



115-18-CA

WORKPLACE HEALTH, SAFETY AND
COMPENSATION COMMISSION

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

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

WORKERS' COMPENSATION APPEALS
TRIBUNAL, WENDY MacNEILL and THE
UNITED CHURCH HOME FOR SENIOR
CITIZENS, INC., doing business as DREW
NURSING HOME

TRIBUNAL D'APPEL DES ACCIDENTS AU
TRAVAIL, WENDY MacNEILL et THE UNITED
CHURCH HOME FOR SENIOR CITIZENS, INC.,
faisant affaire sous le nom de DREW NURSING
HOME

RESPONDENTS

INTIMÉS

Workplace Health, Safety and Compensation
Commission v. Workers' Compensation Appeals
Tribunal, MacNeill and the United Church Home
for Senior Citizens, Inc., doing business as Drew
Nursing Home, 2019 NBCA 26

Commission de la santé, de la sécurité et de
l'indemnisation des accidents au travail c. Tribunal
d'appel des accidents au travail, Wendy MacNeill
et The United Church Home for Senior Citizens,
Inc., faisant affaire sous le nom de Drew Nursing
Home, 2019 NBCA 26

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LaVigne

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge French
l'honorable juge LaVigne

Appeal from a decision of the Workers'
Compensation Appeals Tribunal:
August 24, 2018

Appel d'une décision du Tribunal d'appel des
accidents au travail:
le 24 août 2018

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
Unreported

Décision frappée d'appel :
inédite

Preliminary or incidental proceedings:
None

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appeal heard:
March 13, 2019

Appel entendu :
le 13 mars 2019

Judgment rendered:
March 13, 2019

Jugement rendu :
le 13 mars 2019

Reasons delivered:
October 24, 2019

Reasons for judgment:
The Honourable Justice French

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

Counsel at hearing:

For the appellant:
Matthew R. Letson

For the respondent Workers' Compensation
Appeals Tribunal:
Daniel P.L. Leger

Wendy MacNeill appeared in person

For the respondent The United Church Home for
Senior Citizens, Inc., doing business as Drew
Nursing Home:
No one appeared

THE COURT

On March 13, 2019, the appeal was dismissed with
reasons to follow. These are the reasons for
decision.

Motifs déposés :
le 24 octobre 2019

Motifs de jugement :
l'honorable juge French

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LaVigne

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :
Matthew R. Letson

Pour l'intimé le Tribunal d'appel des accidents au
travail:
Daniel P.L. Leger

Wendy MacNeill a comparu en personne

Pour l'intimé The United Church Home for Senior
Citizens, Inc., faisant affaire sous le nom de Drew
Nursing Home :
personne n'a comparu

LA COUR

L'appel a été rejeté le 13 mars 2019, avec motifs à
suivre. Voici ces motifs.

The judgment of the Court was delivered by

FRENCH, J.A.

I. Introduction

[1] Workplace Health, Safety and Compensation Commission appealed a decision of the Workers' Compensation Appeals Tribunal directing it to undertake a fresh Functional Capacity Assessment of Wendy MacNeill "in order to best assess [her] present abilities," and to conduct a "new deeming" assessment. We dismissed the Commission's appeal with reasons to follow. These are the reasons.

[2] The appeal targeted one aspect of the Tribunal's decision: the Commission viewed the Tribunal as having erroneously interpreted s. 38.11(12) of the *Workers' Compensation Act*, R.S.N.B. 1973, c. W-13, to require it to reduce or eliminate an injured worker's estimated capable earnings when there is a reduction in the injured worker's capacity to work, even if caused by an intervening, non-work-related personal condition. In this case, the Commission's position is that Ms. MacNeill's current inability to work is not caused by a worsening of her work-related injury, it is caused by a medical condition that arose after she had resumed employment (following a workplace injury in 2007). However, it was our view that the Tribunal did not make such a determination.

