

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

134-11-CA

LUCYANNA LEBRETON

APPELLANT

- and -

WORKPLACE HEALTH, SAFETY AND  
COMPENSATION COMMISSION

RESPONDENT

LeBreton v. Workplace Health, Safety and  
Compensation Commission, 2012 NBCA 52

CORAM:

The Honourable Justice Bell  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Green

Appeal from a decision of the  
Appeals Tribunal of the Workplace Health,  
Safety and Compensation Commission:  
April 20, 2011

History of case:

Decision under appeal:  
April 20, 2011 – (Decision No. 20115975)

Preliminary or incidental proceedings:  
N/A

Appeal heard:  
January 31, 2012

Judgment rendered:  
June 14, 2012

Reasons for judgment by:  
The Honourable Justice Bell

LUCYANNA LEBRETON

APPELANTE

- et -

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

INTIMÉE

LeBreton c. Commission de la santé, de la sécurité  
et de l'indemnisation des accidents au travail, 2012  
NBCA 52

CORAM :

L'honorable juge Bell  
L'honorable juge Quigg  
L'honorable juge Green

Appel d'une décision du Tribunal d'appel  
de la Commission de la santé, de la sécurité  
et de l'indemnisation des accidents au travail :  
Le 20 avril 2011

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
Le 20 avril 2011 – (Décision n° 20115975)

Procédures préliminaires ou accessoires :  
S.O.

Appel entendu :  
Le 31 janvier 2012

Jugement rendu :  
Le 14 juin 2012

Motifs de jugement :  
L'honorable juge Bell

Concurred in by:  
The Honourable Justice Quigg  
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :  
L'honorable juge Quigg  
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Lucyanna LeBreton appeared in person

Pour l'appelante :  
Lucyanna LeBreton a comparu en personne

For the respondent:  
Matthew R. Letson

Pour l'intimée :  
Matthew R. Letson

THE COURT

LA COUR

The appeal is dismissed without costs.

Rejette l'appel sans condamnation aux dépens.

The judgment of the Court was delivered by

BELL J.A.

I. Introduction

[1] On March 10, 1989, Lucyanna LeBreton, a nurse's aide, suffered a serious back injury as a result of a workplace accident. Ms. LeBreton returned to work on March 27, 1989. Unfortunately, the seriousness of the injury went undetected in the initial months and years following the accident. Due to ongoing complications and pain symptoms, Ms. LeBreton stopped work on November 1, 1989. The Workers' Compensation Board (as it then was), rejected her application for loss of earnings benefits.

[2] The severity of Ms. LeBreton's injury and the challenges she faced in returning to work are reflected in the reports of medical practitioners who treated her in the months following her workplace accident. In a report dated August 27, 1990, Dr. E.D. Crawshaw, Orthopaedic Surgeon, expressed surprise that "this lady is not at present being covered by compensation" and attributed that to the fact she went back to work at an early date even though she continued to suffer discomfort. On April 30, 1991, Dr. E.P. Abraham opined that her back problems "rendered her completely unable to work during the period November 1, 1989, to October 15, 1990".

[3] Ms. LeBreton appealed the refusal of the Commission to pay loss of earnings benefits to the Workers' Compensation Appeals Board (as it then was). On August 27, 1991, Lucie A. LaVigne, Chairperson of the Appeals Board (as she then was), allowed Ms. LeBreton's appeal.

[4] On December 15, 1992, Ms. LeBreton underwent spinal surgery. In his operative report, Dr. E.P. Abraham predicted six weeks to three months total healing time before she could return to work. During this time, Ms. LeBreton continued to receive loss of earnings benefits. Following her surgery, Ms. LeBreton made several attempts to

return to work, the last of which was March 7, 1994. In a report dated March 22, 1994, Vocational Rehabilitation Worker Laurette Charron described Ms. LeBreton's final attempt to return to work :

[...] Ms. LeBreton did work the night shift as scheduled on March 7. However, on March 8, when she was rescheduled to do another night shift, she called in sick and complained of back pain. She was off on March 9 and again called in sick with back pain on March 10. On March 11, the Director of Nursing called her as she was again scheduled to come in on the night shift and Ms. LeBreton indicated that she had seen her family doctor who had put her off work completely. Mrs. Jackie Stewart, Director of Nursing, reports that Ms. LeBreton indicated that her doctor was putting her off work completely and unable to do any type of work because of back problems.

