aide à ramener ses douleurs de 10 sur 10 à 8 sur 10 pendant trois ou quatre heures par jour, sans effets secondaires. M. Despres déclarait qu'il fumait également de la marijuana. L'ordonnance de Nabilone a été renouvelée ce jour-là, et de nouveau le 23 décembre.
- En décembre 2011, M. Despres a développé une éruption cutanée, pour laquelle il a été adressé à un dermatologue. Il a continué d'être suivi pour cette affection en 2012. Il a également présenté une affection à l'oreille droite.
- Même s'il était indiscutable que M. Despres souffrait véritablement d'un syndrome douloureux régional complexe, les efforts constants du Centre de réadaptation professionnelle s'avéraient inutiles parce que M. Despres manifestait un faible niveau d'effort physique, si bien qu'on ne pouvait pas se fier aux résultats des épreuves pour essayer de mesurer son rendement

fonctionnel. On a déclaré qu'il était [TRADUCTION] « très ancré dans son rôle de malade et [...] semblait avoir accepté sa situation, et [il] semble très peu motivé à continuer de chercher de meilleures stratégies d'adaptation » (par. 134 de la Décision, deuxième partie).

- En juin 2012, M. Despres fumait environ 7 ou 8 joints de marijuana par jour, ce qui, disait-il, ramenait ses douleurs de 10 sur 10 à 8 sur 10. On a continué de lui prescrire des pilules de marijuana, du Cesamet cette fois. Le 21 août 2012, il a déclaré qu'il fumait de 8 à 10 joints par jour, soit un toutes les deux heures, et il prenait aussi les pilules de marijuana. Il voulait faire une demande d'inscription au programme de marijuana thérapeutique; alors, il a reçu les formules requises d'une psychiatre qui le considérait [TRADUCTION] « totalement incapable de se recycler ou d'exercer un emploi lucratif » (par. 137 et 138 de la Décision, deuxième partie).
- En novembre 2012, M. Despres souffrait encore d'une éruption cutanée, et il avait en plus une région kystique infectée à la base du pénis, pour laquelle un antibiotique a été prescrit. Lorsqu'il a consulté son médecin de famille, il était très en colère et suicidaire, mais il a continué de refuser des antidépresseurs. Il a consulté un psychologue, qui l'a aidé.
- M. Despres a été évalué par un groupe de trois médecins qui travaillaient pour Solutions de santé canadiennes. Ces trois médecins, le docteur Geoff Cook, le docteur Michael Barry et le docteur David A. Elias, ont rédigé un rapport daté du 17 décembre 2012, que le juge du procès a cité abondamment. Le rapport indique que M. Despres a [TRADUCTION] « protégé sa main droite avec un soin extrême », empêchant ainsi un examen physique complet. M. Despres déclare que ses douleurs à la main sont constamment à 10 sur 10 et qu'elles [TRADUCTION] « ne cessent d'empirer ». Il satisfait aux critères objectifs et subjectifs du syndrome douloureux régional complexe, bien que les critères objectifs soient négligeables. Toutefois, l'observation des activités de M. Despres par surveillance vidéo [TRADUCTION] « indiqu[e] un niveau d'activité physique sensiblement plus élevé que ce qui a été déclaré et manifesté par le

client en contexte clinique. L'évaluation fonctionnelle à partir de la vidéo a montré un excellent contrôle de la motricité fine de tous les doigts de la main droite et un soulèvement d'objets qui concorderait au moins avec des exigences physiques légères ». Alors, M. Despres [TRADUCTION] « semblerait avoir au moins la capacité fonctionnelle requise pour au moins des exigences physiques légères, et il faudrait faire tous les efforts possibles pour qu'il retourne au travail ». L'affirmation suivante est particulièrement désavantageuse pour M. Despres :

[TRADUCTION]

Toutefois, les déclarations subjectives du client au sujet de ses douleurs et de son invalidité ne sont pas appuyées par les constatations objectives, sont en décalage avec les fonctions observées au fil du temps et sont même contredites par la surveillance vidéo examinée dans le cadre de l'évaluation. Cela indiquerait que M. Despres présente inexactement son état, peut-être à des fins lucratives secondaires.

[par. 141 de la Décision, deuxième partie]

- Pour ce qui est de la consommation de marijuana thérapeutique comme traitement pour les problèmes de M. Despres, le rapport de Solutions de santé canadiennes indique qu'une telle drogue [TRADUCTION] « serait considérée comme un traitement de quatrième ressort de la douleur neuropathique après épuisement des traitements mieux reconnus ou comme appoint à d'autres traitements médicaux ». Sa consommation pourrait entraver [TRADUCTION] « le fonctionnement général, la motivation et la capacité de fonctionner de façon sécuritaire en milieu de travail » de M. Despres. Alors, [TRADUCTION] « [l]e recours constant à la marijuana comme élément du plan de traitement de longue durée de ce problème de santé ne devrait pas être appuyé » (par. 141 de la Décision, deuxième partie).
- En janvier 2013, M. Despres a subi une récurrence de son abcès à l'aîne. En mai de cette année-là, l'abcès avait été drainé et guérissait bien. À cette date, le counseling avait aidé M. Despres et il se sentait plus heureux. Son épouse

était de nouveau enceinte. Toutefois, en juin, une éruption dans la région de l'aine avait l'air d'être due aux levures. On a indiqué que M. Despres allait bien et suivait du counseling. Il avait besoin de refaire la demande de marihuana thérapeutique.

- Dans un rapport daté du 7 mai 2013, le docteur David B. King, neurologue, a commenté la surveillance vidéo de M. Despres. Selon les observations du D<sup>r</sup> King sur ce que la surveillance a révélé, M. Despres [TRADUCTION] « est capable d'utiliser sa main droite, tout au moins pour des activités peu intenses ». Le D<sup>r</sup> King dit que, [TRADUCTION] « [d']après cette surveillance vidéo, il ne semble pas qu'il soit atteint d'une invalidité grave à cause de ce problème », et il ajoute que [TRADUCTION] « il n'est certainement pas en aussi mauvais état qu'il le fait croire pendant son examen de capacité fonctionnelle. Il prétend certainement être plus invalide que ce qu'on voit dans ces vidéos. » Le D<sup>r</sup> King a confirmé son diagnostic antérieur de [TRADUCTION] « syndrome douloureux régional complexe de degré relativement léger avec maintien des fonctions » (par. 144 de la Décision, deuxième partie).
- Une évaluation faite par le docteur W. Edwin Smith, psychiatre, datée du 16 octobre 2013, a constaté ce qui suit :

[TRADUCTION]

J'écris pour résumer notre évaluation de Robert Despres. Comme vous le savez, nous sommes préoccupés par la complexité de son contrat de thérapie, parce que Robert manque d'habileté concernant plusieurs aspects importants d'acquisition d'une capacité d'adaptation. Il a également été récompensé pour ses comportements de maladie, de douleurs et d'invalidité à tel point que les autres possibilités le terrifient. Sa colère semble être un substitut de toute véritable conscience de crainte. Cette combinaison représente probablement un trouble somatoforme [du corps, distinct du type mental] douloureux. Il présente également des traits de personnalité narcissiques [attention excessive à soi-même et manque de considération pour les autres] et histrioniques [excessivement théâtraux].

[par. 146 de la Décision, deuxième partie]

- M. Despres a continué de souffrir d'asthme et d'être traité pour cette affection, et il a parfois dû être traité en salle d'urgence. Il a aussi continué de prendre du Synthroid pour son hypothyroïdie. De temps à autre, il a été traité pour des éruptions sur diverses parties du corps.
- Le 19 septembre 2014, la docteure M. Patricia Forgeron, physiatre, a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

En résumé, M. Despres est un homme de 36 ans qui a subi une lésion par écrasement du pouce droit le 11 septembre 2009. À mon avis, la libération du nerf médian au niveau du canal carpien [le 27 mai 2009] était relativement proche [trois mois et demi] de la lésion par écrasement du 11 septembre 2009 et l'aurait peut-être prédisposé à contracter le SDRC à la suite de la lésion par écrasement. Tout de même, je maintiens mon opinion diagnostique voulant qu'il s'agisse d'un SDRC de type 1 à la suite d'une lésion par écrasement liée au travail. M. Despres éprouve des douleurs considérables qui ont amoindri sa qualité de vie et le rendent incapable de pourvoir aux besoins de ses deux enfants, âgés de neuf mois et de cinq ans. À mon avis, il est incapable de recommencer à exercer un emploi lucratif en milieu de travail. Il a de la difficulté à gérer ses douleurs au quotidien. Je crois comprendre qu'il a reçu un counseling ou une évaluation professionnels de Travail sécuritaire NB, mais n'a pas été considéré capable [de] se recycler. À mon avis, il est atteint d'une invalidité permanente.

[par. 153 de la Décision, deuxième partie]

[35] Après avoir examiné les points saillants des dossiers et des rapports médicaux, le juge du procès a tiré certaines conclusions cruciales concernant l'état de M. Despres. Elles ont eu une incidence considérable sur l'évaluation des dommages-intérêts. En particulier, le juge du procès a tiré les conclusions suivantes :

- M. Despres a eu des emplois limités avant l'accident pour des raisons qui sont antérieures à l'accident. Les perspectives d'emplois futurs qu'il avait avant l'accident étaient conjecturales et non réelles.

- Des vidéos de surveillance enregistrées en 2012 et en 2014 montrent que M. Despres se sert de sa main et de son pouce droits plus qu'il ne dit en être capable. Ces [TRADUCTION] « vidéos [...] ainsi que le sommaire de congé du 11 février 2010 du Centre de réadaptation professionnelle constituent des preuves convaincantes du fait que [M. Despres] a exagéré les répercussions que l'accident a eues sur lui. Il a repoussé et refusé une réadaptation en vue d'un travail moins ardu. C'est pourquoi il a été réputé incapable de se recycler ». (par. 156 de la Décision, deuxième partie)
- Le juge conclut : [TRADUCTION] « en exagérant ses symptômes ainsi qu'en repoussant et en refusant une réadaptation, [M. Despres] a tenté de se faire passer pour une personne atteinte d'une invalidité permanente » (par. 157 de la Décision, deuxième partie).