[3] The Tribunal's decision directing the Commission to conduct a functional capacity evaluation of Ms. MacNeill is grounded in its finding that the Commission's 2012 determination Ms. MacNeill is capable of performing the duties of a cashier, retail sales person/clerk, parking lot attendant or door attendant, does not properly reflect her "present capabilities." It was on this basis the Tribunal ordered the Commission to undertake a new assessment. Despite the parties submitting to the Tribunal their opposing positions on the matter of intervening non-compensable personal conditions and/or the application of s. 38.11(12), the Tribunal left for another day a determination of whether the admitted diminution of Ms. MacNeill's physical capabilities is related to a non-compensable

intervening medical condition, as the Commission claims. In short, as was argued before us, an appeal related to that issue is premature.

II. Background

[4] While working at a nursing home in November 2007, Ms. MacNeill injured her back when she caught a patient who was falling. Ms. MacNeill was unable to work, and the physician's report of the accident noted she had suffered sudden pain in her right lumbar area, which radiated into her right buttock. The Commission accepted Ms. MacNeill's claim for compensation for acute lower back strain.

[5] More than two and a half years later, in July 2010, the Commission concluded Ms. MacNeill was capable of working as a call centre agent. Estimating she could earn \$474 a week in such a position, an amount which exceeded 85% of her net pre-accident income from the nursing home, the Commission decided she was no longer entitled to long-term disability payments. Ms. MacNeill appealed this decision.

[6] In February 2012, the Appeals Tribunal accepted Ms. MacNeill's claim that the deemed occupation of call centre agent was unsuitable. The Commission then conducted a functional capacity evaluation, and, in April 2012, it concluded Ms. MacNeill was capable of working a full day at light level duties. Based on this, the Commission deemed Ms. MacNeill capable of working as a cashier, retail sales person/clerk, parking lot attendant or door attendant. While Ms. MacNeill did not secure employment in any of those positions, she found work as an adult care worker, earning \$10 per hour. The income from this employment was less than 85% of Ms. MacNeill's pre-accident earnings and the Commission paid the difference as long-term disability benefits; that is, less than \$30 per week, or \$124.73 per month.

[7] In 2014, Ms. MacNeill suffered septic shock and was hospitalized. After this unfortunate incident, Ms. MacNeill did not return to work. As noted above, the

Commission's position, at least to this point, is that the lingering consequences of this misfortune is the cause of Ms. MacNeill's current reduced capacity to work.

[8] Ms. MacNeill requested the Commission review the level of her disability benefits. The Commission advised Ms. MacNeill it was leaving her "estimated capable earnings or deeming [...] unchanged" because there was "no objective medical information on file with respect to your compensable injury to support a review or reassessment of your estimated capable earnings or of your functional capacity at this time." In its letter dated January 26, 2016, the Commission also summarized its assessment of Ms. MacNeill's work-related injury:

Your file was reviewed in detail with the assistance of a medical advisor for WorkSafeNB. Based on this review, you sustained a low back injury in November 2007 resulting in a small right-sided L3 – L4 disc protrusion and small left paracentral disc protrusion at L5 – S1. You were seen in consultation by Dr. J. P. Daigle, orthopedic surgeon, who did not recommend surgery. You also participated in various treatments including: attending the Work Recovery Program; Harrisville Pain Clinic with Dr. Ken Porter; diagnostic blocks with Dr. Tom Evans; radiofrequency denervation of facet joints with Dr. Koshi, physiatrist. Your family physician, Dr. Veronique Robichaud, reports that back pain appears to have been stable over the last few years.

[9] Ms. MacNeill subsequently provided further information from her physician (a letter from Dr. Robichaud dated April 6, 2016). The Commission responded to this by advising Ms. MacNeill (by letter dated December 14, 2016) that it would not change its earlier decision since there was no new information to warrant a review of her "estimated capable earnings or of [her] functional capacity in relation to [her] work related injury."

[10] Ms. MacNeill then requested the Commission's Issues Resolution Office to review her claim. Following its review, that office advised Ms. MacNeill (by letter dated February 15, 2017) it had concluded "the recent changes to your physical abilities are due to a personal condition not the work-related injury" and it confirmed the Commission's

December 2016 decision. This is the decision Ms. MacNeill appealed to the Tribunal. The letter from the Issues Resolution Office states:

You have requested a review of your long-term disability benefits. You feel that as a result of a decline in your physical abilities, the suitable occupation of “sales clerk” and the associated estimated capable earnings are no longer appropriate. WorksafeNB has declined this request.