[...]

#### RECOMMENDATION

Based on the Occupational Therapist's report, my consultation with Jackie Stewart, Director of Nursing and Dr. P.J. Thompson's report, the discharge summary at the Workers' Rehabilitation Centre, I do believe Lucyanna was offered suitable employment in two options: 1) night shift with no lifting and less strenuous duties, or 2) the 4 hour per day bedside bathing and centry tub bathing where again she would not be required to do heavy lifting as mechanical lifts and Mediman Lifts are available to her.

[Statement of Facts – pp. 262-263]

[5] The Commission terminated Ms. LeBreton's benefits effective March 14, 1994 due to her failure to accept one of the accommodated employment options presented to her. She did not immediately appeal that decision.

[6] On November 25, 2008, Dr. Abraham examined Ms. LeBreton and reported as follows:

This 49-year-old lady has had chronic low back pain, all of which seemed to start with a work related injury in 1989. I

think that she ended up having a disc operation by myself in 1992. I cannot recall all of the details of how she has been over the years but she feels that she did initially have a good result from surgery in terms of leg pain relief. She has always had grumbling low back pain since the injury and since the surgery. She has tried to work at different types of jobs but really has had a bad time of it over the years. More recently she has developed recurrent left sided leg pain with walking. About four years [ago] she had an MRI which demonstrated spinal stenosis involving the left leg. She also has a very degenerate L-5 S-1 disc. This would be in keeping with both her previous herniation and surgery. [...]

[7] On June 24, 2009, more than 15 years after the termination of her benefits, armed with Dr. Abraham's report, Ms. LeBreton informed the Commission that she possessed new information which "needs to be reviewed" and requested that her claim be "reactivated". On December 17, 2009, the Commission responded that the findings and treatment plan of Dr. Abraham would be "accepted as a recurrence of your original injury". However, the Commission determined that while the recurrence entitled Ms. LeBreton to continued treatment, she was not entitled to any loss of earnings benefit because she was not earning income at the time of the recurrence, nor had she earned any income in the 36 months prior thereto.

[8] Ms. LeBreton unsuccessfully appealed to the Appeals Tribunal from two decisions of the Commission: that of March 30, 1994, which terminated her loss of earnings benefits, and that of December 17, 2009, which concluded no loss of earnings benefits were payable upon the recurrence of the injury.

## II. Issues on Appeal

[9] Ms. LeBreton contends the Appeals Tribunal erred in concluding she was not entitled to loss of earnings benefits from 1994 onward. In advancing this position she says she was incapable, by reason of her injury, from performing the accommodated positions offered to her and that her disability continued from 1994 to the present. She

says the “recurrence” of her injury in 2008 was not actually a recurrence; rather, Dr. Abraham’s 2008 report merely describes the on-going nature of her disability. In the alternative, she claims that, in the event she is not entitled to benefits from 1994 to the present, she is entitled to loss of earnings benefits from November 25, 2008, the date of the recurrence of the injury.

### III. Standard of Review

[10] Ms. LeBreton appeals via a statutory right of appeal set out in the *Workplace Health, Safety and Compensation Commission Act*, S.N.B. 1994, c. W-14, which provides as follows:

**21(12)** Any decision, order or ruling of the Appeals Tribunal shall be final, subject only to an appeal to the Court of Appeal involving any question as to its jurisdiction or any question of law.

**21(12)** Toute décision du Tribunal d’appel est définitive, sujet seulement à un appel devant la Cour d’appel concernant toute question de compétence ou de droit.

[11] The issues raised by Ms. LeBreton’s appeal are either questions of fact or questions of mixed fact and law. She raises no pure question of law. The Appeals Tribunal made findings of fact when it concluded: (i) Ms. LeBreton failed to return to work in an accommodated position in 1994; and (ii) her total disability was not of a continuing nature from 1994 to the present. It decided a question of mixed fact and law when it concluded Ms. LeBreton was not entitled to loss of earnings benefits following the recurrence of the injury. The factual findings are reviewable on a standard of palpable and overriding error while that involving a question of mixed fact and law is subject to review on the reasonableness standard. The circumstances in which factual errors may constitute errors of law contemplated by s. 21(12) were summarized by Drapeau, C.J.N.B. in *VSL Canada Ltd. v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission and Duguay et al.*, 2011 NBCA 76, [2011] N.B.J. No. 281:

Needless to say, findings of fact that played no significant role in shaping the outcome of the proceedings before the Appeals Tribunal cannot give rise to appealable questions

of law or jurisdiction. For an error of fact to be a reviewable and reversible error under s. 21(12), it must be: (1) the result of a palpable and overriding error in the assessment of the information in the record [...]; (2) reflective of a failure to consider material information or material admissions; or (3) the by-product of an interpretation of the record that no reasonable person could adopt [...]. [para. 29] [Underlining in original.]

