

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

27-12-CA

ALBERT JOHN GAY, KIMBERLEY ANN  
DOYLE and JAMES BLISS WILSON

APPELLANTS

- and -

REGIONAL HEALTH AUTHORITY 7, a  
corporation incorporated under the laws of the  
Province of New Brunswick

RESPONDENT

- and -

DR. RAJGOPAL S. MENON

RESPONDENT

Gay et al. v. Regional Health Authority 7 and Dr.  
Menon, 2014 NBCA 10

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau  
The Honourable Justice Deschênes  
The Honourable Justice Robertson

Appeal from a decision of the Court of Queen's  
Bench:  
March 8, 2012

History of Case:

Decision under appeal:  
2012 NBQB 88

Preliminary or incidental proceedings:  
2013 NBCA 10

Appeal heard:  
January 16, June 11, 12 and 13, 2013

Judgment rendered:  
February 27, 2014

ALBERT JOHN GAY, KIMBERLEY ANN  
DOYLE et JAMES BLISS WILSON

APPELANTS

- et -

RÉGIE RÉGIONALE DE LA SANTÉ 7, personne  
morale constituée en vertu des lois de la Province  
du Nouveau-Brunswick

INTIMÉE

- et -

D<sup>r</sup> RAJGOPAL S. MENON

INTIMÉ

Gay et autres c. Régie régionale de la santé 7 et  
D<sup>r</sup> Menon, 2014 NBCA 10

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau  
l'honorable juge Deschênes  
l'honorable juge Robertson

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la  
Reine :  
le 8 mars 2012

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :  
2012 NBBR 88

Procédures préliminaires ou accessoires :  
2013 NBCA 10

Appel entendu :  
le 16 janvier, les 11, 12 et 13 juin 2013

Jugement rendu :  
le 27 février 2014

Reasons delivered:  
May 8, 2014

Motifs déposés :  
le 8 mai 2014

Joint reasons for judgment by:  
The Honourable Chief Justice Drapeau and  
The Honourable Justice Deschênes

Motifs de jugement conjoints :  
l'honorable juge en chef Drapeau et  
l'honorable juge Deschênes

Dissenting reasons by:  
The Honourable Justice Robertson

Motifs dissidents :  
l'honorable juge Robertson

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellant:  
Chesley F. Crosbie, Q.C., Michael F. Donovan,  
Q.C., and Raymond F. Wagner, Q.C.

Pour les appelants :  
Chesley F. Crosbie, c.r., Michael F. Donovan, c.r.,  
et Raymond F. Wagner, c.r.

For the respondent Regional Health Authority 7:  
David T. Hashey, Q. C., Catherine M. Bowlen,  
and Philippe M. Frenette

Pour l'intimée, la Régie régionale de la santé 7 :  
David T. Hashey, c.r., Catherine M. Bowlen et  
Philippe M. Frenette

For the respondent Dr. Menon:  
Charles A. LeBlond, Q.C., Catherine A. Fawcett,  
and Mary M. Thomson

Pour l'intimé, le D<sup>r</sup> Menon :  
Charles A. LeBlond, c.r., Catherine A. Fawcett et  
Mary M. Thomson

#### THE COURT

#### LA COUR

The dismissal of the appellants' motion for certification in the Court of Queen's Bench is the result of reversible error. The appeal is allowed with costs, Robertson, J.A., dissenting. The Court orders certification of the underlying action as a class proceeding. The Court's order also prescribes the terms required under ss. 10(1)(a) (class definition), 10(1)(b) (appointment of class representative), 10(1)(c) (statement of nature of the claims), 10(1)(d) (statement of relief sought), and 10(1)(e) (specification of common issue). The other terms under s. 10(1) stand to be determined by the Court of Queen's Bench. Of course, and as all stakeholders know full well, the Court's order does not determine the merits of the action but simply allows it to go forward as a class proceeding.

Le rejet de la motion en certification déposée par les appelants devant la Cour du Banc de la Reine est le fruit d'une erreur justifiant l'infirmité de la décision. L'appel est accueilli avec dépens, le juge d'appel Robertson étant dissident. La Cour ordonne la certification de l'action sous-jacente à titre de recours collectif. L'ordonnance de la Cour prescrit également les conditions requises en vertu des al. 10(1)a) (définition du groupe), 10(1)b) (nomination du représentant du groupe), 10(1)c) (énoncé de la nature des demandes), 10(1)d) (énoncé des mesures de redressement demandées), et 10(1)e) (énoncé des questions communes). Il appartiendra à la Cour du Banc de la Reine de se prononcer sur les autres conditions énumérées au par. 10(1). Bien entendu, et comme le savent fort bien toutes les parties intéressées, l'ordonnance de la Cour ne tranche pas le fond de l'action mais permet simplement son instruction à titre de recours collectif.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, C.J.N.B. and DESCHÊNES, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal is all about procedure, more precisely the procedure applicable to class action certification. As is typically the case, the procedural skirmish traces its genesis to a plea of wrongdoing.

[2] Broadly stated, the complaint here is that all members of the proposed Class (more than 15,000 patients of the Miramichi Regional Hospital) incurred expenses and suffered harm as a result of systemic failures attributable to malpractice on the respondents' part in the organization, management and operation of the Regional Hospital's pathology department and laboratory. Thus, it is alleged in the Amended Statement of Claim that Dr. Rajgopal S. Menon, over the course of more than a decade in the employ of Regional Health Authority 7, whether as Chief of Pathology, Director of Clinical Laboratory Services, or as an anatomical pathologist at the Miramichi Regional Hospital, performed his work in such substandard fashion that his employer, sometime after becoming aware of the magnitude of the problem, concluded broad remedial action was required for the safety of its patients. That remedial action featured an independent review of Dr. Menon's work, including a re-examination of the specimens he examined and reported on over the course of his employ. It also involved notifying, directly or indirectly, the members of the proposed Class: (1) of the wholesale review of Dr. Menon's work, including his assessment of their particular specimen(s); and (2) implicitly, if not explicitly, of the risk that a previous cancer-related diagnosis may have been erroneous.

[3] It is also asserted in the Amended Statement of Claim that all proposed Class members, whether the initial diagnosis based on Dr. Menon's pathology work was eventually confirmed or not, suffered from mental distress and anxiety to a degree

compensable at law and that each incurred out-of-pocket expenses as a direct result of the Regional Hospital's remedial action and the prompting substandard professional services provided by Dr. Menon. As well, the Amended Statement of Claim features the allegation that the diagnosis for some patients turned out to be wrong and the product of negligence on Dr. Menon's part in the examination and assessment of their particular specimen(s) and that, as a result, those members of the proposed Class sustained even greater harm, losses and expenses. At any rate, special (out-of-pocket expenses), general and aggravated damages are sought on behalf of all members of the proposed Class. The causes of action asserted in the Amended Statement of Claim are founded in tort, breach of contract, breach of fiduciary duties and "equitable fraud".

[4] The motion for certification of the action as a class proceeding was vigorously opposed on every conceivable basis, whether germane or not, by both Dr. Menon and the Regional Hospital. Ultimately, the motion judge sided with them (see *Gay et. al. v. Regional Health Authority 7 et al.*, 2012 NBQB 88, 389 N.B.R. (2d) 150). Few would disagree with this suggestion: as a practical matter, it is unlikely that, absent appellate intervention, Dr. Menon and the Regional Hospital will ever have to answer in a court of law for the troubling allegations of misconduct found in the Amended Statement of Claim.