[...]

The evidence does not support that any recent changes to your physical abilities are the result of your work-related lower back injury. The evidence supports that in 2014 you went into septic shock, which resulted in significant medical interventions and ongoing physical complications. Although your family physician has noted an increase in leg pain following the septic shock, the evidence from your orthopedic surgeon, multidisciplinary treatment team, physiatrist, anesthesiologist and former family physician does not support that your work-related injury resulted in leg pain – your symptoms were localized to your lower back region and right buttock area.

Therefore, WorksafeNB will not reassess the suitable occupation of “sales clerk” or the associated estimated capable earnings, as the recent changes to your physical abilities are due to a personal condition not the work-related injury. As a result, there will be no changes to your partial long-term disability benefits.

CONCLUSION

The decision from December 14, 2016 is confirmed. As the evidence supports changes in your physical abilities are due to a personal condition and not your work-related injury, your suitable occupation and its associated estimated capable earnings will remain in effect at this time. As a result, there will be no changes to your partial long term disability benefits

[11] An additional letter from Dr. Robichaud, dated January 18, 2018, was provided to the Commission by Ms. MacNeill. This did not cause the Commission to change its position and it advised Ms. MacNeill of such by letter dated February 13, 2018.

[12] Ms. MacNeill's appeal to the Tribunal was heard on May 31, 2018. She was represented by a workers' advocate. Speaking to her position before the Tribunal, Ms. MacNeill stated:

[...] I have been asking for a functional capacity test since then, since 2014 or before, because I feel that yes, I do have these issues with septic shock, but I will be the first one to tell you if my legs are bothering me, or if it's my back that's bothering me. And although we all know the saying, you know, the song there, the hip bone is connected to whatever [...] so yeah, of course, my back is going to be – I can't say that word, but exacerbated –

[...] However, on the 25th of May, which is not in my file right now, I just went to see Dr. Robichaud, and there is going to be a letter, and I know we can't use this, but there is going to be a letter into WorksafeNB clarifying that is not because of septic shock that I cannot be working, it is specifically because of my back injury. I am currently going to physiotherapy. And when I met with the physiotherapist [...] and] she palpated my back and her jaw dropped open. She said she has never seen an issue such as mine and she can't understand why all of this stuff is happening [...]

[...] They can't – yes, there is paperwork from doctors that said that it's stable, but again my doctor is going to be doing that, because I said to her, you know, on the 25th when I was there, I said listen, have I not been telling you since I have been your patient 2012 that the issue is the exact same, that it is my lower back, right-hand side, that my back swells, that I can't sweep and mop the floor in the same day, that I can't get dressed myself, that I can't dust my furniture, she said yes. I said please send that to Compensation, because that is what they are saying. [...]

[Transcript, May 31, 2018, pp. 71-75]

[13] The Tribunal directed “that a new FCE be conducted in order to best assess [Ms. MacNeill's] present abilities and a new deeming be conducted.” It stated:

As Dr. Robichaud's letter raises significant issues regarding [Ms. MacNeill's] ability to work, I direct that a new FCE be conducted in order to best assess [Ms. MacNeill's] present abilities and a new deeming be conducted. I find that the present deemed occupation does not properly reflect [Ms. MacNeill's] present capabilities and base this finding on statements within the Commission's decision letters. I direct that pending a new deeming, that [Ms. MacNeill] be restored to full benefits retroactive to January 20, 2016.

III. Grounds of Appeal

[14] The Commission's written submission on appeal identifies one question: is the Commission required, in its annual review of loss of earnings benefits pursuant to s. 38.11(12), to reduce or eliminate an injured worker's estimated capable earnings as a result of that worker's non-compensable personal condition?

IV. Analysis

[15] As noted above, we concluded the Tribunal did not decide the question identified by the Commission in its appeal. However, in view of the Tribunal's decision summarizing the parties' positions on that issue, without elaboration, it is understandable how the Commission could, out of an abundance of caution, have a concern.