[12] Robertson J.A., writing for a unanimous Court in *Canada Post Corporation v. Carroll and Workplace Health, Safety and Compensation of New Brunswick*, 2012 NBCA 18, [2012] N.B.J. No. 50 (QL), summarized the post-*Dunsmuir* 2008 SCC 9, [2008] S.C.J. No. 9 landscape in New Brunswick as it applies to statutory appeals under the *WHSCC Act*. He said:

As would be expected, the New Brunswick jurisprudence recognizes that tribunal decisions involving a question of mixed law and fact [...] must be accorded deference on the standard of reasonableness, as articulated in *Dunsmuir*. Questions of fact are reviewable on the standard of palpable and overriding error. The review of factual determinations is consistent with the notion that a palpable and overriding error of fact qualifies as an error of law and also with s. 21(9) of the *WHSCC Act* [...].

[Emphasis is mine.]

[13] Justice Robertson cites, among others, *VSL Canada Ltd.* in support of the notion that in applying the *WHSCC Act* there remains three standards of review: (1) correctness for pure questions of law, (2) reasonableness for questions of mixed fact and law and (3) palpable and overriding error for questions of fact (see also *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada Post Corporation v. Carroll and Workplace Health, Safety and Compensation Commission of New Brunswick*, para. 3; *The City of Saint John v. The Workplace Health, Safety and Compensation Commission of New Brunswick and Rowe*, 2008 NBCA 83, 338 N.B.R. (2d) 213, at para. 4; *Fundy Linen Service Inc. v. Workplace Health, Safety and Compensation Commission*, 2009 NBCA 13, 341 N.B.R. (2d) 286, at para. 12).

IV. Analysis

A. *Failure to Return to Work in March 1994 / Continuing Effects of the Injury*

[14] With respect to Ms. LeBreton's failure to return to one of the accommodated positions offered to her, the Appeals Tribunal considered the report by Ms. Charron, the employer's offers of accommodation and Ms. LeBreton's unwillingness to attempt either of the accommodated positions. Given the record before it, I am not satisfied the Appeals Tribunal made any error, let alone a palpable and overriding one, when it concluded Ms. LeBreton's injury did not prevent her from attempting to work at one of the accommodated positions.

[15] Similarly, I cannot find any palpable and overriding error in the Appeals Tribunal's decision that Ms. LeBreton's total disability did not continue from 1994 to the present. In this regard, I would note Dr. Abraham's observations in his 2008 report that Ms. LeBreton had "tried to work at different types of jobs", and that it was only recently that she "developed recurrent left-sided leg pain with walking". Also, reports prepared in 2004 and 2005 by Ms. LeBreton's family physician, Dr. Hudson, concluded she was capable of working in a sedentary capacity. Those reports describe "sedentary capacity" as being capable of lifting up to 10 lbs. with occasional lifting, carrying, and walking. They constitute additional evidence upon which the Appeals Tribunal was entitled to rely to conclude the periods of total disability were not of a continuing nature.

B. *Date of Recurrence*

[16] When the Appeals Tribunal fixed the date of the recurrence of the injury as November 25, 2008, it relied upon Dr. Abraham's report in which he said "recently, [the appellant] has developed recurrent left sided leg pain with walking". Absent any other evidence to fix the date of recurrence, the Appeals Tribunal did not make a palpable and overriding error when it relied upon Dr. Abraham's report in that regard.



C. *Loss of Earnings*

[17] Section 38.1(1) of the *Workers' Compensation Act*, R.S.N.B. 1973, c. W-13, sets out the basis upon which an injured worker will receive compensation. The section reads as follows:

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

“average earnings” means the daily, weekly, monthly, or regular remuneration that the worker was receiving at the time of the injury or recurrence of the injury, or receiving previously, or at the time of the loss of earnings, [...]