[5] Class action legislation has been part of the legal landscape of this Province since 1982, beginning with Rule 14, a provision that admittedly suffered from sketchiness and vagueness. Since mid-2007, class actions are governed by statute. An action has yet to be certified as a class proceeding under the original statute or its successor, the *Class Proceedings Act*, R.S.N.B. 2011, c. 125, the Court of Queen's Bench having declined certification in all contested cases submitted for its consideration (see *Bryson v. Canada (Attorney General)*, 2009 NBQB 204, 353 N.B.R. (2d) 1; *O'Neill v. St-Isidore Asphalte Ltee*, 2013 NBQB 72, 400 N.B.R. (2d) 111; and the case at bar).

[6] Without in any way impugning the correctness or reasonableness of the first two decisions, that history stands in stark contrast with the Supreme Court of Canada's record of liberal interpretation and generous application of certification

legislation to a wide array of alleged mass wrongdoing: *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184, *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] S.C.J. No. 57 (QL), *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] S.C.J. No. 58 (QL), *Infineon Technologies AG v. Option consommateurs*, 2013 SCC 59, [2013] S.C.J. No. 59 (QL), and *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] S.C.J. No. 69 (QL). It should go without saying that all courts are duty bound to do more than pay lip service to the principles that emanate from that authoritative jurisprudence.

[7] The present appeal raises the usual threshold issue, which is whether, having regard to the accepted standards of review, the motion judge committed reversible error in dismissing the motion for certification. The appellants contend he did and for the reasons that follow, we respectfully agree and conclude a certification order ought to have been granted. Bluntly put, our view is that, if certification is not appropriate in a case such as the present one, informed observers might be forgiven for wondering if the *Class Proceedings Act* is not merely a *trompe l'oeil* in terms of access to justice for innocent victims of systemic failures whose harm and expenses are relatively modest (see *AIC Limited*, paras. 22-34). There will always be an argument against certification. However, no objection can be rooted in the substantive merits of the action, and, ultimately, the question to be resolved is whether any arguable procedural objection should overwhelm the case in favour of collective relief. Where, as here, there is some basis in fact for the conclusion that each of the statutory conditions for certification has been met, denial of certification cannot be upheld on the basis of judicial discretion. After all, s. 6(1) of the *Class Proceedings Act* is unambiguous: the court must certify if the statutory conditions are met. At any rate, fear of the unfamiliar is no reason for refusing certification.

## II. Context

[8] The statements that follow under this rubric are not intended as findings of fact. Rather, our intention is to set out a context for which, in our view, the record

provides some foundation. In truth, most, if not all, of the statements that follow are beyond dispute having regard to the record as a whole. A final preliminary note: the expression “patients” is used in these reasons in its broadest sense to refer to recipients of healthcare services.

[9] A new regional hospital was to open in Miramichi in 1995. It was generally recognized that if the new institution was to operate as a regional hospital with a functional department of surgery, it was vital that pathologists be brought on staff to run laboratory services where anatomical assessment could take place on site.

[10] Recruitment efforts were initiated in 1993 with a view to hiring two pathologists. However, Dr. Menon was the only applicant. He was hired and joined the staff in January 1994. The positions Dr. Menon occupied over the course of his tenure at the Regional Hospital are described in the record as Chief of Pathology, Director of Clinical Laboratory Services and anatomical pathologist. Whatever the title, his responsibilities included the supervision and operation of the pathology department and laboratory. The related formal contracts, if any, and other work-related documents will be disclosed and produced in the course of documentary and oral discovery. At any rate, it appears Dr. Menon was the sole anatomical pathologist at the Regional Hospital for a few years after his hiring.

[11] One of Dr. Menon’s initial responsibilities was to assist in the planning and establishment of the laboratory at the new Regional Hospital, which would provide anatomical pathology services.

[12] Fairly early on, concerns emerged with respect to the quality of Dr. Menon’s work and the turn-around time for the results of his pathological assessments. These problems were reported to the appropriate individuals but it appears they were not taken seriously.

[13] There are also indications Dr. Menon offered neither guidance nor advice with respect to any quality assurance or quality control program in the laboratory under

his control and supervision and that no quality assurance and quality control procedures for cancer tests were ever instituted. Additionally, there are suggestions that, as Chief of Pathology and Director of Clinical Laboratory Services, Dr. Menon resisted implementation of any quality assurance standards and quality control mechanisms for the operation of the laboratory.

[14] Although problems in the nature of sporadic clinical errors, unacceptable turn-around time and lack of a quality control program in the laboratory percolated early on, it was not until the spring and summer of 2006 that the significance of Dr. Menon's substandard work prompted the Regional Hospital to take remedial action.

[15] At that time, the Regional Hospital retained the services of an expert pathologist to conduct an external peer review of Dr. Menon's pathology work. The results of that independent review were such that the Regional Hospital and/or the Provincial government decided to have all specimens handled by Dr. Menon from 1995 to 2007 reviewed by experts at an independent laboratory in Ontario.

[16] Concomitantly, the Regional Hospital took steps to alert implicated patients and their personal physicians or referring surgeons that a retrospective review of Dr. Menon's pathology work was being conducted. As might be expected, the Regional Hospital's advice to the patients in question was that they should consult their personal physicians for information and follow-up. Needless to say, the recommended consultation would be expected to entail outlays for travel and incidental expenses.

[17] More than 20,000 specimens involving approximately 15,000 patients were reviewed at the laboratory in Ontario. The results of that review proved alarming for the Regional Hospital and the Provincial government. As a result, a Commission of Inquiry was established.

[18] In due course, the Commission, chaired by the Honorable Paul S. Creaghan, produced a comprehensive report, which was received in evidence at the hearing in the court below. The motion judge's decision on admissibility is reported at

2010 NBQB 128, 361 N.B.R. (2d) 1. While that ruling was challenged in the Regional Hospital's written submission on appeal, the issue was not forcefully pressed at the hearing. The fact is that the disposition of the present appeal does not turn on any controversial feature of the Commission's report and, in any event, we have not been persuaded that the motion judge's admissibility ruling is unsustainable, having regard to the limited purpose for which the report was received.

[19] That said, all acknowledge the Commission found serious and alarming deficiencies in Dr. Menon's work over the years, a pattern of errors that, arguably, should have been detected and corrected sooner. Amongst other findings, the Commission identified deficiencies in the recruitment and hiring policies of the Regional Hospital in Dr. Menon's case and a distressing lack of quality assurance and quality control programs in the pathology laboratory which, in turn, meant there was no meaningful peer review of Dr. Menon's work throughout the years he functioned as Chief of Pathology, Director of Clinical Laboratory Services and as an anatomical pathologist.

[20] It is against this background, which remains to be proven at trial, that the appellants sought an order certifying the underlying action as a class proceeding. Importantly, the appellants characterize the case advanced on behalf of all proposed Class members as "a hospital-based medical malpractice case founded on systemic failures with class wide effects" (emphasis added). The Appellants' Submission describes the action being prosecuted on behalf of all proposed Class members in these terms:

[...] a hospital-based medical malpractice rooted in institutional failures of practice and procedure, i.e. systemic breach of duty. [para. 44]

[Emphasis added.]