[16] The Tribunal's decision notes Ms. MacNeill's position, as presented by the workers' advocate, is that "[w]hen a claimant is deemed by the Commission to be able to do a job, the claimant must continue to be able to perform that job, notwithstanding non-compensable intervening conditions." The decision notes the Commission's position, as stated by its regional director, is that "[t]he Commission is responsible to determine a deemed occupation and subsequent personal intervening non-compensable conditions need not be taken into account." The decision also explains that the Commission maintains "a deemed occupation is appropriate so long as the claimant was capable of doing the job at the time of deeming."

[17] The only express comment made by the Tribunal respecting these positions is in relation to the Commission's assertion that a deemed occupation is appropriate "so long as the claimant was capable of doing the job at the time of deeming." The Tribunal rejects this, stating it ignores the plain language of s. 38.11(12), and indicates the Commission is required to determine "that a claimant is capable of performing a deemed occupation on an annual basis, [or] when such ability is challenged." This finding is not the object of the appeal.

[18] The Tribunal did not accept Ms. MacNeill's position that "[w]hen a claimant is deemed by the Commission to be able to do a job, the claimant must continue to be able to perform that job, notwithstanding non-compensable intervening conditions." Nor did the Tribunal make any findings with respect to the degree of Ms. MacNeill's inability to work or whether any such new limitations were caused by the 2007 work-related injury or a non-compensable personal condition. It certainly made no express determination of whether the Commission is required to reduce an injured worker's estimated capable earnings as a result of a non-compensable personal condition, and no such finding can be read into its decision.

[19] Although somewhat unique, we know the Tribunal does not advance a different assessment of its decision. The Commission's Notice of Appeal named the Workers' Compensation Appeals Tribunal as a Respondent and the Tribunal appeared at the appeal, and it filed a written submission. Given the limited issues, we did not address the issue of standing and, by agreement, acknowledged the Tribunal's position that its decision did not determine the issue raised on appeal.

[20] In summary, there is no dispute that, if the issue raised by the Commission arises after the assessment directed by the Tribunal, it will be determined at that time.

V. Conclusion

[21] It is for these reasons that I joined my colleagues in dismissing this appeal.

[22] Ms. MacNeill, who was not represented by counsel before us, requested costs. I would order the Commission pay her reasonable disbursements.

LE JUGE FRENCH

I. Introduction

[1] Notre Cour était saisie d'un appel formé par la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail contre une décision du Tribunal d'appel des accidents au travail lui ordonnant d'entreprendre une nouvelle évaluation des capacités fonctionnelles de Wendy MacNeill [TRADUCTION] « dans le but d'évaluer le plus exactement possible ses capacités actuelles » et de procéder à une évaluation qui aboutirait à un [TRADUCTION] « nouveau jugement de l'aptitude au travail ». Nous avons rejeté l'appel et indiqué que des motifs suivraient. Voici ces motifs.

[2] L'appel visait un aspect précis de la décision du Tribunal : la Commission était d'avis que le Tribunal avait donné du par. 38.11(12) de la *Loi sur les accidents du travail*, L.R.N.-B. 1973, ch. W-13, une interprétation erronée qui exige qu'elle réduise ou élimine, si la capacité de travail d'un travailleur blessé diminue, le montant des gains estimatifs que le travailleur est en mesure de tirer, et ce, même si la diminution de capacité de travail a pour cause l'entrée en jeu d'une condition médicale personnelle qui n'est pas liée au travail. La Commission soutient en l'espèce que l'incapacité de travail actuelle de M^{me} MacNeill a pour cause, non pas l'aggravation d'une lésion liée au travail, mais une condition médicale intervenue après qu'elle a recommencé à travailler (à la suite d'une blessure subie au travail en 2007). Nous étions cependant d'avis que le Tribunal n'avait pas rendu une décision en ce sens.