[36] Le juge a ensuite énuméré et commenté bon nombre de problèmes de santé, autres que la blessure à la main, qui ont affligé M. Despres au fil des années. À la fin, le juge a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

Après avoir soupesé l'ensemble de la preuve et malgré le fait que le demandeur exagère ses douleurs et son invalidité, je conclus que l'accident du 11 septembre 2009 a causé au demandeur des douleurs et des malaises à la main et au pouce droits qui ont dégénéré en dystrophie sympathique réflexe ou en syndrome douloureux régional chronique, qui était au début d'intensité moyenne et qui est maintenant d'intensité légère. [par. 165 de la Décision, deuxième partie]

[37] Le juge du procès a ensuite concentré son analyse sur la question des médicaments et a conclu que la décision de M. Despres de ne pas [TRADUCTION] « prendre des narcotiques pour soulager ses douleurs ne devrait pas être retenu[e] contre lui dans l'évaluation de ses dommages-intérêts » (par. 166 de la Décision, deuxième partie). La raison en est que cela aurait probablement abouti à une dépendance. Toutefois, le juge du procès n'a pas tiré la même conclusion au sujet du refus de M. Despres de

prendre des antidépresseurs. Il a signalé plusieurs rapports médicaux dans lesquels les antidépresseurs ont été recommandés et refusés.

[38] Quant à la consommation de marijuana, le juge du procès a remarqué que M. Despres prenait cette drogue avant l'accident, même si un pneumologue lui avait conseillé de s'abstenir d'en fumer. Cette drogue est aussi mentionnée comme l'une des raisons pour lesquelles M. Despres a été admis à un établissement de traitement des dépendances en 2001. Le juge a mentionné le témoignage de M. Despres selon lequel il avait cessé d'en prendre pendant des années, puis avait recommencé après l'accident parce que cela lui apportait un peu de soulagement. Il a aussi tenu compte du fait que le médecin de famille de M. Despres lui avait prescrit du Nabilone ou du Cesamet, puisqu'ils lui procuraient un soulagement temporaire de ses douleurs. Au moment du procès, Travail sécuritaire NB finançait l'ordonnance prescrivant à M. Despres [TRADUCTION] « quatre grammes de marijuana séchée par jour, ce qui lui suffit pour fumer de 7 à 9 joints par jour » parce qu'il affirmait que cela soulageait temporairement les douleurs qu'il éprouve constamment par ailleurs (par. 172 de la Décision, deuxième partie).

[39] Le juge a rejeté comme étant déraisonnable la demande de marijuana thérapeutique faite par M. Despres. Il a souligné que M. Despres avait de longs antécédents d'asthme et que, à partir de 1997, beaucoup de médecins ont tenté de le dissuader de fumer. Le juge du procès a préféré [TRADUCTION] « l'avis du D<sup>r</sup> Lalonde, à savoir qu'il ne prescrirait pas de la marijuana à fumer, ainsi que l'opinion exprimée dans le rapport de [Solutions de santé canadiennes], qui s'oppose à sa consommation ». Ce rapport indiquait aussi que la consommation de marijuana entraîne des effets secondaires qui entravent la motivation et la capacité de fonctionner (par. 173 de la Décision, deuxième partie).

[40] Bien qu'il ait trouvé déraisonnable la demande de marijuana thérapeutique, le juge du procès n'a pas immédiatement rejeté la demande des montants déjà payés pour cette substance. Il a plutôt fait la remarque suivante :

[TRADUCTION]

Toutefois, il est possible que les défendeurs doivent satisfaire à sa demande relative à la marihuana thérapeutique déjà prescrite et payée, étant donné l'al. 10(13)a) de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13 :

10(13) Lorsqu'une action est intentée par un travailleur, les personnes à sa charge ou la Commission, la somme allouée en dommages-intérêts comprend  
a) l'aide médicale fournie en application de la présente Partie[.]

Les avocats n'ont pas discuté ce point à fond. Avant de compléter la présente décision, je demande des observations additionnelles. [par. 177-178 de la Décision, deuxième partie]

[41] Le juge du procès est ensuite passé à l'analyse de la demande 1) pour perte de services utiles, 2) pour le coût des soins futurs, et 3) pour perte de revenus. Il a indiqué que la preuve présentée pour justifier des dommages-intérêts pour perte de services utiles et pour soins futurs était fondée sur [TRADUCTION] « la description exagérée que donne [M. Despres] de son état et de son invalidité » (par. 179 de la Décision, deuxième partie). Comme les vidéos de surveillance et d'autres incohérences l'ont convaincu que la situation n'était pas celle que M. Despres décrivait, le juge a déclaré que la demande pour perte de services utiles n'avait pas été prouvée. Au sujet des soins futurs, le juge a reconnu que M. Despres a besoin de soins médicaux et de counseling dans l'avenir, mais il a déclaré qu'[TRADUCTION] « il n'a pas prouvé que ces besoins ont été causés par l'accident » (par. 179 de la Décision, deuxième partie). Quant à la perte de revenus future, le juge du procès s'est appuyé sur la procédure en deux étapes formulée par notre Cour dans l'arrêt *Abu-Bakare c. Vincent*, 2003 NBCA 42, 259 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 66, motifs du juge en chef Drapeau, et a tiré la conclusion suivante :

La capacité du demandeur de gagner un revenu était très faible avant l'accident. Comme je l'ai indiqué, pour les huit premiers mois de l'année 2009, ses gains ont été de seulement 319 \$. En conséquence, je considère comme conjecturale la possibilité qu'il subisse une perte de la



capacité de gagner un revenu à l'avenir à cause de l'accident. Je dois donc conclure que sa demande pour perte de la capacité de gagner un revenu à l'avenir n'a pas été prouvée.

[par. 181 de la Décision, deuxième partie]

[42] Compte tenu de ces conclusions, le juge a demandé à entendre [TRADUCTION] « les observations additionnelles des avocats concernant les dommages-intérêts particuliers, les dommages-intérêts généraux et les dépens » (par. 183 de la Décision, deuxième partie).

[43] Tel fut le début du processus qui aboutirait à la troisième partie de la décision. Les parties ont déposé de nouveaux mémoires et sont retournés devant la Cour le 22 janvier 2016 pour présenter d'autres arguments oraux. D'autres documents ont alors été admis en preuve. La plupart de ces documents ont été admis avec le consentement de toutes les parties, mais l'un d'eux a fait l'objet de débats avant que le juge décide qu'il devait être admis. Ce dernier document est une décision, datée du 11 avril 2014, rendue par le Tribunal d'appel alors constitué en vertu de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, L.N.-B. 1994, ch. W-14.

[44] Au sujet de l'interprétation à donner au par. 10(3) de la *Loi sur les accidents du travail*, l'avocat de M. Despres a soutenu qu'on pourrait 1) soit l'interpréter comme un droit d'indemnisation en vertu duquel Travail sécuritaire NB avait le droit d'être indemnisé sur simple preuve du paiement de l'aide médicale, 2) soit l'interpréter comme un droit de subrogation, auquel cas le caractère raisonnable de la dépense devrait être démontré.

[45] Bien qu'il ait plaidé en faveur de l'interprétation fondée sur l'indemnisation, l'avocat de M. Despres s'est acquitté de son obligation déontologique en signalant au juge du procès le seul précédent qu'il ait trouvé sur ce point : *Fundytus c. Insurance Corporation of British Columbia*, [1989] B.C.J. No. 755 (C.S.C.-B.) (QL), qui a affirmé qu'une disposition semblable en Colombie-Britannique ne créait pas un droit d'indemnisation.

[46] Pour sa part, l'avocat des défendeurs a soutenu que la décision *Fundytus* devrait être appliquée et que le caractère raisonnable des dépenses payées sous le régime de la *Loi sur les accidents du travail* devrait avoir à être prouvé.

[47] Étant donné les conclusions factuelles tirées par la Cour dans sa Décision, deuxième partie, qui ne concordaient pas avec l'opinion de M. Despres sur sa cause, l'avocat de M. Despres ne s'est pas prévalu de la possibilité de présenter d'autres arguments. Quant aux avocats des défendeurs, ils ont soutenu que le montant maximal à accorder comme dommages-intérêts généraux pour perte non pécuniaire devrait être de 50 000 \$.

[48] Le 1<sup>er</sup> février 2016, le juge du procès a rendu la « troisième partie » de sa décision : voir 2016 NBBR 32, [2016] A.N.-B. n° 24 (QL). Il a examiné la jurisprudence à l'appui des arguments concernant les dommages-intérêts généraux pour perte non pécuniaire et a décidé en conséquence d'accorder à M. Despres des dommages-intérêts pour perte non pécuniaire de 50 000 \$. Le juge du procès est passé ensuite aux dommages-intérêts particuliers qui avaient été payés par Travail sécuritaire NB. Ces paiements totalisaient 74 036,26 \$, mais le juge a signalé que deux points étaient contestés : 1) les coûts engagés pour la marijuana thérapeutique, à savoir 16 631,34 \$; 2) le coût des soins, soit un montant de 5 390,61 \$.

[49] Le juge du procès a examiné les principes d'interprétation législative et en est venu à la conclusion que l'al. 10(13)a) de la *Loi sur les accidents du travail* devrait être interprété de sorte qu'il donne lieu à une demande au titre de l'aide médicale, mais pas de sorte qu'il crée un droit d'indemnisation. Autrement dit, le juge en est venu à la même conclusion que la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans la décision *Fundytus*. Dans la deuxième partie de sa décision, la demande au titre de la marijuana thérapeutique à fumer a été rejetée. Quant à la demande relative au coût des soins, le juge a reconnu [TRADUCTION] « l'importance qu'il y a à prendre toutes les mesures

raisonnables pour l'aider [M. Despres] à se réadapter » et a accordé le montant demandé de 5 390 \$ (par. 202 de la Décision, troisième partie).