Nothing turns on the point, at least at this juncture, but the record suggests the word "medical" is used here in its broadest sense. In any event, the quoted word does not appear to add anything to the complaint: malpractice is malpractice.

[21] The foregoing description of the wrongdoing affecting all members of the proposed Class reflects pleaded allegations of fault or negligence against the Regional Hospital and Dr. Menon. We engage in a fulsome discussion of those allegations under “Analysis and Decision”.

[22] Significantly, the Amended Statement of Claim does not include a prayer for relief in the nature of an aggregate award of damages, within the meaning of s. 31 of the *Class Proceedings Act*. We return to this omission when dealing with the question of “common issues”.

[23] The Regional Hospital filed an Amended Statement of Defence disputing its liability for any of the claims advanced in the Amended Statement of Claim. Few, if any, of the allegations in that pleading are admitted. Many are flatly contradicted. The Regional Hospital also filed a Cross-Claim in which it claims contribution and indemnity from Dr. Menon for any claims arising from: (1) “misdiagnosis that resulted in failure to provide a timely or any treatment”; (2) “failure to meet professional standards of practice”; (3) “liability resulting from [his] failure to advise the [Miramichi Regional Hospital] of any lack of professional qualifications to conduct a pathology practice”; and (4) his “failure [...] as Head of the pathology department or as a trained pathologist to institute any or appropriate quality assurance programs at the [Miramichi Regional Hospital] which may have impacted patient care” (para. 54).

[24] However, Dr. Menon has yet to file a Statement of Defence. Nor has he filed a Defence to Cross-Claim. The record shows that, on consent of all parties, the motion judge relieved Dr. Menon of his obligation under the *Rules of Court* to file those documents until after the hearing of the motion on certification. Thus, what defences Dr. Menon might formally raise remain unknown.

[25] We pause to record our disapproval of this circumvention of s. 3(4)(a) of the *Class Proceedings Act* and Rule 29.03(1) (“Time for Filing and Serving Statement of Defence and Cross-Claim”). Section 3(4)(a) contemplates that a motion for certification

will only be presented after the Statement of Defence has been served and the close of pleadings. The *Rules of Court* apply to the processes contemplated by the *Class Proceedings Act* (see s. 42). Rule 29.03(1) required Dr. Menon to file his Statement of Defence and Cross-Claim within the applicable deadline under Rule 20.01 (“Time for Delivery of Statement of Defence”). Despite the parties’ consent, certification judges should, as a general rule, insist on the filing and exchange of a full set of pleadings before hearing the parties. In that regard, we endorse the views of Perell J. in *Pennyfeather v. Timminco Ltd.*, 2011 ONSC 4257, [2011] O.J. 3286 (QL), at paras. 9 and 84, and *Labourers’ Pension Fund of Central and Eastern Canada (Trustees of) v. Sino-Forest Corp.*, 2012 ONSC 1924, [2012] O.J. No. 1331 (QL). Pleadings define, in a formal way, the parties’ positions and the material issues. As a result, litigation by ambush and boundless free-ranging debates and commission-type inquiries stand to be avoided (see *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). Clarity is essential when considering the conditions for certification, particularly the “common issues” and procedural preferability questions.

[26] In their Amended Notice of Motion, the plaintiffs sought an order that:

1. Certifies [the] action as a class proceeding;
2. Defines the “Class” and “Class Period” as follows:
  - a) Patients, including their estates, whose tissue samples underwent pathology testing for potential cancer or potential cancer-related disease, and were reported by [Dr. Menon], at the [Regional Hospital] during the class period, and whose tissue samples the [Regional Hospital] subsequently caused to be retested; and,

- b) Children, parents and spouses (as defined by the *Fatal Accidents Act*), of deceased patients (estates),
  - c) The “Class Period” is defined as: January 1, 1995 to February 7, 2007, or such other dates as may be approved by the court,
  - d) Such other persons as the Court recognizes and directs.
3. States the nature of the claims asserted on behalf of the Class to be negligence, breach of contract and breach of fiduciary duty;
4. States the relief sought by the Class Members to be issues of the Defendants’ liability and damages;
5. States the common issues to be:
- a) Did the [Regional Hospital] owe a duty, in tort or contract or as a fiduciary, to credential competent medical staff, and if so,
  - b) Did the [Regional Hospital] breach that duty, and if so when?
  - c) Did [Dr. Menon] owe a duty of competence in tort or contract or as a fiduciary, and if so,
  - d) Did [Dr. Menon] breach that duty, and if so when?
  - e) Are the Defendants, or either of them, liable in tort, contract or for fiduciary breaches, for damages for mental distress?
  - f) If so, whether damages for mental distress should be assessed in the aggregate, and if so, what is the quantum of aggregate damages for mental distress?
  - g) Is an award of aggravated damages warranted, and if so, whether they can be assessed in the aggregate, and if so, in what amount?
  - h) Are the Defendants jointly and severally liable for the remedies for the conduct set out in the Statement of Claim?

6. Approves the form and content of notice to the Class;
7. Specifies that the following means shall be used to notify the Class of this action and the certification of the Class (“Notice Programme”):
  - a) The Plaintiffs shall send a copy of the notice to every Class Member who has contacted the Plaintiffs’ counsel for the purpose of receiving notice;
  - b) The Defendants shall mail a copy of the notice to any Class Members for whom it has a mailing address;
  - c) Notice shall be published in newspapers as approved by the Court; and
  - d) The Plaintiffs shall publish a copy of the notice on websites maintained by the Plaintiffs’ counsel.
8. Requires the Defendants forthwith to pay the cost of the Notice Programme;
9. Specifies that Class Members may opt out of this class proceeding by sending a written election by mail to the Plaintiffs’ solicitors before a date to be fixed by the Court; and
10. Approves the Plaintiffs’ proposed litigation plan for the conduct of this action as a class proceeding.

[27]

The litigation plan submitted for the motion judge’s consideration is far-reaching. It deals with a host of issues, including: (1) notification of certification and opt-out procedure; (2) litigation steps prior to the determination of the common issues, including pleadings, production of documents, examinations for discovery and exchange of expert opinions; (3) trial of the common issues; and (4) steps following trial of the common issues, including notice of resolution of common issues and resolution of individual issues. The plan concludes with the observation that it “may be reconsidered and revised as necessary, under the continuing case management authority” of the Court of Queen’s Bench. We readily agree with that observation.

[28] Significantly, while the common issues described in the Amended Notice of Motion include whether damages for mental distress and aggravated damages should be assessed and quantified in the aggregate, like the Amended Statement of Claim, the litigation plan itself does not delve into that option. To be clear, while it features general references to the common issues set out in the Amended Notice of Motion, the plan does not address the availability and appropriateness of an aggregate monetary award within the meaning of s. 31 of the *Class Proceedings Act* and, perhaps more importantly, the plan is mute on the subject of workable methods for the quantification of any such award. In other words, no plan has been put forward to trigger the application of s. 31 and to quantify, in principled fashion, any aggregate monetary award.

[29] We were advised at the hearing that no other action for damages, whether under small claims legislation, Rule 79 (simplified procedure) or otherwise, has been launched by a member of the proposed Class against the Regional Hospital and/or Dr. Menon for any of the causes of action described in the Amended Statement of Claim.