[3] La décision du Tribunal ordonnant à la Commission de procéder à une évaluation des capacités fonctionnelles de M^{me} MacNeill se fonde sur sa conclusion que la décision rendue par la Commission en 2012, qui jugeait M^{me} MacNeill en mesure d'exercer les fonctions de caissière, de vendeuse ou de commis-vendeuse en commerce de détail, de portière ou de préposée de terrain de stationnement, ne s'accorde pas de façon appropriée

avec [TRADUCTION] « ce que [M^{me} MacNeill] est en mesure de faire actuellement ». C'est sur le fondement de cette conclusion que le Tribunal a ordonné à la Commission d'entreprendre une nouvelle évaluation. Il a reporté à une autre occasion, en dépit de la présentation des thèses opposées des parties sur la question de l'entrée en jeu de conditions personnelles non indemnisables ou de l'application du par. 38.11(12), une décision sur l'existence d'un lien entre la diminution admise des capacités physiques de M^{me} MacNeill et l'entrée en jeu d'une condition médicale non indemnisable, lien que suppose la Commission. Bref, il a été avancé avec raison, lors du débat, qu'il est prématuré de former un appel sur ce point.

II. Contexte

[4] M^{me} MacNeill travaillait dans un foyer de soins, en novembre 2007, quand elle s'est blessée au dos en empêchant un patient de tomber. Elle s'est trouvée incapable de travailler; le rapport du médecin sur l'accident indiquait qu'elle avait été en proie à une douleur soudaine dans la région lombaire, du côté droit, qui s'était propagée dans la fesse droite. La Commission a admis la réclamation d'indemnité que M^{me} MacNeill a présentée pour entorse lombaire aiguë.

[5] Plus de deux ans et demi après, en juillet 2010, la Commission a conclu que M^{me} MacNeill était en mesure d'occuper un emploi d'agente de centre d'appels. Parce qu'elle estimait que M^{me} MacNeill pouvait tirer de ce poste des gains de 474 \$ par semaine, montant qui dépassait 85 % du revenu net gagné au foyer de soins avant l'accident, la Commission a décidé qu'elle n'avait plus droit à des prestations d'invalidité à long terme. M^{me} MacNeill a appelé de cette décision.

[6] En février 2012, le Tribunal d'appel a donné raison à M^{me} MacNeill et reconnu que l'emploi jugé convenable d'agente de centre d'appels ne convenait pas. La Commission a ensuite procédé à une évaluation des capacités fonctionnelles et a conclu, en avril 2012, que M^{me} MacNeill était en mesure d'accomplir des journées complètes de tâches légères. Elle a jugé que M^{me} MacNeill, de ce fait, était en mesure d'occuper un

emploi de caissière, de vendeuse ou de commis-vendeuse en commerce de détail, de portière ou de préposée de terrain de stationnement. M^{me} MacNeill n'a pu obtenir de travail du genre, mais elle est entrée dans un emploi de préposée aux soins aux adultes qui lui rapportait 10 \$ l'heure. Le revenu qu'il procurait à M^{me} MacNeill représentait moins de 85 % de ses gains avant l'accident et la Commission lui a versé la différence, soit 30 \$ par semaine ou 124,73 \$ par mois, sous forme de prestations d'invalidité à long terme.

[7] En 2014, M^{me} MacNeill a été victime d'un choc septique et elle a dû être hospitalisée. Après cet événement malheureux, elle n'a pas repris son emploi. Ainsi que nous l'avons vu, la Commission soutient, à ce stade du moins, que les séquelles de ce mal sont la cause de l'actuelle capacité de travail réduite de M^{me} MacNeill.

[8] M^{me} MacNeill a demandé à la Commission une révision du montant de ses prestations d'invalidité. La Commission l'a informée de sa décision : [TRADUCTION] « [L]es gains estimatifs que vous êtes en mesure de tirer, ou le jugement de l'aptitude au travail, demeurent inchangés », parce que [TRADUCTION] « le dossier n'apporte pas de renseignements médicaux objectifs, relativement à la lésion indemnisable que vous avez subie, qui justifieraient une révision ou une réévaluation, à l'heure actuelle, des gains estimatifs que vous êtes en mesure de tirer ou de vos capacités fonctionnelles ». Dans sa lettre du 26 janvier 2016, la Commission a aussi résumé son évaluation de la lésion liée au travail subie par M^{me} MacNeill :

[TRADUCTION]