[50] Au total, le juge a accordé à M. Despres les montants suivants pour la blessure subie dans l'accident :

Dommages-intérêts généraux	50 000,00 \$
Dommages-intérêts particuliers	<u>57 404,92 \$</u>
	107 404,92 \$
Moins 10 % pour négligence contributive	<u>10 740,49 \$</u>
Total des dommages-intérêts	96 664,43 \$

[51] La Décision, troisième partie, se termine : 1) par un rajustement du montant dû en vertu du jugement, pour tenir compte des paiements anticipés; 2) par l'octroi des dépens à M. Despres selon l'échelle 5 des *Règles de procédure*.

### III. Questions en litige en appel

[52] M. Despres interjette appel de l'évaluation des dommages-intérêts. Il n'interjette pas appel du partage de la responsabilité. MacDonald Crane et Andrew St. Pierre n'ont pas formé d'appel reconventionnel et n'ont pas déposé d'avis de désaccord. M. Despres demande que les trois décisions du juge du procès soient annulées et que la tenue d'un nouveau procès soit ordonnée. Il ne demande pas à notre Cour de modifier le jugement. L'avis d'appel de M. Despres énumère 15 moyens d'appel; toutefois, il a déposé par la suite un avis d'appel additionnel, dans lequel les moyens ont été regroupés et reformulés comme suit :

#### [TRADUCTION]

- i. Le juge du procès a commis une erreur en déterminant que l'appelant perdait sa capacité de faire du travail physique avant l'accident en question parce que sa santé s'affaiblissait.
- ii. Le juge du procès a commis une erreur en déterminant que le coût de la marijuana thérapeutique était

déraisonnable, parce qu'il est parvenu à cette conclusion en tenant compte de facteurs non pertinents.

- iii. Le juge du procès a commis une erreur en déterminant que l'appelant n'avait pas droit à des dommages-intérêts pour perte actuelle et future de salaire.
- iv. Le juge du procès a commis une erreur en déterminant que l'appelant n'avait pas droit à des dommages-intérêts pour le coût des soins et la perte de services utiles.
- v. Le juge du procès a commis une erreur dans l'attribution du montant de dommages-intérêts généraux pour souffrances et douleurs, car elle était fondée sur une interprétation erronée de la preuve.

#### IV. Analyse

[53] Avant de traiter des moyens d'appel, ce que je ferai dans l'ordre où ils ont été énumérés, je fais deux observations nécessaires. La première concerne la mesure réparatoire demandée, tandis que la deuxième porte sur un argument fondamental selon lequel le procès était injuste en raison de la procédure de décision peu orthodoxe du juge du procès.

##### A. *La mesure réparatoire demandée*

[54] L'appel de M. Despres est régi par la règle 62 des *Règles de procédure*, y compris la règle 62.05 qui exige qu'un appel soit introduit par le dépôt d'un avis d'appel (formule 62B) qui énonce les moyens d'appel aussi bien que la mesure réparatoire demandée. La formule 62B accorde la latitude nécessaire pour qu'une mesure réparatoire soit demandée subsidiairement. Comme je l'ai dit, M. Despres demande dans son avis d'appel que les décisions du procès soient annulées et que la tenue d'un nouveau procès soit ordonnée. Il ne demande pas à notre Cour d'infirmer ou de modifier quelque aspect de la décision. La demande d'un nouveau procès a été réitérée pendant l'audition de l'appel. L'avocat de M. Despres a soutenu que la décision n'était pas transparente et

qu'elle contenait tant d'erreurs dans ses conclusions factuelles qu'on ne pouvait pas se fonder sur celle-ci.

[55] Bien qu'il soit vrai qu'un avis d'appel doit préciser la mesure réparatoire demandée, je suis d'avis que les pouvoirs de notre Cour ne se limitent pas à la mesure expressément demandée dans un avis d'appel. Les pouvoirs de la Cour sont énoncés à la règle 62.21. La règle 62.21 des *Règles de procédure* prévoit que « [l]a Cour d'appel peut faire des inférences à partir des faits et rendre toute décision ou ordonnance qui aurait dû être rendue. Elle peut également rendre toute autre ordonnance appropriée à la cause. » Ce vaste pouvoir ne se limite pas aux cas où un avis d'appel sollicite la modification d'une décision. Il peut être exercé dans toute instance. Pareillement, la règle 62.21(7), qui est le fondement permettant à la Cour d'appel d'ordonner la tenue d'un nouveau procès ou d'une nouvelle audience, et la règle 62.21(10), qui confère à la Cour d'appel le pouvoir de renvoyer une question à la juridiction inférieure, ne limitent pas l'exercice de ces pouvoirs aux cas où une telle mesure réparatoire est expressément demandée. Je conclus en conséquence que nous disposons de tout l'arsenal des pouvoirs conférés par la règle 62.21, quelle que soit la mesure réparatoire spécifiée dans l'avis d'appel.

[56] Dans cette perspective, pour les motifs énoncés ci-dessous, je conclus qu'il n'est pas dans l'intérêt de la justice d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. À mon avis, les conclusions du juge du procès en matière de crédibilité n'ont pas été le résultat d'erreurs manifestes et dominantes. Bien qu'il y ait eu des erreurs de fait et des erreurs mixtes de droit et de fait, on peut y remédier là où c'est nécessaire en modifiant la décision du juge du procès. En fait, après examen du dossier complet de la preuve dont nous disposons, il serait contraire à cet intérêt d'exiger que les parties recommencent à zéro, ou même qu'elles subissent un nouveau procès sur une ou plusieurs des questions litigieuses.

B. *Prononcé d'une décision en plusieurs étapes*

[57] Bien que cela n'ait pas été soulevé comme moyen d'appel explicite, il était évident dans les plaidoiries orales que M. Despres a considéré la manière dont ce procès a été piloté comme une erreur fondamentale qui devrait entraîner la tenue d'un nouveau procès.

[58] La méthode de prise de décisions du juge du procès a consisté à rendre une décision en trois étapes, avec des invitations à présenter des arguments additionnels entre les étapes. Bien que cette méthode ne soit pas orthodoxe, elle ne soulève pas en elle-même des préoccupations relatives à l'équité. Même si un tel procédé devrait être l'exception plutôt que la norme, puisqu'il entraîne des délais et augmente les coûts, il n'y a rien qui empêche le juge du procès de solliciter des arguments additionnels sur une question donnée s'il est d'avis que le sujet n'a pas déjà été discuté à fond.

[59] Toutefois, l'avocat de M. Despres a signalé que ce n'était pas une simple invitation aux avocats à présenter des arguments additionnels. Comme je l'ai dit, en rendant la première partie de sa décision, le juge du procès a énuméré neuf questions au sujet desquelles il demandait des arguments additionnels. Il a affirmé de plus que les avocats seraient entendus [TRADUCTION] « sur toute motion visant la reprise du procès » et a mentionné sa propre décision dans l'affaire *Daly* comme étant le précédent à appliquer. En pratique, le juge du procès faisait savoir aux avocats qu'il voulait qu'on lui présente des preuves additionnelles sur le fond des questions qu'il avait énoncées.

[60] Avec égards, la décision *Daly* n'est pas le précédent applicable pour procéder comme le juge du procès l'a fait en l'espèce. Le précédent moderne applicable dans les cas où la reprise de la partie du procès consacrée à la preuve est demandée est plutôt l'arrêt *671122 Ontario Ltd. c. Sagaz Industries Canada Inc.*, 2001 CSC 59, [2001] 2 R.C.S. 983, dans lequel le juge Major, au nom de la Cour suprême, a accepté un critère à deux volets tiré de la décision *Scott c. Cook*, [1970] 2 O.R. 769 (H.C.). La Cour doit examiner : 1) si l'issue du procès aurait vraisemblablement été différente si les nouveaux

éléments de preuve avaient été présentés; 2) s'il aurait été possible d'obtenir les éléments de preuve avant le procès en faisant preuve de diligence raisonnable. En acceptant ce critère, la Cour suprême a ajouté ce qui suit :

De plus, la jurisprudence exige que le juge de première instance n'exerce son pouvoir discrétionnaire de rouvrir le procès qu'[TRADUCTION] « avec modération et la plus grande prudence » de façon à éviter « la supercherie et le recours abusif aux tribunaux » (voir *Clayton*, précité, p. 295, cité dans *Scott*, p. 774). [par. 61]

[C'est moi qui souligne.]

[61] L'arrêt *Sagaz* a été examiné dans l'arrêt *Mehedi c. 2057161 Ontario Inc.*, 2015 ONCA 670, [2015] O.J. No. 5178 (QL), dans lequel le juge d'appel Lauwers, au nom de la Cour, a examiné la décision et a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

[...] le critère de l'arrêt *Sagaz*, s'il est bien compris, va plus loin que les deux questions de savoir si l'issue du procès aurait vraisemblablement été différente si les nouveaux éléments de preuve avaient été présentés, et de savoir s'il aurait été possible d'obtenir les éléments de preuve avant le procès en faisant preuve de diligence raisonnable. Il inclut l'examen des facteurs du caractère définitif de la décision, de la force apparente de la preuve, des retards, de l'équité et du préjudice [...] [par. 20]

[62] Je souscris à cette analyse, et j'ajoute qu'il faut tenir compte de ces facteurs selon l'esprit de la mise en garde lancée par la Cour suprême, à savoir que le pouvoir discrétionnaire de rouvrir un procès ne doit être exercé qu'« avec modération et la plus grande prudence », ou, pour le dire autrement, avec grande retenue.