“average net earnings” means the average earnings of the worker less any income tax and premiums under the *Employment Insurance Act* and contributions under the *Canada Pension Plan* that would be payable by the worker based on those earnings;

“loss of earnings” means

(a) average net earnings, less

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

“maximum annual earnings” means the amount set pursuant to subsection (3);

“pre-accident earnings” means the daily, weekly, monthly or regular remuneration

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

« salaire moyen » désigne le salaire quotidien, hebdomadaire, mensuel ou le salaire habituel que le travailleur recevait au moment de la lésion ou de la réapparition de la lésion ou avant ou encore à l'époque de la perte de gains [...]

« salaire moyen net » désigne le salaire moyen du travailleur moins l'impôt sur le revenu et les cotisations qu'il doit payer conformément à la *Loi sur l'assurance-emploi* et au *Régime de pensions du Canada* du fait de ces gains;

« perte de gains » désigne

a) le salaire moyen net, moins

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

« salaire annuel maximum » désigne le montant fixé en vertu du paragraphe (3);

« gains avant l'accident » désigne la rémunération quotidienne, hebdomadaire,

that the worker was receiving at the time of the injury or recurrence of the injury, as may appear to the Commission best to represent the earnings of the worker;

[Emphasis is mine.]

mensuelle ou régulière que le travailleur recevait au moment de la lésion ou de la réapparition de la lésion qui, d'après la Commission, peut le mieux représenter les gains du travailleur;

[C'est moi qui souligne.]

[18] Policy 21-210, established by the *WHSCC*, provides guidelines which the Commission and the Appeals Tribunal may use to calculate average earnings. That policy, which is not challenged on this appeal, provides in part, as follows:

WorkSafeNB establishes an injured worker's average earnings by using various types of employment-related income (remuneration) that best represents the loss of earnings.

[...]

To determine average earnings, WorkSafeNB uses the worker's wages at the time of injury, recurrence of injury, or disablement from occupational disease, if those earnings best represent the worker's loss of earnings.

If the earnings immediately prior to the time of injury do not best represent the worker's loss of earnings, WorkSafeNB may use a period of up to 36 months before the injury to establish a consistent earning pattern that best represents the injured worker's loss of earnings.

[19] Unfortunately, Ms. LeBreton was earning no income on the date of the recurrence of the injury, nor had she earned any income during the 36 months prior thereto. The Appeals Tribunal referred to the applicable legislation and policy, applied the law to the facts, and concluded Ms. LeBreton did not suffer a loss of earnings as a result of the recurrence. Its decision on this question of mixed fact and law meets all the hallmarks of reasonableness.

IV. Disposition

[20] Although I have focused my analysis on the first part of the test for factual error espoused by Drapeau, C.J.N.B. in *VSL Canada Ltd.* I would add there is no evidence the Appeals Tribunal failed to consider material information or that the decision is the by-product of an interpretation of the record that no reasonable person could adopt. For all of these reasons, I would dismiss the appeal without costs.

LE JUGE BELL

I. Introduction

[1] Le 10 mars 1989, Lucyanna LeBreton a subi une grave lésion au dos par suite d'un accident de travail. Aide-infirmière, M<sup>me</sup> LeBreton est retournée au travail le 27 mars suivant. Malheureusement, la gravité de sa lésion n'a pas été décelée durant les premiers mois et les premières années, après l'accident. En raison d'une douleur et de complications qui perduraient, M<sup>me</sup> LeBreton a cessé de travailler le 1<sup>er</sup> novembre 1989. La Commission des accidents du travail (nom de la Commission à l'époque) a refusé à M<sup>me</sup> LeBreton les prestations qu'elle demandait pour perte de gains.

[2] Il est fait état de la gravité de la lésion de M<sup>me</sup> LeBreton et des difficultés que son retour au travail a présentées dans les rapports des médecins qui l'ont traitée au cours des mois qui ont suivi son accident. Dans un rapport en date du 27 août 1990, le D<sup>r</sup> E.D. Crawshaw, chirurgien orthopédiste, constate avec étonnement que M<sup>me</sup> LeBreton [TRADUCTION] « ne touche actuellement aucune indemnité », ce qu'il attribue au fait qu'elle a repris le travail rapidement, en dépit du malaise qu'elle continuait de ressentir. Le 30 avril 1991, le D<sup>r</sup> E.P. Abraham indiquait qu'à son avis les problèmes de dos de M<sup>me</sup> LeBreton s'étaient [TRADUCTION] « traduits par une incapacité totale de travailler au cours de la période du 1<sup>er</sup> novembre 1989 au 15 octobre 1990 ».