[30] The motion judge dismissed the application for certification for the following reasons:

The plaintiffs have failed to establish an identifiable class, define [a] workable and manageable common issue or establish that a class action would be the preferable procedure for proceeding within the requirements of the *Class Proceedings Act*. For the above reasons, this motion for certification, is therefore dismissed. [para. 115]

### III. The Issues on Appeal

[31] In their Notices of Appeal, as well as their written and oral submissions, the appellants mount a sweeping challenge to the decision under appeal. It is contended in the Notice of Appeal itself that the motion judge committed reversible error:

1. [...] in misconstruing and misapplying the requirements of Section 6 of the *Class Proceedings Act*, in particular:

- a) by rejecting propositions of law which are novel but arguable;
  - b) by making contradictory holdings of law;
  - c) by applying the recognizable psychological injury test from tort to causes of action in contract and fiduciary duty;
  - d) by misconstruing the task of true construction of the pathology testing contract to require individual evidence; and
  - e) by failing to consider the potential availability of aggregate monetary relief as a means of quantifying damages for mental distress.
2. [...] by finding that the class definition was subjective and unreasonably overbroad;
  3. [...] by giving unintelligible reasons for decision which do not meet minimum standards of rationality and fail to perform the basic functions of reasons under the rule of law.

[32] As for the respondents, their written and oral submissions touched upon all aspects of the dispute. However, the flagship argument of their case on appeal is the contention that the Amended Statement of Claim discloses no cause of action whatsoever, whether for special damages (e.g. out-of-pocket expenses), general damages or aggravated damages. Even though neither respondent filed a Notice of Contention, the debate on appeal over the course of several days left no issue unaddressed.

[33] In those circumstances, and having regard to the nature of the underlying proceeding and the stakes, it is inappropriate for an appellate court to turn a blind eye to any relevant issue, whether formally raised in the Notice of Appeal, developed in the written submissions or simply referenced at the hearing. At the end of the day, we must seek to do right according to law, which brings us to frame the overarching issue on appeal in these terms: was the dismissal of the motion for certification the product of

reversible error? The answer depends on whether the motion judge committed errors in principle: (1) in defining as he did the basis for the claims advanced in the Amended Statement of Claim, which, in turn, brings into the mix the pleaded causes of action, harm and losses (out-of-pocket expenses, general damages and aggravated damages); (2) in finding the record revealed neither a common issue nor an identifiable class of claimants; and (3) in concluding a class proceeding is not the preferable procedure.

#### IV. Analysis and Decision

[34] There are many misconceptions about class actions and the process for class action certification, a procedural (as opposed to substantive) screening process. Instead of focusing on the pertinent statutory provisions, jurists quite often develop an understanding of the law by reference to judicial interpretation and paraphrasing of those provisions. Occasionally, the Legislature's choice of wording gets lost in the process. It is important, in our view, to begin the analysis with a consideration of the pertinent provisions of the *Class Proceedings Act*.

##### A. *Key Statutory Provisions with Annotations*

[35] Section 6(1) enunciates five conditions precedent to the issuance of a certification order. If there is some basis in fact for the conclusion that each condition is satisfied, the court must certify:

#### **Certification of class proceeding**

6(1) The court shall certify a proceeding as a class proceeding on a motion under section 3 or 4 if, in the opinion of the court,

(a) the pleadings disclose or the Notice of Application discloses a cause of action,

(b) there is an identifiable class of two or

#### **Certification de l'instance à titre de recours collectif**

6(1) La cour saisie d'une motion visée à l'article 3 ou 4 certifie une instance à titre de recours collectif si elle est d'avis que les conditions suivantes sont réunies :

a) les plaidoiries ou l'avis de requête révèlent une cause d'action;

b) il existe un groupe identifiable de deux

more persons,

personnes ou plus;

(c) the claims of the class members raise a common issue, whether or not the common issue predominates over issues affecting only individual members,

c) les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci l'emporte ou non sur les questions touchant seulement les membres individuels;

(d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the dispute, and

d) le recours collectif serait la meilleure procédure pour que soit réglé de façon juste et efficace le litige;

(e) there is a person seeking to be appointed as representative plaintiff for the class who

e) il y a une personne qui cherche à être nommée comme représentant demandeur pour le groupe et qui :

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

(i) représenterait de façon juste et appropriée les intérêts du groupe,

(ii) has produced a plan for the class proceeding that sets out a workable method of advancing the class proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the class proceeding, and

(ii) a présenté, pour le recours collectif, un plan proposant une méthode efficace de faire avancer le recours collectif au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'existence du recours collectif,

(iii) does not have, with respect to the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members.

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes.

[36]

Some features of these provisions bear immediate highlighting. Section 6(1)(a) is satisfied if the Amended Statement of Claim discloses “a” cause of action. Put another way, it is sufficient if that pleading discloses one valid cause of action; the test is not whether each of the causes of action pleaded is legally valid. Thus, assuming for the sake of argument that the Amended Statement of Claim does not disclose a cause of action for breach of contract, breach of fiduciary duties and “equitable fraud”, certification could not be denied once it is accepted that a cause of action in tort is pleaded. That said, it is not plain and obvious to us that the Amended Statement of Claim fails to set out valid causes of action in all of the areas of the law it touches upon, and each of those causes of action is addressed under “Analysis and Decision”. We engage in

that exercise because, arguably, there may be a more generous approach to the award of general damages for mental distress and anxiety for breach of contract, breach of fiduciary duties and “equitable fraud”.

[37] Likewise, numerous common issues are not necessary. Section 6(1)(c) only requires that the claims asserted raise “a” common issue.

[38] With respect to ss. 6(1)(e)(i), (ii), and (iii), the record provides a sufficient basis in fact for the conclusion that the conditions precedent articulated therein have been met. To be clear, we are satisfied the appellants: (1) have produced a satisfactory litigation plan; (2) are not in a conflict of interest position; and (3) would fairly and adequately represent the interests of the Class. Nothing further need be said on this point.

[39] Section 6(2) lists the considerations that must inform the determination of procedural preferability. In determining whether a class proceeding is the preferable procedure, the motion judge must bear in mind that the objective is “the fair and efficient resolution of the dispute”:

6(2) In determining whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the dispute, the court shall consider	6(2) Afin de déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de régler de façon juste et efficace le litige, la cour tient compte des facteurs suivants :
---	--

(a) whether questions of fact or law common to the class members predominate over any questions affecting only individual members,	a) la question de savoir si les questions de fait ou de droit qui sont communes aux membres du groupe l'emportent ou non sur celles touchant seulement les membres individuels;
--	---

(b) whether a significant number of the class members have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate proceedings,	b) la question de savoir s'il existe un nombre important de membres du groupe qui ont véritablement intérêt à poursuivre des instances séparées;
--	--

(c) whether the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceedings,	c) la question de savoir si le recours collectif comprend des demandes qui ont été ou qui sont l'objet d'autres instances;
---	--

- |   |  |
|---|--|
| <p>(d) whether other means of resolving the claims are less practical or less efficient,</p>  | <p>d) l'aspect pratique ou l'efficacité des autres moyens de régler les demandes;</p>  |
| <p>(e) whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means, and</p> | <p>e) la question de savoir si la gestion du recours collectif crée de plus grandes difficultés que l'adoption d'un autre moyen;</p> |
| <p>(f) any other matter the court considers relevant.</p>   | <p>f) toute autre question que la cour estime pertinente.</p>  |

[40] Section 7(2) confirms that the merits stand undetermined by a certification order :

- |  |  |
|--|--|
| <p>7(2) An order certifying a proceeding as a class proceeding is not a determination of the merits of the proceeding.</p> | <p>7(2) L'ordonnance certifiant une instance à titre de recours collectif ne constitue pas une décision sur le fond de l'instance.</p> |
|--|--|

A motion judge who delves into the merits of the dispute “[oversteps] the bounds of his role of screening motions at the authorization stage” (see *Vivendi Canada Inc. v. Dell’Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] S.C.J. No. 1 (QL), at para. 4). As we will demonstrate, the decision under appeal offends this principle.