[63] Sur la question de la retenue, l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Sagaz* n'a pas établi un nouveau principe de droit. En fait, au Nouveau-Brunswick, ce principe avait été expressément reconnu auparavant. Dans l'arrêt *Workers' Compensation Board (N.B.) c. Atlantic Speedy Propane Ltd. et al.* (1989), 96 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 108, [1989]

A.N.-B. n° 246 (QL), le juge Stratton, juge en chef du Nouveau-Brunswick, a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il est vrai que les *Règles de procédure* ne comprennent aucune disposition qui habilite expressément un juge du procès à recevoir des preuves complémentaires, mais il a été jugé qu'il avait le pouvoir discrétionnaire de le faire, soit a) pour sa satisfaction personnelle, soit b) lorsque la justice le commande. Mais la production de preuves complémentaires ne doit être autorisée que pour les raisons les plus impératives : voir *Commission des accidents du travail et al. c. McCarthy et al.* (1981), 37 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 185 [...] (Div. 1<sup>re</sup> inst., C.B.R.N.-B.); (1983), 42 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 160 [...] (C.A.N.-B.). [par. 14]

[C'est moi qui souligne.]

[64] Dans l'affaire *Daly*, le juge du procès a pris acte de l'affirmation faite par le juge en chef Stratton dans *Atlantic Speedy Propane*; toutefois, il n'a pas admis que ce soit l'expression d'une « règle de droit immuable » (par. 21). Le juge du procès a plutôt entrepris une longue analyse pour tenter de discréditer ce principe. Il a soutenu que le principe exigeant la retenue, par opposition à ce qu'il considérait comme un pouvoir discrétionnaire illimité de permettre la reprise d'une affaire, équivaldrait à donner plus d'importance à la forme qu'au fond.

[65] Avec égards, sur ce point, l'analyse du juge dans l'affaire *Daly* ainsi que sa conclusion sont erronées. La Cour suprême dans l'arrêt *Sagaz* – que le juge n'a pas mentionné dans la décision *Daly* – et notre Cour dans *Atlantic Speedy Propane* avertissent les juges qu'ils doivent faire preuve de retenue en permettant la reprise des procès. Il n'était carrément pas loisible au juge du procès d'écarter ce principe.

[66] Ce qui est mis de côté dans la décision *Daly*, c'est que, dans notre système de justice, la forme et le fond vont de pair. Sauf dans des cas particuliers, tels que les affaires de petites créances, les procès civils au Nouveau-Brunswick sont instruits dans un système accusatoire selon des procédures bien établies, dont l'une veut que les questions qui doivent être tranchées soient définies par les plaidoiries. Comme l'a dit le



juge en chef Drapeau dans l'arrêt *Section locale 772 de l'Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie des États-Unis et du Canada c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie des États-Unis et du Canada, Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie des États-Unis et du Canada, section locale 325, Hughes et Wood*, 2013 NBCA 33, 404 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 332, « [l]e procès civil ne fait pas intervenir la méthode apparentée à une “commission d'enquête” menée par un ou plusieurs commissaires qui partent “en expédition avec, pour seule arme, un mandat très général” » (par. 42).

[67] Dans la procédure accusatoire, chaque partie présente sa preuve pour prouver ou réfuter ce qui a été avancé dans les plaidoiries. Le rôle du juge du procès est d'assurer que l'instance est conduite de façon équitable, appropriée et conforme au droit, et cela inclut les règles qui régissent la procédure. Le rôle du juge est d'écouter les témoignages, d'évaluer tous les éléments de preuve, de faire des évaluations de la crédibilité, de tirer des conclusions de fait, d'appliquer les principes de droit aux faits et de rendre une décision finale sur le fond, en tenant toujours compte des fardeaux de preuve applicables. Si une partie qui fait une assertion et qui a la charge de la prouver ne réussit pas à s'acquitter de cette charge, le rôle du juge est généralement de rejeter la prétention qu'elle affirme. Ce n'est pas le rôle du juge d'entrer dans le débat et de prendre le rôle d'avocat. Le juge n'est pas un enquêteur. Il doit être et paraître un arbitre impartial qui décide les affaires à partir de la preuve que les parties ont présentée dans un procès piloté conformément à la procédure et aux principes établis. Bien que les principes établis permettent la reprise d'un procès pour des raisons impératives, avec modération et la plus grande prudence, quand le critère applicable a été satisfait, le juge ne devrait pas, sous prétexte de vouloir rendre justice, s'introduire dans le débat et prescrire la preuve qui devrait être présentée. Comme l'a dit lord Wilberforce dans l'arrêt *Air Canada c. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 A.C. 394, [1983] 1 All E.R. 910 :

[TRADUCTION]

Dans un litige qui oppose strictement un plaideur à un autre, tel que la présente affaire, la Cour a pour tâche de rendre

justice entre les parties, en réalité comme en apparence, devoir exprimé par le mot [TRADUCTION] « équitablement » dans la règle. Il n'y a pas de devoir supérieur ou additionnel d'établir une vérité indépendante. Il arrive souvent, à cause de l'imperfection de la preuve ou du défaut de la présenter, parfois imputable à la partie à laquelle elle serait favorable si elle était présentée, qu'une décision qui doit être rendue n'est pas, et est connue pour ne pas être, conforme à toute la vérité de l'affaire; pourtant, si la décision a été conforme à la preuve présentée et aux principes de droit, la justice a été rendue équitablement. [p. 438]

[68] La présente affaire illustre pourquoi, dans une affaire où les parties sont représentées par des avocats, il vaut mieux laisser aux avocats la décision de présenter la preuve. L'avocat de M. Despres a décidé de ne pas se mettre en quête de certains éléments de preuve relatifs aux résultats d'analyses de thyrostimuline parce que les avocats des défendeurs n'avaient pas soulevé le problème de thyroïde de M. Despres comme étant pertinent pour l'évaluation des dommages-intérêts. L'un des éléments de preuve non recherché était celui des dossiers de pharmacie, qui aurait obligé l'avocat à faire le tour de toutes les pharmacies auxquelles M. Despres s'est adressé après la fermeture de celle du magasin Zellers local. Lorsque le juge du procès a soulevé la question, l'avocat s'est senti obligé de recueillir la preuve et de la présenter à la Cour. Pourtant, en dernière analyse, le problème de thyroïde de M. Despres, y compris les résultats d'analyses de thyrostimuline et le médicament qu'il prenait pour cette affection, s'est avéré n'avoir absolument aucune importance dans la détermination des dommages-intérêts. C'est exactement ce que l'avocat avait conclu au début. Pourtant, il a dû passer du temps et dépenser de l'argent inutilement pour recueillir ces documents afin de satisfaire l'impression du juge que l'information pourrait être pertinente de quelque façon.

[69] Cela dit, il n'est pas surprenant que l'avocat n'ait pas soulevé la façon de procéder du juge du procès comme un moyen d'appel distinct. Bien qu'elle ne soit pas conventionnelle, cette façon de procéder, en elle-même, n'a eu aucun effet sur la décision finale parce que l'information recueillie à l'instigation du juge entre la première et la

deuxième partie n'a pas eu d'effet sur l'évaluation finale des dommages-intérêts. Il faut peut-être dire qu'il est à l'honneur des avocats de la défense de ne pas avoir plaidé des assertions intenable sur certaines des questions soulevées par le juge du procès. De toute façon, dans les circonstances de l'affaire, je suis incapable de donner suite à l'idée que cette méthode peu orthodoxe justifie une intervention en appel.

C. *Les moyens d'appel*

1) Affaiblissement de la capacité d'exercer un emploi avant l'accident

[70] Le premier moyen d'appel veut que le juge du procès ait commis une erreur en déterminant que, avant le 11 septembre 2009, M. Despres était en train de perdre sa capacité de faire du travail physique parce que sa santé s'affaiblissait. M. Despres soutient qu'il n'y a aucune preuve à l'appui de cette conclusion.

[71] M. Despres conteste aussi la conclusion du juge du procès selon laquelle [TRADUCTION] « [l]es gains réels du demandeur pendant les mois d'été précédant l'accident, sa piètre scolarité et le fait qu'il ne détenait même pas de permis de conduire, ainsi que ses antécédents médicaux de plus en plus compliqués et ses rejets par d'anciens employeurs indiquent qu'il devenait moins apte au travail » (par. 86 de la Décision, deuxième partie).

[72] M. Despres reconnaît que des preuves montraient qu'il avait des problèmes de santé, mais il soutient qu'aucun d'eux ne le rendait inapte au travail, sauf le syndrome du canal carpien; toutefois, ce problème a été corrigé par une libération chirurgicale le 27 mai 2009, après quoi il a été déclaré capable de retourner au travail le 12 juillet 2009. C'était à cause du problème de canal carpien qu'il n'a pas gagné d'argent pendant la première partie de l'année 2009. Une fois que cette affection a été traitée, il est redevenu apte au travail. Le fait qu'il travaillait comme manœuvre au moment de l'accident est une preuve de son aptitude au travail. De plus, le fait qu'il n'a pas de

permis de conduire et a une faible scolarité ne l'a pas empêché de gagner un certain revenu dans le passé.

[73] Par conséquent, M. Despres conteste la conclusion du juge selon laquelle, [TRADUCTION] « [à] cause de son asthme mal maîtrisé et d'autres problèmes médicaux et sociaux avant l'accident, ses chances d'emploi futur [TRADUCTION] "en milieu de travail [axé sur le travail manuel]" étaient hypothétiques et non réelles » (par. 154 de la Décision, deuxième partie).

[74] MacDonald Crane et M. St. Pierre répondent en signalant les éléments de preuve tirés des dossiers scolaires de M. Despres, de sa fiche d'hôpital, de ses dossiers médicaux et de réadaptation ainsi que de ses antécédents d'emploi. En particulier, ils signalent à la Cour l'extrait suivant du témoignage d'Alexandra Cummings, qui travaillait pour le bureau de placement par l'entremise duquel M. Despres avait obtenu divers emplois temporaires au fil des années :

[TRADUCTION]

Il n'était décidément pas l'un de mes premiers choix, simplement parce que, d'après mes expériences passées avec lui, il lui est difficile de travailler en compagnie de certaines personnes, de gens qui ont de fortes personnalités; son attitude a été un peu un obstacle. Alors, il ne serait certainement pas mon premier choix. Mais si j'avais à descendre la liste, j'ai plus ou moins décidé que si c'était un court... une affectation à court terme, et peut-être pas avec beaucoup de gens, je l'appellerais et je lui donnerais une chance.