[3] M<sup>me</sup> LeBreton a interjeté appel du refus de la Commission de lui verser des prestations pour perte de gains auprès de ce qui était alors le Comité d'appel de la Commission des accidents du travail (nom du Tribunal d'appel à l'époque). Le 27 août 1991, la présidente du Comité d'appel, Lucie A. LaVigne (aujourd'hui juge à la Cour du Banc de la Reine), a accueilli l'appel de M<sup>me</sup> LeBreton.

[4] Le 15 décembre 1992, M<sup>me</sup> LeBreton a été opérée à la colonne vertébrale. Le protocole opératoire du D<sup>r</sup> E.P. Abraham prévoyait une convalescence de six semaines à trois mois avant le retour au travail. M<sup>me</sup> LeBreton a continué à toucher des prestations pour perte de gains. Après l'opération, plusieurs tentatives de retour au travail se sont succédé dont la dernière remonte au 7 mars 1994. Dans un rapport daté du 22 mars 1994, Laurette Charron, travailleuse en réadaptation professionnelle, relate la dernière tentative de retour au travail de M<sup>me</sup> LeBreton :

[TRADUCTION]

M<sup>me</sup> LeBreton a travaillé de nuit, comme prévu, le 7 mars. Le 8 mars, cependant, alors qu'un autre quart de nuit l'attendait, elle a téléphoné pour faire savoir qu'elle ne se présenterait pas au travail en raison de douleur au dos. Elle avait congé le 9 mars. Le 10 mars, encore une fois, elle a téléphoné pour annoncer qu'elle ne se rendrait pas au travail en raison de douleur au dos. Le 11 mars, la directrice des soins infirmiers a appelé M<sup>me</sup> LeBreton, qui devait de nouveau prendre le quart de nuit. M<sup>me</sup> LeBreton lui a appris qu'elle avait consulté son médecin de famille, qui lui avait prescrit un arrêt de travail complet. M<sup>me</sup> Jackie Stewart, directrice des soins infirmiers, a rendu compte de la conversation : M<sup>me</sup> LeBreton lui avait indiqué que son médecin avait prescrit un arrêt de travail complet (incapacité de s'acquitter de quelque tâche que ce soit en raison de problèmes de dos).

[...]

RECOMMANDATION

Après lecture du rapport de l'ergothérapeute et consultation de Jackie Stewart, directrice des soins infirmiers, et compte tenu du rapport du D<sup>r</sup> P.J. Thompson et du résumé au congé du Centre de rééducation professionnelle, je crois, de fait, qu'a été offert à M<sup>me</sup> LeBreton un travail convenable sous l'une ou l'autre de ces formes : 1) des quarts de nuit sans soulèvement de charges, et comportant des tâches moins ardues; 2) quatre heures par jour de toilette des patients au lit ou au bain Century, ce qui, encore une fois, ne nécessitait pas le soulèvement de charges lourdes, puisqu'elle aurait pu se servir de lève-personnes mécaniques et de lève-personnes Medi-Man.

[Exposé des faits, p. 262 et 263]

[5] La Commission a décidé que les prestations de M<sup>me</sup> LeBreton prendraient fin le 14 mars 1994. La Commission y mettait fin, parce que M<sup>me</sup> LeBreton n'avait accepté aucun des emplois adaptés qui lui avaient été proposés. M<sup>me</sup> LeBreton n'a pas immédiatement appelé de cette décision.

[6] Le 25 novembre 2008, le D<sup>r</sup> Abraham a examiné M<sup>me</sup> LeBreton et produit un rapport :

[TRADUCTION]

Cette femme, âgée de quarante-neuf ans, souffre de douleur chronique au bas du dos; tout a semblé débiter à la suite d'un accident du travail, en 1989. Je crois qu'elle a subi en définitive une opération au disque, de mes propres mains, en 1992. Je ne me rappelle pas dans tous ses détails l'évolution de son état de santé au fil des ans, mais elle estime que l'opération a donné de bons résultats, au départ, pour le soulagement de la douleur à la jambe. Elle souffre constamment d'une douleur sourde au bas du dos depuis l'accident, douleur qui a persisté après l'opération chirurgicale. Elle s'est essayée à divers types d'emplois, mais ces années de tâtonnement ont été pénibles. Depuis quelque temps, une douleur récurrente à la jambe, du côté gauche, se manifeste lorsqu'elle marche. Il y a quatre ans environ, l'IRM a permis de déceler une sténose vertébrale touchant la jambe gauche. Le disque des vertèbres L-5 et S-1 présente en outre une dégénérescence prononcée. Ces constatations s'accordent tant avec l'hernie antérieure de la patiente qu'avec l'opération chirurgicale.