[41] Section 9 sets out a number of objections that cannot, by themselves, be allowed, whether individually or collectively, to fuel a denial of certification:

<p><b>Certain matters not bar to certification</b></p>	<p><b>Questions n’empêchant pas la certification</b></p>
--	--

<p>9 The court shall not refuse to certify a proceeding as a class proceeding by reason only of one or more of the following:</p>	<p>9 La cour ne doit pas refuser de certifier une instance à titre de recours collectif en se fondant uniquement sur l’un ou plusieurs des motifs suivants :</p>
---	--

- |   |  |
|---|--|
| <p>(a) the relief claimed includes a claim for damages that would require individual assessment after determination of the common issues;</p> | <p>a) les mesures de redressement demandées comprennent une demande en dommages-intérêts qui exigerait, une fois les questions communes décidées, une évaluation individuelle;</p> |
|---|--|

- |  |   |
|--|---|
| <p>(b) the relief claimed relates to separate contracts involving different class members;</p>                               | <p>b) les mesures de redressement demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe;</p>   |
| <p>(c) different remedies are sought for different class members;</p>  | <p>c) des mesures de redressement différentes sont demandées pour différents membres du groupe;</p>   |
| <p>(d) the number of class members or the identity of each class member is not ascertained or may not be ascertainable;</p>  | <p>d) le nombre de membres du groupe ou l'identité de chaque membre du groupe n'est pas établi ou ne peut l'être;</p>   |
| <p>(e) the class includes a subclass whose members have claims that raise common issues not shared by all class members.</p> | <p>e) il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les membres ont des demandes qui soulèvent des questions communes que ne partagent pas tous les autres membres du groupe.</p> |

In the case at hand, the motion judge could not reject certification simply because the relief claimed included a claim for damages that would require individual assessment after determination of the common issues (s. 9(a)). Likewise, it is no answer to a motion for certification in a case such as the present one that “different remedies are sought for different class members” (s. 9(c)) and that the class includes a subclass whose members have claims that raise common issues not shared by all class members (s. 9(e)). Section 29 (“Determination of issues affecting certain individuals”) and s. 30 (“Individual assessment of liability”) are key in this regard. In our view, the decision under appeal is disharmonious with the principles and processes articulated in ss. 9, 29 and 30.

[42]

Section 10(1) specifies the essential features of a certification order:

**Contents of certification order**

**Contenu de l'ordonnance de certification**

10(1) A certification order shall

10(1) L'ordonnance de certification :

(a) describe the class in respect of which the order was made by setting out the class's identifying characteristics,

a) décrit le groupe à l'égard duquel l'ordonnance a été rendue en précisant les traits caractéristiques du groupe;

(b) appoint the representative plaintiff for the class,

b) nomme le représentant demandeur pour le groupe;

- |  |  |
|--|--|
| (c) state the nature of the claims asserted on behalf of the class,  | c) indique la nature des demandes présentées au nom du groupe;   |
| (d) state the relief sought by the class,  | d) indique les mesures de redressement demandées par le groupe;  |
| (e) set out the common issues for the class,   | e) énonce les questions communes du groupe;  |
| (f) state the manner in which and the time within which a class member may opt out of the class proceeding,                                    | f) indique la façon dont les membres du groupe peuvent se retirer du recours collectif et la date limite pour ce faire;  |
| (g) state the manner in which and the time within which a person who is not a resident of New Brunswick may opt into the class proceeding, and | g) indique la façon dont les personnes qui ne sont pas des résidents du Nouveau-Brunswick peuvent participer au recours collectif et la date limite pour ce faire; |
| (h) include any other provisions the court considers appropriate.  | h) comprend toute autre disposition que la cour estime appropriée.   |

[43] Section 10(4) makes plain that a certification order is not etched in stone for the duration of the litigation. Amendments in the interests of justice are obligatory:

- |   |  |
|---|--|
| 10(4) At any time, the court may amend a certification order on the motion of a party or a class member or on its own motion. | 10(4) La cour peut, de sa propre initiative ou sur motion présentée par une partie ou par un membre du groupe, modifier à tout moment une ordonnance de certification. |
|---|--|

[44] Sections 29(1) and 30 provide a procedure to deal with issues, including liability, applicable only to some class members, which may be the case here for class members in the appellant James Bliss Wilson's situation. We revisit this aspect of the case in short order:

<b>Determination of issues affecting certain individuals</b>	<b>Décision sur les questions visant certains individus</b>
--	---

- |  |  |
|--|--|
| 29(1) If the court determines common issues in favour of a class or subclass and determines that there are issues, other than those that may be determined under section 34, that are applicable only to certain | 29(1) Si la cour statue sur les questions communes en faveur d'un groupe ou d'un sous-groupe et décide qu'il y a des questions, à l'exception de celles pouvant être décidées en vertu de l'article 34, qui ne |
|--|--|

individual class or subclass members, the court may visent que certains membres individuels du groupe ou du sous-groupe, la cour peut prendre les mesures suivantes :

(a) determine those individual issues in further hearings presided over by the judge who determined the common issues or by another judge of the court, a) rendre une décision sur les questions individuelles dans d'autres audiences présidées par le juge qui a statué sur les questions communes ou par un autre juge de la cour;

(b) appoint one or more persons, including one or more independent experts, to conduct a reference into those individual issues under the Rules of Court and report back to the court, or b) nommer une ou plusieurs personnes, y compris un ou plusieurs experts indépendants, pour qu'ils procèdent à un renvoi sur ces questions individuelles en vertu des *Règles de procédure* et qu'ils présentent un rapport à la cour;

(c) with the consent of the parties, direct that those individual issues be determined in any other manner. c) avec le consentement des parties, ordonner que ces questions individuelles soient décidées d'une autre façon.

**Individual assessment of liability**

**Évaluation individuelle de la responsabilité**

30 Without limiting section 29, if, after determining common issues in favour of a class or subclass, the court determines that the defendant's liability to individual class or subclass members cannot reasonably be determined without proof by those individual class or subclass members, section 29 applies with the necessary modifications to the determination of the defendant's liability to those class or subclass members. 30 Sans que soit limitée la portée générale de l'article 29, si, après avoir statué sur les questions communes en faveur d'un groupe ou d'un sous-groupe, la cour décide que la responsabilité du défendeur envers les membres individuels du groupe ou du sous-groupe ne peut être raisonnablement établie sans que ces membres aient à en faire la preuve individuellement, l'article 29 s'applique, avec les adap[ta]tions nécessaires, pour établir la responsabilité du défendeur envers eux.