[75] MacDonald Crane et M. St. Pierre mentionnent aussi les diagnostics psychiatriques et psychologiques indiquant que M. Despres a des traits de personnalité narcissique et histrionique qui nuisent à ses relations personnelles et à ses relations de travail.

[76] À mon avis, la conclusion du juge du procès selon laquelle M. Despres n'avait aucune aptitude au travail avant l'accident est le résultat d'une erreur manifeste et

dominante dans l'évaluation de la preuve. Le fait est que M. Despres est redevenu apte au travail une fois remis de l'intervention chirurgicale au niveau du canal carpien. Il avait un emploi rémunérateur le jour de l'accident. N'eût été l'accident, aucun fondement probatoire ne permet de conclure que M. Despres n'aurait pas terminé son emploi en cours et n'aurait pas obtenu ensuite un autre emploi. Absolument aucune preuve ne montrait que M. Despres était subitement devenu inapte au travail de façon totale et permanente à cause de son état de santé avant l'accident, de sa faible scolarité, du fait qu'il n'avait pas de permis de conduire ou de ses traits de personnalité. Le dossier de la preuve ne se prête pas à une telle conclusion.

[77] Toutefois, le fait que ce moyen d'appel est fondé ne veut pas nécessairement dire que nous devons modifier le montant de dommages-intérêts finalement accordé par le juge. C'est l'effet de l'erreur sur l'évaluation des dommages-intérêts qui donnerait lieu à une mesure réparatoire en appel. Il sera question de cet effet plus loin sous les rubriques qui concernent les autres moyens d'appel. En somme, je suis d'avis que l'erreur du juge du procès l'a amené à refuser à tort à M. Despres tout montant pour perte de revenus.

(2) Coût de la marijuana thérapeutique

[78] M. Despres signale des affaires de la Colombie-Britannique où des montants ont été accordés pour le coût de la marijuana thérapeutique. Il invoque aussi la décision *Fasquel c. Boucher*, 2011 NBBR 150, 374 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 339, dans laquelle la consommation de marijuana thérapeutique a été mentionnée à l'occasion d'une motion sollicitant un paiement anticipé de dommages-intérêts particuliers. M. Despres invoque ces précédents à l'appui de sa demande. Je remarque que rien n'indique, dans la décision *Fasquel*, que le juge ait statué sur la validité de la demande de M. Fasquel. De toute façon, aucune autorité impérative ne nous a été signalée sur la question de savoir si la consommation de marijuana pourrait être considérée comme un élément de dommages-intérêts valide. Cela dit, MacDonald Crane et M. St. Pierre n'ont pas soutenu que la demande était dénuée de fondement en droit. Ils ont plutôt soutenu que la consommation

de marihuana n'était pas appropriée dans ce cas particulier. Comme ce sera évident dans les motifs ci-dessous, je souscris à cette assertion. En conséquence, je ne dirai rien au sujet de la jurisprudence invoquée par M. Despres.

[79] M. Despres soutient que son besoin de marihuana est démontré par le rapport et le témoignage de la docteure Patricia Forgeron, psychiatre, qui a affirmé que M. Despres pourrait bénéficier de la consommation de marihuana thérapeutique inhalée. Selon elle, les propriétés relaxantes de la marihuana inhalée étaient bénéfiques pour M. Despres, et, d'après son expérience, la version en comprimés appelée Nabilone n'a pas ces propriétés. Selon son témoignage, la marihuana aide M. Despres à se détendre et atténue ses douleurs. Elle a dit ne pas se soucier de la quantité qu'il prend.

[80] Selon M. Despres, son médecin de famille était également d'avis que la marihuana était une thérapie appropriée pour traiter ses douleurs. Il ajoute que même le D<sup>r</sup> King, qui a écrit un rapport médical pour les défendeurs, a témoigné que la consommation de ce genre de drogue était [TRADUCTION] « probablement justifiée ». Toutefois, le témoignage du D<sup>r</sup> King est cité hors contexte. Le D<sup>r</sup> King a témoigné que son rapport indiquait que M. Despres prenait de la marihuana et obtenait un certain soulagement. Il a continué en disant que, dans le rapport, il faisait mention d'un document dans lequel il est affirmé que la marihuana [TRADUCTION] « est couramment utilisée pour traiter les douleurs chroniques ». Il a cité ce document pour affirmer ce fait et pour appuyer l'argument selon lequel, [TRADUCTION] « surtout du [...] point de vue de l'éthique, [...] l'emploi de ce genre de drogue pour les syndromes de douleurs graves est probablement justifié, et c'est pourquoi il est dans une catégorie spéciale par rapport aux autres drogues que cet article considère douteuses ». Par conséquent, le D<sup>r</sup> King n'exprimait pas sa propre opinion en disant que l'utilisation de la marihuana thérapeutique était [TRADUCTION] « probablement justifiée ».

[81] Par contre, le D<sup>r</sup> Lalonde et les auteurs du rapport de Solutions de santé canadiennes ont été d'avis que M. Despres ne devrait pas prendre de la marihuana pour traiter son affection. Le D<sup>r</sup> Lalonde a témoigné que la marihuana thérapeutique inhalée

cause d'autres problèmes médicaux graves et que ce [TRADUCTION] « n'était pas du tout un bon plan ». À la question d'admettre que la forme de drogue en comprimés pourrait peut-être être indiquée, le D<sup>f</sup> Lalonde a déclaré : [TRADUCTION] « Je ne suis vraiment pas un expert de la marihuana. » Dans ce contexte, cette déclaration n'a pas compromis la valeur de l'opinion du D<sup>f</sup> Lalonde voulant que la marihuana inhalée soit mauvaise pour la santé, puisqu'il a poursuivi son témoignage en réaffirmant précisément ce fait. Quant à l'évaluation de Solutions de santé canadienne, elle a clairement recommandé que la marihuana ne soit pas utilisée dans le cas de M. Despres.

[82] M. Despres insiste sur le fait que le Tribunal d'appel des accidents au travail a rejeté le rapport de Solutions de santé canadiennes sur ce point et a ordonné à Travail sécuritaire NB de financer la consommation de marihuana de M. Despres. La raison en était que cette substance lui permettait de maîtriser efficacement la douleur. Il soutient que cela indique que la marihuana était le seul traitement qui l'aidait à maîtriser la douleur.

[83] M. Despres soutient que, puisque le D<sup>f</sup> Lalonde a nuancé son opinion en reconnaissant qu'il n'était pas [TRADUCTION] « un expert de la marihuana », et puisque le rapport de Solutions de santé canadiennes a été rejeté sur ce point par le Tribunal d'appel, il n'était pas loisible au juge du procès de rejeter les opinions des autres témoins experts qui favorisaient la poursuite de la consommation de marihuana. Il soutient aussi que la décision du juge du procès de rejeter cette catégorie de dommage était entachée parce que celui-ci s'était attaché à des facteurs dont il n'aurait pas dû tenir compte en statuant sur la question. En particulier, le juge du procès a remarqué que M. Despres vit avec sa conjointe de fait et leurs deux petits enfants, et il était préoccupé du fait que les enfants seraient exposés aux effets de la fumée secondaire de la marihuana. Le juge du procès, ayant rejeté comme non crédible le témoignage de M. Despres selon lequel il allait toujours dehors pour fumer, a conclu que la meilleure manière de protéger les enfants était que M. Despres cesse de fumer de la marihuana.

[84] En réponse, MacDonald Crane et M. St. Pierre signalent que le juge du procès n'a pas rejeté l'utilisation de la marijuana thérapeutique dans tous les cas, mais il a plutôt déclaré, en l'espèce, que [TRADUCTION] « [l]a demande [de M. Despres] de marijuana thérapeutique à fumer n'est pas raisonnable » (par. 176 de la Décision, deuxième partie). Puisque le juge du procès n'a pas rejeté par principe de droit l'emploi de la marijuana thérapeutique, la jurisprudence n'est pas utile pour déterminer si le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante dans sa décision.

[85] Pendant l'audition de l'appel, l'avocat des intimés a admis qu'il y avait une erreur factuelle manifeste dans la décision du juge du procès. Le juge du procès a conclu que M. Despres fumait de la marijuana en présence de ses enfants. Absolument aucun élément de preuve ne soutenait cette conclusion. Toutefois, l'avocat de MacDonald Crane et de M. St. Pierre a soutenu que cette erreur n'était pas dominante. La demande de marijuana thérapeutique a été rejetée essentiellement pour le motif que le juge du procès a accepté le témoignage du D<sup>r</sup> Lalonde et le rapport de Solutions de santé canadiennes, dans lequel on soutenait que les effets cognitifs de la consommation de marijuana pourraient entraver le fonctionnement général, la motivation et la capacité de fonctionner de façon sécuritaire en milieu de travail. Selon les intimés, il était loisible au juge du procès de tenir compte de tous les éléments de preuve et d'accepter l'opinion de certains experts plutôt que d'autres.

[86] Je conviens que le juge du procès a commis une erreur manifeste en concluant que la fumée secondaire nuisait aux enfants alors qu'il n'y avait absolument aucune preuve que les enfants aient jamais été exposés à cette substance. Malgré cela, je ne donnerais pas suite à ce moyen d'appel. À mon avis, l'erreur du juge n'a pas eu d'incidence dominante sur son rejet final de la demande relative au coût de la marijuana thérapeutique.

[87] La décision du juge du procès sur la demande relative à la marijuana doit être considérée dans le contexte de ses autres conclusions, et particulièrement des suivantes :



[TRADUCTION]

Les vidéos de surveillance qui datent de 2012 et de 2014 montrent le demandeur qui se sert de sa main et de son pouce droits plus qu'il ne dit en être capable. (Pièce D-4)

Les vidéos de surveillance ainsi que le sommaire de congé du 11 février 2010 du Centre de réadaptation professionnelle constituent des preuves convaincantes du fait que le demandeur a exagéré les répercussions que l'accident a eues sur lui. Il a repoussé et refusé une réadaptation en vue d'un travail moins ardu. C'est pourquoi il a été réputé incapable de se recycler.