[7] Le 24 juin 2009, soit plus de quinze ans après la cessation du versement de ses prestations, M<sup>me</sup> LeBreton, armée du rapport du D<sup>r</sup> Abraham, a informé la Commission qu'elle était en possession d'information nouvelle qui devait [TRADUCTION] « être examinée » et a demandé la [TRADUCTION] « remise en vigueur » de sa demande. Le 17 décembre 2009, la Commission a répondu à M<sup>me</sup> LeBreton que les conclusions et le plan de traitement du D<sup>r</sup> Abraham seraient [TRADUCTION] « acceptés, en tant qu'indicatifs d'une réapparition de [la] lésion originelle ». Elle a cependant jugé que M<sup>me</sup> LeBreton, quoiqu'elle eût droit à une continuation du traitement par suite de la réapparition, n'avait pas droit à des prestations

pour perte de gains, parce qu'elle n'avait aucun revenu au moment de la réapparition et qu'elle n'avait rien gagné au cours des trente-six mois précédents.

- [8] M<sup>me</sup> LeBreton a porté devant le Tribunal d'appel, en vain, deux décisions de la Commission : la décision du 30 mars 1994, qui mettait fin à ses prestations pour perte de gains, et celle du 17 décembre 2009, qui concluait que la réapparition de la lésion ne lui donnait pas droit à des prestations pour perte de gains.

## II. Questions en litige

- [9] M<sup>me</sup> LeBreton soutient que le Tribunal d'appel a fait erreur lorsqu'il a conclu qu'elle n'avait pas droit à des prestations pour perte de gains à partir de 1994. L'appelante avance, à l'appui de ce moyen, qu'il lui était impossible, en raison de sa lésion, de s'acquitter des fonctions des postes adaptés offerts et que son incapacité persiste depuis 1994. Elle affirme que la « réapparition » de sa lésion, en 2008, n'était pas véritablement une réapparition : le rapport de 2008 du D<sup>f</sup> Abraham ferait état de la nature continue de son incapacité, sans plus. Elle soutient subsidiairement, pour le cas où le droit à des prestations à compter de 1994 ne lui serait pas reconnu, qu'elle a droit à des prestations pour perte de gains à partir du 25 novembre 2008, date de la réapparition de la lésion.

## III. Norme de contrôle

- [10] L'appel qu'intente M<sup>me</sup> LeBreton s'appuie sur un droit d'appel d'origine législative. Ce droit provient 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 :

**21(12)** Any decision, order or ruling of the Appeals Tribunal shall be final, subject only to an appeal to the Court of Appeal involving any question as to its jurisdiction or any question of law.

**21(12)** Toute décision du Tribunal d'appel est définitive, sujet seulement à un appel devant la Cour d'appel concernant toute question de compétence ou de droit.

[11] Les questions que M<sup>me</sup> LeBreton soulève sont, ou des questions de fait, ou des questions mixtes de fait et de droit. Elle ne soulève pas de pure question de droit. Le Tribunal d'appel a tiré des conclusions de fait lorsqu'il a constaté : (i) que M<sup>me</sup> LeBreton n'était pas retournée au travail, en 1994, pour occuper un poste adapté; (ii) que son incapacité totale n'avait pas persisté de 1994 à aujourd'hui. Il a tranché une question mixte de fait et de droit lorsqu'il a conclu que M<sup>me</sup> LeBreton n'avait pas droit à des prestations pour perte de gains par suite de la réapparition de la lésion. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait est celle de l'erreur manifeste et dominante, alors que la norme applicable à la décision rendue sur une question mixte de droit et de fait est celle de la décision raisonnable. Les circonstances dans lesquelles une erreur de fait peut constituer une erreur de droit, pour l'application du par. 21(12), ont été résumées par le juge Drapeau, J.C.N.-B., dans *VSL Canada Ltée c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail et Duguay et autres*, 2011 NBCA 76, [2011] A.N.-B. n° 281 :