[45] Section 31(1) stipulates the conditions precedent for the making of an aggregate monetary award in favour of class or subclass members:

**Division B  
Aggregate Awards**

**Section B  
Montant global des dommages-intérêts**

**Aggregate monetary awards**

**Montant global des dommages-intérêts**

31(1) The court may make an order for an aggregate monetary award in respect of all or any part of a defendant's liability to class or subclass members and may give judgment accordingly if

(a) monetary relief is claimed on behalf of some or all class or subclass members,

(b) no questions of fact or law other than those relating to the assessment of monetary relief remain to be determined in order to establish the amount of the defendant's monetary liability, and

(c) in the opinion of the court, the aggregate or a part of the defendant's liability to some or all class or subclass members can reasonably be determined without proof by individual class or subclass members.

31(2) Before making an order under subsection (1), the court shall provide the defendant with an opportunity to make submissions to the court in respect of any matter relating to the proposed order, including but not limited to the following:

(a) submissions that contest the merits or amount of an award under that subsection; and

(b) submissions that individual proof of monetary relief is required due to the individual nature of the relief.

31(1) La cour peut rendre une ordonnance fixant le montant global des dommages-intérêts concernant la totalité ou une partie de la responsabilité pécuniaire d'un défendeur envers les membres d'un groupe ou d'un sous-groupe et rendre un jugement en conséquence, si :

a) une réparation pécuniaire est demandée au nom de certains membres ou de tous les membres du groupe ou du sous-groupe;

b) seules des questions de fait ou de droit se rapportant à l'évaluation de la réparation pécuniaire restent à être décidées afin de fixer le montant de la responsabilité pécuniaire du défendeur;

c) selon la cour, la totalité ou une partie de la responsabilité du défendeur envers certains membres ou tous les membres du groupe ou du sous-groupe peut raisonnablement être établie sans que des membres du groupe ou du sous-groupe aient à en faire la preuve individuellement.

31(2) Avant de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), la cour permet au défendeur de lui présenter des observations concernant toute question qui touche l'ordonnance proposée, y compris, notamment :

a) des observations sur le bien-fondé ou sur le montant des dommages-intérêts pouvant être accordés en vertu de ce paragraphe;

b) des observations sur la nécessité d'une preuve individuelle de la réparation pécuniaire étant donné la nature individuelle de ces mesures.

B. *The Correct Approach to the Interpretation and Application of Class Action Legislation*

[46] The provisions of the *Class Proceedings Act* stand to be interpreted with a view to furthering its objects: facilitating access to justice, modifying harmful behaviour and conserving judicial resources. The Supreme Court of Canada has emphasized that the requirements for authorization of a class action under Quebec law have “on a consistent basis been interpreted and applied broadly” (see *Marcotte v. Longueuil (City)*, 2009 SCC 43, [2009] 3 S.C.R. 65, at para. 22 and *Infineon Technologies*, at para. 60). As was noted in those two cases, the jurisprudence favours “easier access” to class actions as a means of achieving the twin goals of deterrence and victim compensation. Despite the particular wording of Quebec class action legislation, there is no principled basis for a less generous approach to the interpretation and application of s. 6 of this province’s *Class Proceedings Act*: *Hollick*, at paras. 14-16; *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, at paras. 26-29; *Cloud v. Canada (Attorney General)*, v. *Canada*, [2004] O.J. No. 4924 (C.A.) (QL), at para. 37, leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] S.C.C.A. No. 50; and *Bryson*, McNally J., at para. 7.

[47] At bottom, the decision under appeal reflects an impermissibly narrow interpretation and a less than generous application of the statutory provisions applicable to certification.

C. *Standards of Review*

[48] Of course, this Court’s authority to intervene is subject to standards of review which, for the most part, call for great deference for the findings and conclusions of the motion judge (see, for example, *AIC Limited*, at para. 65). In *Canada (Attorney General) v. Anderson*, 2011 NLCA 82, [2011] N.J. No. 445 (QL), the Court described the applicable standards of review in these terms:

The standard of review with respect to the first criterion for certification set out in s. 5(1) of the *Act*, whether the pleadings disclose a cause of action, “turns on

determinations of law and, therefore, it is reviewed on the standard of correctness”: see *Ring* at para. 34. All of the other criteria enumerated in section 5(1) are questions of mixed fact and law and the certification judge’s determinations on these issues are owed considerable deference. They cannot be reversed absent a palpable and overriding error, unless it is clear that the trial judge made some extricable error in principle with respect to the characterization of a legal standard or its application, in which case the error may amount to an error in law and the applicable standard of review is correctness. See *Ring* at paras. 6-8. [para. 38]

See, as well, *Cloud*, at para. 46, and *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, [2007] O.J. No. 4406 (QL), at para. 23, leave to appeal to S.C.C. refused, [2008] S.C.C.A. No. 15.

D. *The Issues*

[49] The motion judge relied upon three grounds to decline certification: (1) failure to establish an “identifiable” class; (2) failure to define a “workable and manageable common issue”; and (3) failure to establish that a class action would be the preferable procedure. However, before turning to the motion judge’s reasons for refusing certification on these bases, some observations are required with respect to his treatment of the question whether the Amended Statement of Claim “discloses a cause of action”, if only because the topic was the focus of discussion in the written and oral submissions on appeal.

(1) Disclosure of a Cause of Action in the Pleadings

[50] In *Sun-Rype Products Ltd.*, the Supreme Court of Canada reminds certification judges that the first statutory condition (the pleadings disclose a cause of action) stands to be determined on the standard applied in *Hunt v. Carey Canada Inc.* [1990] 2 S.C.R. 959, [1990] S.C.J. No. 93 (QL):

Section 4(1)(a) of the *CPA* requires that the pleadings disclose a cause of action. This requirement is judged on the standard of proof applied in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980, namely that a plaintiff satisfies this requirement unless, assuming all facts pleaded to be true, it is plain and obvious that the plaintiff's claim cannot succeed (*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at para. 20 ("Alberta Elders"); *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 25). [para. 31]

[51] The motion judge's reasons for decision suggest he was aware of the test to be applied when deciding whether or not the pleadings "disclose a cause of action". On this point, he stated:

For an action to be certified under the class proceeding, it must disclose a cause of action. The "plain and obvious" test for disclosing a cause of action is used to determine whether the proposed class proceedings may proceed. (See *Hunt v. Carey Canada* [1990] 2 S.C.R. 959). On a certification application, the burden is on the Plaintiff to demonstrate affirmatively from the facts pleaded in his statement of claim that a cause of action is properly pleaded (see *Brogaard v. Canada (Attorney General)* [2002] B.C.J. No. 1775), but this test has a very low threshold. (See *Hollick v. Metropolitan Toronto (supra)*). [para. 35]

However, the motion judge went beyond the Amended Statement of Claim and considered the affidavit evidence in the record to find it was plain and obvious that the claims for damages for mental distress and anxiety could not succeed at trial. This was so because, in the judge's assessment of the evidential record, whatever non-physical harm had been suffered, it did not reach the threshold level of psychological or psychiatric injury required for compensation.