Ainsi, je conclus qu'en exagérant ses symptômes ainsi qu'en repoussant et en refusant une réadaptation, le demandeur a tenté de se faire passer pour une personne atteinte d'une invalidité permanente.

[par. 155 à 157 de la Décision, deuxième partie]

[88] Ces conclusions de fait et de crédibilité expliquent pourquoi le juge du procès a rejeté les opinions des experts qui favorisaient la consommation de marihuana pour soulager les douleurs. Même s'il y avait des signes objectifs indiquant que la blessure de M. Despres avait dégénéré en syndrome douloureux régional complexe, les médecins qui appuyaient l'utilisation de la marihuana thérapeutique acceptaient les déclarations subjectives de douleurs violentes et d'incapacité de M. Despres. Leurs opinions étaient donc fondées sur les faits tels qu'elles les avaient compris; toutefois, d'après une évaluation de l'ensemble de la preuve, y compris les vidéos de surveillance, les rapports du Centre de réadaptation professionnelle, le rapport de Solutions de santé canadiennes et l'opinion du D<sup>r</sup> King selon laquelle M. Despres souffre d'un syndrome douloureux régional complexe de degré relativement bénin, il était certainement loisible au juge du procès de conclure que la blessure à la main de M. Despres avait dégénéré en syndrome douloureux régional complexe [TRADUCTION] « qui était au début d'intensité moyenne et qui est maintenant d'intensité légère » (par. 165 de la Décision, deuxième partie). Il n'est pas surprenant que le juge du procès, après être parvenu à cette conclusion, ait rejeté les opinions de ceux qui s'appuyaient sur l'idée que M. Despres

éprouvait constamment des douleurs atroces d'après la présentation d'un syndrome de forte intensité.

[89] Il y avait amplement de raisons pour accepter le témoignage du D<sup>r</sup> Lalonde, malgré son humble remarque selon laquelle il n'était pas un expert en consommation de marijuana. Il y a pareillement amplement de raisons pour accepter les conclusions du rapport de Solutions de santé canadiennes, ses auteurs y étant parvenus après avoir compris que M. Despres représentait faussement la gravité de son état. À leur avis, [TRADUCTION] « les déclarations subjectives du client au sujet de ses douleurs et de son invalidité ne sont pas appuyées par les constatations objectives, sont en décalage avec les fonctions observées au fil du temps et sont même contredites par la surveillance vidéo ». Ces services ont ajouté : [TRADUCTION] « Cela indiquerait que M. Despres présente inexactement son état, peut-être à des fins lucratives secondaires » (par. 141 de la Décision, deuxième partie).

[90] Une fois que le juge du procès a accepté ces opinions d'experts de préférence aux autres, il s'ensuit que son rejet de la demande relative au coût de la marijuana thérapeutique est fondé sur le dossier de la preuve et n'est donc pas déraisonnable.

[91] Souvenons-nous que dans la Décision, deuxième partie, le juge du procès a demandé aux avocats de revenir présenter des arguments additionnels sur la question de savoir si les paiements effectués par Travail sécuritaire NB pour la marijuana thérapeutique devraient être inclus dans le montant des dommages-intérêts, malgré sa conclusion selon laquelle la demande n'était pas raisonnable. Plus particulièrement, le juge du procès a renvoyé à l'al. 10(13)a) de la *Loi sur les accidents du travail*, qui prévoit que dans une action telle que la présente « la somme allouée en dommages-intérêts comprend [...] l'aide médicale fournie en application de la présente Partie ». En présentant leurs arguments additionnels, les avocats ont signalé à la Cour la décision *Fundytus*. En rendant sa Décision, troisième partie, le juge du procès est parvenu à la même conclusion que la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire

*Fundytus*. Plus précisément, il a déclaré que l'al. 10(13)a) de la *Loi sur les accidents du travail* devrait être interprété comme donnant lieu à une demande du montant payé et non comme créant un droit d'indemnisation. Ce point n'a pas été soulevé comme question distincte en appel. À première vue, cela n'est pas surprenant, car une interprétation contraire semblerait créer une situation absurde où Travail sécuritaire NB usurperait les fonctions d'un tribunal civil.

3) Perte de revenus actuelle et future

[92] M. Despres soutient que le juge du procès a commis une erreur en ne lui accordant aucun montant de dommages-intérêts pour perte de revenus. Je suis d'accord.

[93] M. Despres soutient que deux scénarios seulement pourraient justifier la conclusion voulant qu'il n'ait subi aucune perte de revenus : 1) au moment précédant la blessure, sa capacité de gagner un revenu était nulle; 2) il avait une capacité de gagner un revenu au moment de l'accident, mais l'accident n'a eu aucun effet sur cette capacité de gagner un revenu. Les deux scénarios sont indéfendables, étant donné qu'au moment de l'accident M. Despres avait un emploi rémunérateur et que la blessure l'a rendu incapable de travailler pendant au moins une certaine période.

[94] Dans leurs argumentations écrites et orales, MacDonald Crane et M. St. Pierre ont traité des conclusions du juge du procès selon lesquelles sa capacité de gagner un revenu s'affaiblissait avant l'accident de pair avec son refus d'attribuer un montant quelconque pour perte de revenus. Puisque je conclus que le juge a fait erreur dans sa décision sur le premier point, il s'ensuit que je n'accepte pas l'assertion voulant que M. Despres n'ait subi absolument aucune perte de revenus dans l'accident du 11 septembre 2009.

a) *Les principes directeurs*

[95] Je commence par un examen des principes qui régissent l'évaluation des dommages-intérêts qui tombent dans cette catégorie.

[96] Le calcul de la perte de revenus actuelle d'un employé salarié n'est habituellement pas une démarche compliquée. En général, on détermine le montant du revenu que, d'après la preuve, le demandeur aurait raisonnablement gagné n'eût été l'accident, et on en soustrait les gains réels jusqu'au moment du procès. La démarche devient compliquée lorsqu'un demandeur n'a pas d'emploi stable, lorsque ses gains passés ont été sporadiques ou irréguliers, ou lorsque la preuve amène à conclure qu'il aurait dû y avoir un retour au travail à une date antérieure au retour au travail effectif, ou, s'il n'y a pas eu de retour au travail, à une date antérieure au procès. Dans ces situations, le juge du procès se doit de déterminer, d'après le dossier de la preuve ou d'après les inférences qu'on peut raisonnablement en tirer, quel montant le demandeur aurait probablement gagné. Cette détermination est parfois fondée les antécédents antérieurs ou, dans certaines circonstances, sur des données statistiques. Le juge doit ensuite déterminer la date à laquelle les blessures subies dans un accident n'étaient plus un empêchement à quelque forme d'emploi raisonnablement possible.

[97] Pour ce qui est du calcul de la perte de revenus future, il est prescrit aux juges de première instance d'appliquer les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Abu-Bakare*, dans lequel le juge en chef Drapeau, au nom de la Cour, a traité expressément de la question des dommages-intérêts pour perte de revenus future lorsque l'aptitude au travail est limitée.

[98] Dans l'arrêt *Abu-Bakare*, le juge en chef a commencé son analyse en indiquant qu'il n'y avait aucune distinction utile à faire entre « perte de revenus future » et « perte de capacité de gagner un revenu » (par. 42). Par conséquent, dans les présents motifs, les deux expressions peuvent être utilisées l'une pour l'autre.

[99] La Cour, dans l'arrêt *Abu-Bakare*, a rejeté la façon de faire de certains tribunaux qui indemnisaient la perte de capacité de gagner un revenu « en raison du principe voulant que toute limitation de l'employabilité constitue une perte d'avoir en capital ayant une valeur pécuniaire intrinsèque » (par. 42). Suivant cette optique, certains tribunaux ont ordonné une indemnisation sous cette catégorie « en l'absence [de preuve] d'une possibilité réelle et substantielle que la victime subisse effectivement une perte de revenus ou de profits » (par. 42). La Cour a plutôt réaffirmé le principe selon lequel, « avant que des dommages-intérêts pour perte future de capacité de gain puissent être attribués, il faut établir qu'il existe une possibilité réelle et substantielle que la victime subisse une perte de revenus ou de profits » (par. 55, citant *Cleary c. McCluskey*, 2002 NBCA 45, 252 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 10, au par. 28).

[100] Après avoir énoncé le principe d'indemnisation selon lequel la perte de capacité de gagner un revenu doit être établie, le juge en chef Drapeau a examiné ensuite les principes qui régissent la détermination du montant de cette perte. Je les résume comme suit :

- 1) L'arbitraire n'a pas sa place dans la détermination d'un montant sous cette catégorie.
- 2) La difficulté à déterminer le montant d'une perte établie ne saurait empêcher une indemnisation équitable, mais le demandeur a quand même « l'obligation d'établir au moyen de preuves admissibles, à tout le moins, une échelle d'indemnités rationnellement défendables au titre de la perte pécuniaire future qu'il prétend subir » (par. 59).
- 3) Si la preuve de la perte pécuniaire future est insuffisante, la solution ne consiste pas à accorder une indemnité arbitraire, mais plutôt à n'accorder que des dommages-intérêts généraux symboliques.
- 4) « Le montant des dommages-intérêts généraux pour perte pécuniaire au titre de la capacité de gagner un revenu doit correspondre à une échelle faisant état de valeurs actualisées établies relativement à la perte pécuniaire future et ayant un lien rationnel avec la preuve » (par. 60).