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

[Par. 29] [Soulignements dans l'original]

[12] Dans *Société canadienne des postes c. Carroll et Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick*, 2012 NBCA 18, [2012] A.N.-B. n° 50 (QL), le juge d'appel Robertson, au nom d'une Cour unanime, a esquissé un tableau de l'après-*Dunsmuir* au Nouveau-Brunswick (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] A.C.S. n° 9), en ce qui concerne les appels



que prévoit la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail* :

Comme on pouvait s'y attendre, la jurisprudence néo-brunswickoise reconnaît que les décisions des tribunaux administratifs portant sur une question mixte de droit et de fait [...] commandent la déférence suivant la norme de la décision raisonnable comme cela a été énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir*. La norme qui préside au contrôle des questions de fait est celle de l'erreur manifeste et dominante. Le contrôle des questions de fait concorde avec la notion qu'une erreur de fait manifeste et dominante représente une erreur de droit, ainsi qu'avec le par. 21(9) de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*.[.]

[C'est moi qui souligne.]

- [13] Le juge Robertson a invoqué *VSL Canada Ltée*, entre autres, à l'appui de la notion d'une coexistence de trois normes de contrôle pour l'application de la *Loi sur la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail* : (1) la norme de la décision correcte pour les pures questions de droit, (2) la norme de la décision raisonnable pour les questions mixtes de fait et de droit; (3) la norme de l'erreur manifeste et dominante pour les questions de fait (on pourra se reporter également à *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Société canadienne des postes c. Carroll et Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick*, par. 3; *City of Saint John c. Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick et Rowe*, 2008 NBCA 83, 338 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 213, par. 4; *Fundy Linen Service Inc. c. La Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail*, 2009 NBCA 13, 341 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 286, par. 12).

IV. Analyse

B. *Inaccomplissement d'un retour au travail en mars 1994 / persistance des effets de la lésion*

[14] Le Tribunal d'appel, pour ce qui est de l'inaccomplissement du retour au travail de M<sup>me</sup> LeBreton, qui n'avait accepté aucun des postes adaptés offerts, a pris en considération le rapport de M<sup>me</sup> Charron, les offres d'aménagement de l'employeur et le refus de M<sup>me</sup> LeBreton de faire l'essai de l'un ou l'autre des postes adaptés. Je ne suis pas convaincu que le Tribunal d'appel, étant donné le dossier dont il disposait, ait commis une erreur, encore moins une erreur manifeste et dominante, lorsqu'il a conclu que la lésion de M<sup>me</sup> LeBreton ne l'empêchait pas de mettre à l'essai l'un des postes adaptés.

[15] De même, le Tribunal d'appel ne me paraît pas avoir commis d'erreur manifeste et dominante lorsqu'il a jugé que l'incapacité totale de M<sup>me</sup> LeBreton n'avait pas persisté de 1994 à aujourd'hui. Je rappelle ici les observations du D<sup>r</sup> Abraham, qui, dans son rapport de 2008, relate que M<sup>me</sup> LeBreton s'est [TRADUCTION] « essayée à divers types d'emplois » et constate qu'une douleur [TRADUCTION] « récurrente à la jambe, du côté gauche, se manifeste lorsqu'elle marche » depuis quelque temps seulement. De plus, le médecin de famille de M<sup>me</sup> LeBreton, le D<sup>r</sup> Hudson, dans des rapports préparés en 2004 et en 2005, conclut à une capacité de travail sédentaire de sa patiente. Ces rapports définissent la [TRADUCTION] « capacité de travail sédentaire » comme la capacité de soulever des charges de 10 livres, ainsi que de marcher, de transporter et de soulever des choses à l'occasion. Ce sont des éléments de preuve supplémentaires sur lesquels le Tribunal d'appel était en droit de s'appuyer pour conclure que les périodes d'incapacité totale n'avaient pas été persistantes.