Un examen détaillé de votre dossier a été réalisé avec le concours d'un médecin-conseil de Travail sécuritaire NB. Il est ressorti de cet examen que vous avez subi, en novembre 2007, une lésion au bas du dos se manifestant par une légère hernie discale L3-L4 droite et par une légère hernie discale paracentrale L5-S1 gauche. Vous avez consulté un chirurgien orthopédiste, le D^r J.-P. Daigle, lequel n'a pas recommandé d'opérer. En plus de participer au Programme de rétablissement, vous vous êtes prêtée aux traitements du D^r Ken Porter, à la Harrisville Pain Clinic, à des blocages diagnostiques opérés par le D^r Tom Evans, ainsi qu'à une dénervation par radiofréquence des facettes articulaires réalisée par un physiatre, le D^r Koshi. Votre

médecin de famille, la D^{re} Véronique Robichaud, écrit que la douleur au dos semble stable depuis quelques années.

[9] Par la suite, M^{me} MacNeill a produit des renseignements complémentaires venus de sa médecin (lettre de la D^{re} Robichaud datée du 6 avril 2016). La Commission a donné suite en informant M^{me} MacNeill (par lettre datée du 14 décembre 2016) qu'elle ne modifierait pas sa décision antérieure, étant donné l'absence de renseignements nouveaux justifiant une révision des [TRADUCTION] « gains estimatifs [qu'elle] est en mesure de tirer ou [de ses] capacités fonctionnelles, relativement à la lésion liée au travail ».

[10] Puis, M^{me} MacNeill a demandé au Bureau de résolution de problèmes de la Commission un examen de sa réclamation. L'examen achevé, le Bureau l'a informée (par lettre datée du 15 février 2017) de ses conclusions : [TRADUCTION] « [L]es changements récents que vos capacités physiques ont subis sont imputables à une condition personnelle, et non à la lésion liée au travail », et il a confirmé la décision de décembre 2016 de la Commission. Cette décision est celle que M^{me} MacNeill a portée en appel devant le Tribunal. Extraits de la lettre du Bureau de résolution de problèmes :

[TRADUCTION]

Vous avez demandé un examen des prestations d'invalidité à long terme que vous recevez. Vous estimez que ne sont plus appropriés, du fait de la diminution de vos capacités physiques, l'emploi convenable de [TRADUCTION] « commis-vendeuse » et les gains estimatifs qu'un travailleur est en mesure de tirer de cet emploi. Travail sécuritaire NB a rejeté votre demande.

[...]

La preuve n'établit pas que les changements récents que vos capacités physiques peuvent avoir subis résultent de la lésion au bas du dos liée à votre travail. La preuve indique que vous avez été victime d'un choc septique en 2014, lequel a amené des interventions médicales importantes et des complications persistantes. Votre médecin de famille a relevé un accroissement de la douleur aux jambes après le choc septique, mais la preuve qu'ont apportée l'équipe de traitement multidisciplinaire, de même que vos chirurgien orthopédiste, psychiatre, anesthésiologiste et ex-médecin de

famille, n'indique pas que la lésion liée à votre travail se soit traduite par une douleur aux jambes – vos symptômes se manifestaient dans les régions du bas du dos et de la fesse droite.

En conséquence, Travail sécuritaire NB ne révisera, ni l'emploi jugé convenable de [TRADUCTION] « commis-vendeuse », ni les gains estimatifs qu'est en mesure de tirer un travailleur occupant cet emploi, étant donné que les changements récents que vos capacités physiques ont subis sont imputables à une condition personnelle, et non à la lésion liée au travail. Vos prestations d'invalidité à long terme partielle ne changeront donc pas.

CONCLUSION

La décision du 14 décembre 2016 est confirmée. Puisque la preuve indique que les changements qui se sont opérés dans vos capacités physiques sont imputables à une condition personnelle, et non à la lésion liée à votre travail, l'emploi jugé convenable et les gains estimatifs qu'un travailleur est en mesure d'en tirer sont maintenus à ce stade. Vos prestations d'invalidité à long terme partielle ne changeront donc pas.