- 5) À moins d'être évident, le lien entre le montant des dommages-intérêts pour perte pécuniaire et le dossier de la preuve « doit être énoncé ne serait-ce que brièvement par le juge du procès » (par. 60).
  - 6) Il y a des cas où les tribunaux n'ont « d'autre choix que de recourir à une estimation au juger ou à une approximation » en faisant l'évaluation des dommages-intérêts pour perte de revenus, et on ne leur reprochera pas de recourir à ce procédé à la condition qu'il soit « à la fois nécessaire et susceptible d'une analyse logique » (par. 60).
  - 7) Dans le calcul des dommages-intérêts pour perte pécuniaire au titre de la capacité de gagner un revenu, le processus approprié comprend deux étapes :
    - a. La Cour doit évaluer les possibilités qu'une perte de revenus ou de profits soit effectivement subie, au sens où il existe une possibilité réelle et substantielle qu'une perte soit subie.
    - b. La Cour doit ensuite « tenir compte des possibilités que cette perte soit effectivement subie pour établir le montant des dommages-intérêts qu'elle accorde » (par. 61).
- b) *Application des principes à la présente affaire*

[101] M. Despres a plaidé son appel comme s'il était atteint d'une invalidité totale et permanente. Il a soutenu que le juge du procès aurait dû accepter les données obtenues de Statistique Canada pour déterminer ce qu'il aurait probablement gagné n'eût été l'accident et que, à partir de cette preuve, il aurait pu calculer la perte actuelle au moment du procès, et, à l'aide des tables qui lui ont été fournies, il aurait pu déterminer la valeur actualisée de la perte de revenus future.

[102] Comme je l'ai dit plus haut, je conviens que le juge du procès a commis une erreur en n'accordant aucuns dommages-intérêts pour perte de revenus. Toutefois, cela ne veut pas dire que je souscris à la prétention de M. Despres selon laquelle il avait droit à ce chapitre à un montant de dommages-intérêts correspondant à une invalidité

totale et permanente. Un tel octroi ne concorderait pas avec des conclusions de fait essentielles appuyées par le dossier de la preuve. Bien que la preuve justifie l'assertion selon laquelle le syndrome douloureux régional complexe qui afflige M. Despres pourrait être permanent, la preuve est loin d'établir que cette affection est la cause d'une invalidité totale. Les vidéos de surveillance montrent que M. Despres accomplit des tâches incompatibles avec les prétentions d'invalidité totale qu'il a présentées non seulement au procès, mais aussi à ses médecins traitants et à ceux qui l'ont évalué. Le juge du procès a conclu que M. Despres avait subi une blessure qui a dégénéré en syndrome douloureux régional complexe [TRADUCTION] « qui était au début d'intensité moyenne et qui est maintenant d'intensité légère » (par. 165 de la Décision, deuxième partie), et c'est une conclusion qui est appuyée par le dossier de la preuve. Alors, au fond, le juge du procès a conclu que M. Despres se retrouvait avec une invalidité partielle permanente.

[103]                   Devant nous, M. Despres a soutenu que le refus du juge du procès d'accorder des dommages-intérêts pour perte de revenus était incompatible avec sa conclusion voulant que M. Despres ait droit à des dommages-intérêts généraux d'un montant supérieur au plafond fixé dans le *Règlement sur les blessures*, Règlement du Nouveau-Brunswick 2003-20 pris en vertu de la *Loi sur les assurances*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-12. Aux termes de ce *Règlement*, le montant total recouvrable à titre de dommages-intérêts pour perte non pécuniaire ne doit pas dépasser un maximum de 2 500 \$ à moins que la blessure que le plaignant a subie n'ait entraîné « une déficience grave et permanente d'une fonction corporelle importante causée par une blessure permanente qui est d'ordre physique » (par. 2(2) et art. 4 du *Règlement sur les blessures*). Le paragraphe 2(2) du *Règlement* définit « déficience grave » comme désignant « une déficience qui cause une gêne importante à la capacité d'une personne d'effectuer ses activités quotidiennes habituelles ou qu'il y a une gêne importante à la capacité d'une personne de continuer son emploi habituel ».

[104]                   Je reconnais que l'octroi d'un montant de dommages-intérêts généraux qui dépasse le maximum fixé dans le *Règlement sur les blessures* est incompatible avec le rejet de la demande de dommages-intérêts pour perte de revenus; toutefois, l'octroi d'un

tel montant de dommages-intérêts pour perte non pécuniaire ne serait pas incompatible avec un octroi de dommages-intérêts pour perte de revenus en raison d'une invalidité partielle permanente.

[105] Comme je l'ai dit, une preuve abondante appuie la conclusion du juge du procès selon laquelle la blessure de M. Despres a dégénéré en un syndrome douloureux régional complexe qui était au début d'intensité moyenne et qui est maintenant d'intensité légère. Le syndrome douloureux régional complexe est une condition permanente, et il est indiscutable qu'il entrave sensiblement la capacité de M. Despres de faire le genre de travail physique qu'il a effectué dans le passé. Le juge du procès a donc eu raison de ne pas appliquer le maximum fixé dans le *Règlement sur les blessures*.

[106] La difficulté en l'espèce consiste à calculer la perte de revenus d'un demandeur qui, a-t-on conclu, a grandement exagéré la gravité de son invalidité et qui, par suite de cette exagération, a prétendu être totalement invalide.

[107] Il est indiscutable que dans la suite immédiate de l'accident, M. Despres était incapable d'exercer quelque emploi rémunérateur que ce soit. Pendant ce temps, il a été totalement incapable de gagner un revenu. On calcule la perte qu'il a subie lorsqu'il était totalement invalide en déterminant : 1) le montant que M. Despres aurait gagné n'eût été cette invalidité; 2) la durée de son invalidité totale; toutefois, à un certain moment, la situation de M. Despres a changé et il n'a plus été totalement invalide. On calcule la perte qu'il a subie à partir de ce moment en comparant ce qu'il aurait gagné n'eût été l'invalidité partielle avec ce qu'il était raisonnablement capable de gagner malgré l'invalidité partielle. Si cette perte dépasse la date du procès, on devra déterminer la valeur actualisée de la perte future.

[108] La plus grande difficulté dans l'évaluation de la perte de revenus pendant la période d'invalidité totale de M. Despres ne consiste pas à déterminer le montant qu'il aurait pu gagner n'eût été l'accident, mais plutôt à déterminer la période pendant laquelle il a été totalement invalide.



[109] Pour la première question, un rapport préparé par Frank Strain, Ph. D., et Cara Brown, M.A., de Brown Economic Consulting Ltd., calcule une perte de revenus, y compris les intérêts avant jugement, de 78 000 \$ jusqu'au 17 novembre 2014, date de début du procès. Pour ce faire, les experts prennent un revenu moyen de 14 500 \$ pour les années 2006 à 2008, d'après les revenus réels et les prestations d'assurance-emploi de M. Despres pour ces années, et calculent la moyenne en dollars de 2009. Rappelons que le juge du procès a conclu que les revenus ont été les suivants pour ces années :

2006	T4, y compris 3 932 \$ de Services Manpower	9 295 \$
2007	T4 Assurance-emploi	13 334 \$ 4 292 \$
2008	T4, y compris 5 834 \$ de Black Seal Paving et 5 980 \$ de Services Manpower Assurance-emploi	11 814 \$ 2 829 \$

[110] À mon avis, il s'agit d'une démarche sensée. En conséquence, j'admets que, n'eût été l'accident, M. Despres aurait gagné un revenu moyen de 14 500 \$ par année jusqu'à la date d'évaluation du 17 novembre 2014.

[111] En concluant que la perte de revenus de M. Despres était conjecturale et non prouvée, le juge du procès a tenu compte du fait que [TRADUCTION] « pour les huit premiers mois de l'année 2009, [l]es gains [de M. Despres] ont été de seulement 319 \$ » (par. 181 de la Décision, deuxième partie). Cette réflexion est nettement déraisonnable. La preuve était incontestée. M. Despres n'a pas pu travailler pendant la première partie de cette année-là à cause du problème de canal carpien. Cette affection a été traitée avec succès au moyen d'une opération, et M. Despres a été capable de retourner au travail après le 12 juillet.

[112] C'est à la deuxième question qu'il est plus difficile de répondre : pendant combien de temps M. Despres a-t-il été totalement invalide? Comme je l'ai déjà dit, M. Despres prétend qu'il est totalement invalide depuis l'accident, mais cette assertion a été nettement rejetée par suite de la surveillance vidéo et des autres éléments de preuve

mentionnés par le juge du procès. Par contre, le juge du procès a conclu à tort que M. Despres n'avait droit à aucun dédommagement pour perte de revenus. Étant donné cette conclusion, le juge du procès n'a pas évalué la preuve pour déterminer pendant combien de temps M. Despres a été totalement invalide et quelle perte, s'il y a lieu, a résulté de son invalidité.

[113] Dans certaines circonstances, il pourrait être approprié de renvoyer l'affaire au juge du procès pour qu'il tranche ces questions; toutefois, les parties ayant déjà eu à subir de longues procédures, y compris les trois étapes du procès, je suis d'avis que les intérêts de la justice seront mieux servis si nous rendons la décision qui aurait dû être rendue en première instance. Cela est d'autant plus vrai puisque nous pouvons trouver dans le dossier les preuves qui nous permettent de tirer les conclusions nécessaires.

[114] Comme je l'ai indiqué, la blessure subie par M. Despres dans l'accident a dégénéré en syndrome douloureux régional complexe qui était au début d'intensité moyenne et qui est maintenant d'intensité légère. Au début, il était totalement incapable d'exécuter les tâches de son emploi ou de tout emploi auquel il était apte. Bon nombre d'experts ont témoigné que M. Despres était incapable totalement et en permanence d'exercer quelque emploi que ce soit ou ont déposé des rapports affirmant la même chose, mais ces opinions doivent être rejetées étant donné la conclusion du juge du procès selon laquelle M. Despres [TRADUCTION] « a exagéré les répercussions » que la blessure subie dans l'accident a eues sur lui (par. 156 de la Décision, deuxième partie).

[115] Une preuve abondante appuie cette conclusion. Elle est étayée par les vidéos de surveillance, les opinions des experts qui ont opposé ce qu'ils voyaient dans les vidéos avec les déclarations de M. Despres et avec les comptes rendus des tentatives de réadaptation pendant lesquelles les déclarations de M. Despres sur ses douleurs et son fonctionnement n'étaient pas fiables parce que le niveau de capacité qu'il décrivait était inférieur au niveau de fonctionnement qu'il démontrait.