B. *Date de réapparition de la lésion*

[16] Le Tribunal d'appel, lorsqu'il a arrêté que la date de réapparition de la lésion était le 25 novembre 2008, s'est appuyé sur le rapport où le D<sup>r</sup> Abraham avait écrit : [TRADUCTION] « Depuis quelque temps, une douleur récurrente à la jambe, du

côté gauche, se manifeste lorsqu'elle marche ». À défaut d'autres éléments de preuve qui auraient permis de fixer la date de réapparition, le Tribunal d'appel n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en s'appuyant sur le rapport du D<sup>r</sup> Abraham.

C. *Perte de gains*

[17] Le paragraphe 38.1(1) de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13, énonce ce d'après quoi est déterminée l'indemnité que recevra un travailleur blessé :

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

“average earnings” means the daily, weekly, monthly, or regular remuneration that the worker was receiving at the time of the injury or recurrence of the injury, or receiving previously, or at the time of the loss of earnings, [...]

“average net earnings” means the average earnings of the worker less any income tax and premiums under the *Employment Insurance Act* and contributions under the *Canada Pension Plan* that would be payable by the worker based on those earnings;

“loss of earnings” means

(a) average net earnings, less

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

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

« salaire moyen » désigne le salaire quotidien, hebdomadaire, mensuel ou le salaire habituel que le travailleur recevait au moment de la lésion ou de la réapparition de la lésion ou avant ou encore à l'époque de la perte de gains [...]

« salaire moyen net » désigne le salaire moyen du travailleur moins l'impôt sur le revenu et les cotisations qu'il doit payer conformément à la *Loi sur l'assurance-emploi* et au *Régime de pensions du Canada* du fait de ces gains;

« perte de gains » désigne

a) le salaire moyen net, moins

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

“maximum annual earnings” means the amount set pursuant to subsection (3);

« salaire annuel maximum » désigne le montant fixé en vertu du paragraphe (3);

“pre-accident earnings” means the daily, weekly, monthly or regular remuneration that the worker was receiving at the time of the injury or recurrence of the injury, as may appear to the Commission best to represent the earnings of the worker;

« gains avant l’accident » désigne la rémunération quotidienne, hebdomadaire, mensuelle ou régulière que le travailleur recevait au moment de la lésion ou de la réapparition de la lésion qui, d’après la Commission, peut le mieux représenter les gains du travailleur;

[Emphasis is mine.]

[C’est moi qui souligne.]

[18] La politique n° 21-210, établie par la CSSIAT, formule des lignes directrices auxquelles la Commission et le Tribunal d’appel peuvent se reporter pour calculer le salaire moyen. Cette politique, qui n’est pas contestée en appel, prévoit notamment ce qui suit :

Travail sécuritaire NB détermine le salaire moyen d’un travailleur blessé en se servant de divers genres de revenus provenant de sources liées à l’emploi (rémunération) qui représentent le mieux sa perte de gains[.]

[...]

Pour déterminer le salaire moyen, Travail sécuritaire NB se sert des gains du travailleur au moment de la blessure, de la réapparition de la blessure ou de l’invalidité découlant d’une maladie professionnelle si ces gains représentent le mieux la perte de gains du travailleur.

Si les gains précédant immédiatement le moment de la blessure ne constituent pas la meilleure représentation de la perte de gains du travailleur blessé, Travail sécuritaire NB peut se servir d’une période allant jusqu’à 36 mois avant la date de la blessure pour établir des antécédents de gains qui représentent le mieux sa perte de gains.

[19] Malheureusement, à la date de la réapparition de la lésion, M<sup>me</sup> LeBreton n’avait aucun revenu. Elle n’avait rien gagné non plus au cours des 36 mois ayant précédé la réapparition. Le Tribunal d’appel a pris en compte les dispositions législatives pertinentes et la politique, appliqué le droit aux faits, et conclu que M<sup>me</sup> LeBreton n’avait

pas subi de perte de gains par suite de la réapparition de la lésion. Sa décision, sur cette question mixte de fait et de droit, a tout d'une décision raisonnable.

IV. Dispositif

[20] Encore que j'aie mis l'accent, dans mon analyse, sur la première partie du critère d'appréciation d'une erreur de fait adopté par le juge Drapeau, J.C.N.-B., dans *VSL Canada Ltée*, j'ajouterai que rien n'indique que le Tribunal d'appel ait omis de prendre en compte des renseignements importants ou que la décision soit le sous-produit d'une interprétation du dossier à laquelle aucune personne raisonnable ne souscrirait. Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel sans condamnation aux dépens.