[11] Une autre lettre de la D^{re} Robichaud, datée cette fois du 18 janvier 2018, a été remise à la Commission par M^{me} MacNeill. La Commission a informé M^{me} MacNeill, par lettre datée du 13 février 2018, que cet envoi ne l'avait pas amenée à revenir sur sa décision.

[12] Le Tribunal a entendu l'appel de M^{me} MacNeill le 31 mai 2018. Elle était représentée par un défenseur du travailleur. M^{me} MacNeill a témoigné au soutien de ses prétentions devant le Tribunal :

[TRADUCTION]

[...] je réclame une évaluation des capacités fonctionnelles depuis ce moment-là, depuis 2014 ou même avant, parce que j'estime que, oui, en effet, j'ai des problèmes associés au choc septique, mais je serai la première à le dire si une douleur aux jambes me fait souffrir ou si c'est mon dos qui me fait souffrir. Bien qu'on sache que les parties du corps sont liées entre elles, comme le dit la chanson, *The hip bone*

is connected to [l'os iliaque est relié à] peu importe [...] alors oui, évidemment, la douleur au dos sera... je ne peux pas dire ce mot, mais exacerbée[.]

[...] Cependant, le 25 mai, mon dossier ne l'indique pas pour le moment, je suis allée voir la D^{re} Robichaud, et il va y avoir une lettre, et je sais qu'elle ne peut pas nous servir, mais il va y avoir une lettre, envoyée à Travail sécuritaire NB, qui expliquera que, si je ne peux pas travailler, ce n'est pas à cause du choc septique, mais précisément de ma blessure au dos. Je suis actuellement une physiothérapie. Et quand j'ai rencontré la physiothérapeute [...] elle a palpé mon dos et elle n'en revenait pas. Elle a dit qu'elle n'avait jamais vu un cas comme le mien et elle ne comprend pas pourquoi toutes ces choses arrivent[.]

[...] Ils ne peuvent pas... oui, il y a des documents des médecins qui disent que c'est stable, mais, encore une fois, ma médecin le fera, parce que je lui ai dit, vous savez, le 25 quand j'étais là-bas, je lui ai dit, écoutez, est-ce que je ne vous répète pas depuis que je suis votre patiente, 2012, que le problème est exactement le même, que c'est le bas de mon dos, du côté droit, que mon dos enfle, que je ne peux pas balayer le plancher et le laver à la vadrouille le même jour, que je ne peux pas m'habiller seule, que je ne peux pas épousseter mes meubles? Elle a répondu oui. Je lui ai dit s'il vous plaît, envoyez ça aux Accidents du travail, parce que c'est ce qu'ils disent [...]

[Transcription, le 31 mai 2018, p. 71 à 75]

- [13] Le Tribunal a ordonné [TRADUCTION] « une nouvelle évaluation des capacités fonctionnelles, dans le but d'évaluer le plus exactement possible [les] capacités actuelles [de M^{me} MacNeill], et la formulation d'un nouveau jugement de l'aptitude au travail ». Nous citons ses motifs :

[TRADUCTION]

Comme la lettre de la D^{re} Robichaud soulève des questions primordiales en ce qui concerne la capacité de travail de [M^{me} MacNeill], j'ordonne une nouvelle évaluation des capacités fonctionnelles, afin d'évaluer le plus exactement possible ses capacités actuelles, et la formulation d'un nouveau jugement de l'aptitude au travail. Je conclus que l'actuel emploi jugé convenable ne s'accorde pas de façon appropriée avec ce que [M^{me} MacNeill] est en mesure de

faire actuellement, conclusion que je fonde sur divers énoncés des lettres de décision de la Commission. J'ordonne, en attendant le nouveau jugement de l'aptitude au travail, le rétablissement rétroactif intégral, à compter du 20 janvier 2016, des prestations de [M^{me} MacNeill].

III. Moyens d'appel

[14] Le mémoire d'appel de la Commission soumet une unique question : la Commission est-elle tenue, lors de la révision annuelle des prestations pour perte de gains à laquelle elle procède en conformité avec le par. 38.11(12), de réduire ou d'éliminer le montant des gains estimatifs qu'un travailleur blessé est en mesure de tirer du fait de la condition personnelle non indemnisable qui le frappe?