[116] Cela dit, les témoignages et les rapports des experts médicaux ne permettent pas de douter que M. Despres a subi une blessure qui a dégénéré en une affection qui pourrait avoir un caractère permanent. Il est également indiscutable qu'il ne pourra plus exercer de nouveau le genre d'emploi physiquement exigeant dont il a retiré auparavant un revenu très modeste. Aussi, afin de recommencer à exercer un emploi rémunérateur, M. Despres devra s'engager dans quelque forme de recyclage professionnel.

[117] M. Despres a souvent été évalué et traité au Centre de réadaptation professionnelle. Il a été admis au centre une première fois le 15 décembre 2009, et une autre fois le 20 janvier 2010. Pendant cette dernière admission, il a subi une évaluation d'ergothérapie, et la conclusion tirée a été la suivante : [TRADUCTION] « On remarque que son niveau de capacité perçu est inférieur au niveau de fonctionnement qu'il démontre. » Le rapport d'ergothérapie a donné les explications suivantes :

[TRADUCTION]

Pendant les jours de traitement où il a été présent, il a souvent affirmé qu'il ne pouvait pas participer à son programme de traitement parce que ses douleurs l'en empêchaient. Il se déclarait incapable de tolérer la pratique des techniques de désensibilisation de son extrémité supérieure [bras] droite ni de tolérer le fait de déplacer ou de toucher des objets avec la main droite. Parfois, on a observé que les symptômes que le client déclarait ne concordaient pas avec ses comportements observés et son rendement fonctionnel. On a observé qu'à une occasion, il maniait un stylo de la main droite et le touchait de son pouce pendant qu'il déclarait qu'il éprouvait trop de douleurs pour faire quoi que ce soit avec cette main.

[...]

Les problèmes suivants continuent d'être des obstacles à la capacité du client de retourner au travail : limitations fonctionnelles, [...] exigences des emplois, préoccupation pour la douleur, restrictions causées par la douleur, manque de fiabilité des déclarations du client sur ses symptômes et ses fonctions.

[C'est moi qui souligne.]

- [118] Ainsi, au début de 2010, on a remarqué que M. Despres exagérait probablement son degré de douleur et d'invalidité.
- [119] Dans une lettre datée du 17 mars 2010, M. Despres a été avisé que Services Manpower avait un programme de retour au travail pour l'aider à se rétablir en lui fournissant du travail temporaire. On a offert à M. Despres un emploi modifié sous forme d'une formation informatisée en ligne à la bibliothèque locale. M. Despres a répondu qu'une collaboration avec Services Manpower ne l'intéressait pas; toutefois, apparemment parce qu'on aurait pu mettre fin à ses prestations d'accident du travail, M. Despres a finalement cédé. Il a commencé le programme le 13 avril 2010.
- [120] La tentative de recyclage de M. Despres n'a pas duré longtemps. Le 20 avril 2010, il a mis fin au programme [TRADUCTION] « parce que [sa] situation personnelle [l]'empêch[ait] d'y participer ». La situation en question était une altercation avec un gardien de sécurité, par suite de laquelle M. Despres n'était plus autorisé à se présenter sur le lieu de travail.
- [121] Les signes des piètres efforts de réadaptation de M. Despres se sont poursuivis pendant toute l'année 2010 et les années suivantes. Il a de nouveau été admis au Centre de réadaptation professionnelle à l'automne 2010, et encore une fois en juin 2012. Pendant les admissions de 2010, il a été déterminé que M. Despres pourrait bénéficier d'un counseling, mais qu'il [TRADUCTION] « s'y refus[ait] actuellement, et donc, il n'aurait actuellement aucun dialogue valable ». En 2012, il a subi une autre évaluation en ergothérapie. On a alors déclaré que M. Despres [TRADUCTION] « a manifesté un faible niveau d'effort physique lors des épreuves d'effort comme telles » et qu'[TRADUCTION] « on doit être prudent quand on s'appuie sur [les déclarations subjectives de M. Despres] ».
- [122] Il n'y a pas de doute que la blessure subie par M. Despres lors de l'accident du 11 septembre 2009 l'a rendu incapable d'exercer tout emploi au début; toutefois, lorsqu'on considère la preuve à la lumière des conclusions du juge du procès en

matière de crédibilité, les conclusions suivantes sont inévitables : 1) M. Despres a constamment exagéré ses douleurs et son invalidité; 2) il n'a pratiquement fait aucun effort de réadaptation au Centre de réadaptation professionnelle; 3) il a saboté les efforts de recyclage de Services Manpower.

[123] Le droit ne permet pas qu'on exagère ses douleurs et son invalidité, qu'on sabote la réadaptation par de piètres efforts et qu'on refuse de suivre le recyclage offert afin de renforcer la demande d'indemnisation. Le demandeur a l'obligation d'atténuer ses pertes. Le dossier de la preuve m'amène à conclure que, si M. Despres n'avait pas exagéré ses douleurs et son invalidité, s'il avait suivi les traitements conseillés et s'il s'était prévalu des possibilités de réadaptation et de recyclage qui lui étaient offertes, il aurait bientôt été capable de retourner sur le marché du travail et de gagner au moins ce que ses antécédents démontrent qu'il était capable de gagner avant l'accident. Le retour à un travail rémunérateur était offert à M. Despres grâce à un recyclage, mais il n'a pas voulu y participer et cela n'a duré qu'une semaine. À mon avis, le juge du procès aurait été fondé à conclure que, à partir du moment où il a abandonné son programme de recyclage, M. Despres n'avait plus droit à des dommages-intérêts pour perte de revenus parce que c'était son propre comportement délibéré qui l'empêchait de retourner au travail.

[124] En résumé, je conclus que le juge du procès a commis une erreur en n'accordant aucuns dommages-intérêts pour perte de revenus. En conséquence, j'accueillerais ce moyen d'appel. Toutefois, compte tenu des conclusions du juge du procès, et particulièrement à cause des exagérations de M. Despres et de son défaut d'atténuer ses dommages, je fixe comme date où sa perte de revenus prend fin la date où il a commencé à participer au programme de recyclage payé que Services Manpower lui a offert, c'est-à-dire le 13 avril 2010. Je calculerais donc la perte comme suit :  $14\ 500\ \$/12 = 1\ 208\ \$$  par mois, et  $1\ 208\ \$ \times 7\ \text{mois} = 8\ 456\ \$$ .

4) Coût des soins et perte de services utiles

[125] Je rejetterais ce moyen d'appel. Étant donné les conclusions du juge du procès, qui sont solidement fondées sur le dossier de la preuve, selon lesquelles M. Despres exagérait son invalidité et était capable de faire bien plus que ce qu'il a manifesté, il n'y a aucune erreur dans la conclusion du juge du procès selon laquelle Travail sécuritaire NB a pleinement indemnisé M. Despres au titre de cette catégorie de dommages pendant la période où il a vraiment été invalide. Le juge lui a accordé la somme de 5 390,61 \$; c'est ce que Travail sécuritaire NB a payé pour les soins de M. Despres. Il a accueilli cette demande parce que des preuves montraient que M. Despres avait éprouvé des douleurs chroniques après l'accident et qu'il était important de prendre toutes les mesures raisonnables pour l'aider à se réadapter; toutefois, quant à une perte supérieure à cette somme, le juge du procès a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

La preuve détaillée présentée afin de justifier des dommages-intérêts pour perte de services utiles et pour soins futurs est fondée sur la description exagérée que donne le demandeur de son état et de son invalidité. Compte tenu des vidéos de surveillance et des autres incohérences de la preuve, je ne suis pas convaincu que le demandeur ait prouvé par prépondérance des probabilités que l'accident lui a causé une perte de services utiles concernant les travaux ménagers ou le soin des enfants. Bien que je croie que le demandeur a effectivement besoin de soins médicaux et de counseling dans l'avenir, il n'a pas prouvé que ces besoins ont été causés par l'accident.

[par. 112 de la Décision, deuxième partie]

[126] Étant donné les conclusions du juge du procès sur l'exagération des douleurs et de l'invalidité, et particulièrement après avoir visionné les vidéos de surveillance, je ne trouve aucune erreur dans cette conclusion.

5) Dommmages-intérêts généraux pour perte non pécuniaire

[127] M. Despres interjette appel du montant de dommages-intérêts généraux pour perte non pécuniaire pour l'unique motif qu'il est tributaire de conclusions de fait erronées au sujet des autres catégories de dommages. Le juge du procès a conclu que M. Despres s'est retrouvé avec un syndrome douloureux régional complexe d'intensité légère. Si notre Cour concluait que les souffrances et douleurs étaient plus fortes, il s'ensuivrait que le montant des dommages-intérêts pour perte non pécuniaire serait augmenté en conséquence. De plus, si nous tirions la conclusion que l'invalidité qui s'est ensuivie était plus grave que celle qui a été déterminée par le juge du procès, une augmentation des dommages-intérêts généraux pour perte non pécuniaire s'ensuivrait parce que la perte d'agrément serait plus importante.

[128] M. Despres affirme avec raison qu'il est approprié que notre Cour annule une décision de première instance lorsqu'elle n'est pas appuyée par la preuve. Il invoque divers arrêts de notre Cour qui confirment cette assertion. Bien que je souscrive à l'assertion de M. Despres au sujet de nos pouvoirs en appel, je n'accepte pas sa prétention selon laquelle l'évaluation des dommages-intérêts généraux n'était pas appuyée par la preuve. La conclusion selon laquelle la blessure a dégénéré en syndrome douloureux régional complexe d'intensité moyenne et cause maintenant un syndrome d'intensité légère est étayée par la preuve, pour tous les motifs que j'ai exposés ci-dessus.

V. Dispositif

[129] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, mais seulement afin de corriger l'omission du juge du procès d'accorder le moindre montant de dommages-intérêts pour perte de revenus. Je modifierais le jugement pour y ajouter 8 456 \$ au titre de la perte de revenus actuelle plus un intérêt au taux de 1 %. Il s'ensuit que le montant clé aux fins du calcul des dépens accordés au procès doit être modifié en conséquence. Je conclurais en accordant à M. Despres des dépens en appel de 2 500 \$.