[52] In our view, the motion judge addressed the wrong question. On a certification motion, the question is not whether the claims are likely to succeed on the merits at trial, but whether a cause of action is formally advanced in the pleadings (see *Hollick*, at para. 16, and *Vivendi Canada Inc.*, at para. 4). The issue under s. 6(1)(a) of the

*Class Proceedings Act* must be determined solely by reference to the pleadings as is the case on a Rule 23.01(1)(b) motion to strike a statement of claim for failure to disclose a reasonable cause of action. The correct analytical framework is articulated in *Sewell v. ING Insurance Co. of Canada*, 2007 NBCA 42, 314 N.B.R. (2d) 330:

The principles that inform the determination of a defendant's motion to strike under Rule 23.01(1)(b) are well settled and can be summarized as follows: (1) the only question for judicial resolution is whether it is plain and obvious that the Statement of Claim fails to disclose the essential elements of a cause of action tenable at law. That conclusion should be reached only in the clearest of cases; (2) correlatively, absent exceptional circumstances, the court must accept as proved all facts asserted in the Statement of Claim and abstain from looking beyond the pleading itself and any documents referred to therein (see *Hogan v. Doiron et al.* (2001), 243 N.B.R. (2d) 263, [2001] N.B.J. No. 382 (QL), 2001 NBCA 97, para. 38 and *Boisvert v. LeBlanc* (2005), 294 N.B.R. (2d) 325, [2005] N.B.J. No. 561 (QL), 2005 NBCA 115, para. 21). To expand the exercise beyond those limits would operate to morph the motion under Rule 23.01(1)(b) into an application for summary judgment under Rule 22, the appropriate vehicle to determine prior to trial whether there is factual merit to a claim; (3) the Statement of Claim is to be read generously to accommodate drafting deficiencies; and (4) where a generous reading of its provisions fails to breathe life into a pleading, all suitable amendments should be allowed (see Rule 27.10(1) and *LeDrew et al. v. Conception Bay South (Town)* (2003), 231 Nfld. & P.E.I.R. 61, [2003] N.J. No. 276 (QL), 2003 NLCA 56). [para. 26]

[53] A motion for certification must not be transformed into a motion for summary judgment, which deals with the merits of the action. Jurists with practical experience in the litigation process know full well that no plaintiff is required to gather all of the relevant evidence prior to launching an action in damages. Indeed, the process of evidence gathering is ongoing as the litigation unfolds. To some extent, this reality undergirds the belief that the stringency of the test for summary judgment under Rule 22.04 reflects the following longstanding conviction: "except in clear cases, the best truth-finding device is a trial" (see *Cannon v. Lange* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121, [1998]

N.B.J. No. 313 (C.A.) (QL), at para. 17). Moving from the general to the particular, one would expect the proposed Class members will continue to gather evidence relating to liability and damages as the case progresses. Thus, for example, some members of the proposed Class may have undergone since the hearing in the court below or may still undergo medical and/or psychological examination and the conclusion may be that some, if not all of those examined, have indeed suffered from a medically recognized psychological or psychiatric illness as a result of the events described in the Amended Statement of Claim.

(a) *The claims in tort against the Regional Hospital and Dr. Menon*

[54] We begin the discussion on this topic by noting that proceedings in tort founded on systemic fault or negligence, some involving healthcare providers, have been certified as class actions. In *Rumley*, students at a residential school who alleged sexual abuse by staff obtained certification as a class proceeding of their action founded on allegations of systemic fault or negligence, namely “the failure to have in place management and operations procedures that would reasonably have prevented the abuse” (para. 30). See also: (1) *Anderson v. Wilson*, [1999] O.J. No. 2494 (C.A.) (QL), a case dealing with uninfected patients (amongst others) alleged to have suffered mental distress as a result of notification of possible infection with hepatitis B; (2) *Healey v. Lakeridge Health Corporation*, 2011 ONCA 55, [2011] O.J. No. 231 (QL) (certification involving uninfected patients who suffered mental distress after being informed by the healthcare provider that they may have contracted tuberculosis and should be tested); and (3) *Cloud*, where former students of a native residential school sought to recover damages on the basis, among others, that the school had failed to have in place management and operations procedures for the prevention of abuse.

[55] That said, our focus must be on the causes of action put forward in the Amended Statement of Claim.

[56] The claim against the Regional Hospital in tort is founded upon its direct fault or negligence. Judgment is also sought against the Regional Hospital on the basis of its vicarious liability for “all loss or damage caused by Dr. Menon”.

[57] In paragraph 65 of the Amended Statement of Claim, it is alleged the Regional Hospital is “corporately liable to the plaintiffs in tort of negligence”, its conduct having fallen “below the reasonable standard of care expected of it under the circumstances and was corporate or systemic in nature” (emphasis added). It is specifically asserted the Regional Hospital was negligent in connection with Dr. Menon’s hiring, his credentialing over the years and its response to reports of substandard work on his part. A key complaint is that the Regional Hospital was negligent in failing to establish systems for the safe operation of the pathology department and laboratory, such as quality assurance programs and standard operating procedures. The pleaded particulars of the Regional Hospital’s substandard conduct paint a portrait of incompetence, if not recklessness, that permeated practically all aspects of the staffing and organization of the pathology department and laboratory as well as their operation over several years:

- (a) hired Dr. Menon against the advice of the Defendant’s Vice President of Medical Services, Dr. John Mackay;
- (b) performed an inadequate background check and minimized or ignored warnings and cautions from previous employers including the Saint John Hospital;
- (c) improperly credentialed Menon before hiring and credentialed him inadequately and in violation of by-laws on a regular (at least yearly) basis thereafter;
- (d) ignored the advice of the Credentials Committee to offer Menon a one year probationary contract only, and appointed him Director of Labs without the advice of the Committee;
- (e) chose to delay response or not respond to known and reported shortcomings in Dr. Menon’s

completion of pathology reports and the accuracy of his pathology reports;

- (f) chose to ignore or not to investigate inadequacies and inaccuracies and delays in pathology reports;
- (g) chose to ignore delays in work completion and conflicts of interest caused by absences to pursue private business interests;
- (h) chose not to monitor, not to investigate or not to adequately respond to diagnostic errors in Dr. Menon's pathology reports;
- (i) chose to continue with the contract with Dr. Menon or not to condition, suspend or supervise his privileges;
- (j) established and maintained an inadequate or no quality assurance program for pathology;
- (k) chose to establish an inadequate or no meaningful peer review program for pathology;
- (l) chose to ignore periodic mentoring of medical staff including pathology staff as a means of quality control and assurance;
- (m) established inadequate or no standard operating procedures for pathology;
- (n) established an inadequate or no meaningful medical review committee of the hospital to supervise, control and discipline medical staff including pathology staff;
- (o) established an inadequate or no policy on minimal continuing education for medical staff including pathology staff;
- (p) chose to ignore concerns and complaints about inadequate or no meaningful communication between technical and pathology staff;
- (q) chose not to engage in external proficiency testing;

- (r) established an atmosphere that discouraged continuous quality improvement;
- (s) chose to have an inadequate or no meaningful policy on conflicts or potential conflicts caused by the pursuit of private business interests by staff including pathology staff;
- (t) established an inadequate or no meaningful policy to identify cases requiring remediation of staff including pathology staff, where other authorities such as the College declined to act;
- (u) ignored complaints about pathology staff's professional competency; and
- (v) credentialed a pathologist who was medically impaired and not competent.