IV. Analyse

[15] Comme l'indiquent plus haut les présents motifs, nous avons conclu que le Tribunal n'avait pas rendu de décision sur la question que la Commission soumet en appel. Cependant, vu la décision du Tribunal, qui résume les thèses des parties sur ce point sans apporter de précisions, il est compréhensible que la Commission, animée par une profonde prudence, ait pu avoir des préoccupations.

[16] Dans ses motifs, le Tribunal énonce la thèse de M^{me} MacNeill, présentée par le défenseur du travailleur : [TRADUCTION] « Lorsque la Commission juge que la personne qui réclame une indemnité a la capacité d'occuper un emploi, il est nécessaire que cette personne demeure capable d'occuper l'emploi et cette nécessité subsiste malgré que des conditions non indemnisables entrent en jeu ». Il énonce aussi la thèse de la Commission, formulée par sa directrice de région : [TRADUCTION] « La Commission est chargée de décider d'un emploi jugé convenable et il n'est pas nécessaire de prendre en compte les conditions personnelles ultérieures non indemnisables qui entrent en jeu. » Il explique ensuite que la Commission affirme qu'[TRADUCTION] « un emploi jugé convenable est approprié pourvu que la personne qui réclame une indemnité ait été en mesure de l'occuper au moment du jugement de l'aptitude au travail ».

[17] La seule observation expresse que le Tribunal ait formulée au sujet de ces thèses touche l'affirmation de la Commission voulant qu'un emploi jugé convenable soit approprié [TRADUCTION] « pourvu que la personne qui réclame une indemnité ait été en mesure de l'occuper au moment du jugement de l'aptitude au travail ». Le Tribunal a rejeté cette affirmation pour le motif qu'elle ne prenait pas en considération le texte clair du par. 38.11(12), et elle a fait remarquer que la Commission est tenue de déterminer [TRADUCTION] « chaque année, [ou] lorsque la capacité d'exercer l'emploi jugé convenable est contestée, si la personne qui réclame une indemnité est en mesure de l'exercer ». L'appel n'attaque pas cette conclusion.

[18] Le Tribunal n'a pas retenu la thèse avancée par M^{me} MacNeill, thèse selon laquelle, rappelons-le, [TRADUCTION] « [l]orsque la Commission juge que la personne qui réclame une indemnité a la capacité d'occuper un emploi, il est nécessaire que cette personne demeure capable d'occuper l'emploi et cette nécessité subsiste malgré que des conditions non indemnisables entrent en jeu ». Il n'a pas non plus tiré de conclusion sur le degré de l'incapacité de travail de M^{me} MacNeill, ou de conclusion qui aurait établi si les nouvelles limites qu'elle pouvait connaître avaient pour cause la lésion liée au travail de 2007 ou une condition personnelle non indemnisable. Il n'a certainement pas décidé expressément si la Commission est tenue de réduire, en conséquence de l'entrée en jeu d'une condition personnelle non indemnisable, le montant des gains estimatifs qu'un travailleur blessé est en mesure de tirer d'un emploi, et l'on ne peut donner de sa décision une interprétation lui prêtant une conclusion en ce sens.

[19] Malgré qu'elle soit plutôt unique, nous savons que le Tribunal ne donne pas une appréciation différente de sa décision. L'avis d'appel de la Commission constitue intimé le Tribunal d'appel des accidents au travail, et le Tribunal a comparu à l'audition de l'appel et déposé un mémoire. Vu la portée restreinte des points en litige, nous n'avons pas abordé la question de la qualité pour agir; il a été convenu que nous prendrions acte de la thèse du Tribunal, qui soutient que sa décision ne tranche pas la question soulevée en appel.

[20] En résumé, il est admis que, si la question soulevée par la Commission se pose une fois réalisée l'évaluation ordonnée par le Tribunal, elle sera alors tranchée.

V. Conclusion

[21] Les motifs qui précèdent sont ceux pour lesquels mes collègues et moi avons rejeté l'appel.

[22] M^{me} MacNeill, qui n'était pas représentée par un avocat devant notre Cour, a demandé des dépens. Je suis d'avis d'ordonner que la Commission lui paie ses débours raisonnables.