[58] Those allegations bring into play longstanding duties of hospitals to their patients, including: (1) the duty to select competent staff; (2) the post-selection duty to have in place processes designed to monitor and maintain the competence of staff; and (3) most importantly, the duty to implement systems for the safe operation of hospital departments. The Court's decision in *Comeau v. Saint John Regional Hospital*, 2001 NBCA 113, 244 N.B.R. (2d) 201, is directly on point:

*In Legal Liabilities of Doctors and Hospitals in Canada, supra*, at p. 367, some of the most common duties owed by a hospital to patients are set out as follows:

1. To select competent staff and to monitor their continued competence.
2. To provide proper instruction and supervision.
3. To provide proper facilities and equipment.
4. To establish systems necessary for the safe operation of the hospital. [para. 56]

See also Jocelyn Downie, Timothy Caulfield & Colleen Flood, eds., *Canadian Health Law and Policy*, 4<sup>th</sup> ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2011) at 147-148; *Bateman v.*

*Doiron* (1991), 118 N.B.R. (2d) 20, [1991] N.B.J. No. 714 (Q.B.) (QL), affirmed (1991), 141 N.B.R. (2d) 321, [1993] N.B.J. No. 598 (C.A.) (QL); and Gilbert Sharpe, *The Law & Medicine in Canada*, 2<sup>nd</sup> ed. (Toronto: Butterworths, 1987) at 123-125. Correlatively, in *Yepremian v. Scarborough General Hospital*, [1980] O.J. No. 3592 (C.A.) (QL), the majority noted the public was entitled to expect that a hospital:

[...] has picked its medical staff with great care, has checked out the credentials of every applicant, has caused the existing staff to make a recommendation in every individual case, makes no appointment for longer than one year at a time, and reviews the performance of its staff at regular intervals. [...] [para. 36]

[59] The particulars of fault or negligence provided in paragraph 65 of the Amended Statement of Claim speak to the standards of hospital conduct described in the preceding paragraph of these reasons, all of which are well accepted in the jurisprudence. In truth, there is very little novelty in the claim against the Regional Hospital based on its fault or negligence.

[60] That being acknowledged, paragraph 66 of the Amended Statement of Claim does feature an uncommon imputation of wrongdoing: the Regional Hospital was negligent in “failing to advise the Plaintiffs and Class Members of their potential risk of illness at the earliest opportunity which at latest was February 2007”. The related complaint is that the claimants were deprived of “the opportunity to seek early medical attention”. No judicial precedent has been invoked in support of that facet of the claim in tort. None may be necessary. At any rate, it is at least arguable that a hospital owes its patients an informational duty of the kind described in paragraph 66.

[61] In light of the foregoing, we conclude it is far from plain and obvious that the Amended Statement of Claim does not disclose a cause of action in tort against the Regional Hospital. We now turn to the claim for fault or negligence against Dr. Menon.

[62] The proposed representative plaintiffs assert in paragraph 73 of the Amended Statement of Claim, under the heading of “Fault or Negligence”, that Dr.

Menon owed them *qua* patients a duty to maintain competency, which he breached in failing to:

- (a) introduce quality assurance programs in anatomical pathology while he was Director of Labs including:
  - (i) obtaining second opinions on all malignancies with his fellow pathologists or subspecialists; and
  - (ii) participate in external proficiency programs;
- (b) perform a reasonable turnaround time which resulted in delayed clinical management and severe mental distress and physical injury to the patients;
- (c) undergo quality assurance initiated by the new Chief of Pathology (Dr. Strzelczak) in 2004 when he was dismissed as Chief of Pathology, despite frequent complaints of poor turnaround times, absenteeism and lack of consultation on malignancies;
- (d) notify or minimized to the Chief of Pathology and record on his yearly application for renewal of active staff privileges to the Credentials Committee that he had health problems including cataracts which would interfere with his ability to properly gross specimens and use the microscope;
- (e) participate in reviewing journals, continuing education, external examinations of professional tests or other external proficiency testing to ensure a level of competence expected by his patients;
- (f) provide proper or any oversight with respect to standards of lab quality;
- (g) produce additional slides to verify diagnoses;
- (h) maintain necessary attendance and availability for essential pathology support service;
- (i) properly or effectively communicate with subordinates, management or others;

- (j) ensure collegiality within the pathology department;
- (k) follow appropriate protocols;
- (l) in general, keep good and adequate records;
- (m) [put aside] his own agenda to invent a medical scanner separate from his work duties;
- (n) properly use or put away slides used to further his own agenda [...]

Paragraph 73 concludes with the more general complaint that Dr. Menon did not possess the skill and knowledge expected by his patients, and which were necessary to meet the standard of a competent anatomical pathologist or of a competent Chief of Pathology.

[63] In paragraph 74 of the Amended Statement of Claim, it is alleged Dr. Menon “owed patients the duty to maintain competence”. It is also stated this duty was owed in tort and it was within Dr. Menon’s contemplation “that a failure on his part to maintain competency leading to a general questioning of his surgical pathology diagnoses and the need to repeat or reread his tests, would cause mental distress to these patients” (emphasis added).

[64] The law is clear. Dr. Menon, like every medical practitioner, was required to bring to his task a reasonable degree of skill and knowledge and to exercise a reasonable degree of care. More specifically, he was bound “to exercise that degree of care and skill which could reasonably be expected of a normal, prudent practitioner of the same experience and standing” and, since he was holding himself out as a specialist in pathology, “a higher degree of skill (was) required of him than of one who does not profess to be so qualified by special training and ability” (see *Crits and Crits v. Sylvester et al.*, [1956] O.J. No. 526 (C.A.) (QL), per Schroeder J.A., at para. 13, aff’d [1956] S.C.R. 991, [1956] S.C.J. No. 71 (QL); *Thompson v. Creaghan and Miramichi Hospital* (1983), 46 N.B.R. (2d) 271, [1983] N.B.J. No. 159 (QL) at para. 33 and *Beshara v. Dysart* (1998), 207 N.B.R. (2d) 14, [1998] N.B.J. No. 480 (C.A.) (QL), at para. 8). That time-honoured standard-of-care formula reflects every medical practitioner’s ethical

responsibility to “[p]ractise the art and science of medicine competently” and to “[e]ngage in lifelong learning to maintain and improve [his or her] professional knowledge, skills and attitudes” (see *CMA Code of Ethics*, online: <<http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD04-06.pdf>>, paras. 5 and 6). Nevertheless, one must not overlook the fact that several particulars of negligence or fault found in paragraph 73 of the Amended Statement of Claim target Dr. Menon’s duties and obligations as Chief of Pathology and Director of Clinical Laboratory Services, positions that arguably attracted a broad range of competence-related duties and obligations extending beyond those of a pathologist.

[65] In our respectful view, it is far from plain and obvious that Dr. Menon, as Chief of Pathology, Director of Clinical Laboratory Services and on-site pathologist, did not owe “a duty to patients to maintain competency”, as particularized in the Amended Statement of Claim. Nor is it plain and obvious to us that the particulars formulated in paragraph 73 of the Amended Statement of Claim fail to evince actionable fault or negligence.

[66] In his reasons for decision, the motion judge took a narrow view of the scope of the underlying action:

Dr. Menon concedes also that there are proper causes of action to plead in the circumstances which [relate] to his administrative duties as Chief of Pathology for which the Hospital is at law responsible or if [sic] Dr. Menon’s failure to discharge them has resulted in harm to individual patients. At bar, it must be tied to the standard of care owed by Dr. Menon which resulted in harm to an individual patient or patients.

Cases framed in negligence do not contain a general duty to maintain competence: it is whether Dr. Menon failed to meet the standard of care expected of him when reviewing the pathology tissue of a particular claimant and in the [affirmative], whether such breach caused injury to that particular plaintiff. This must be proven on an individual basis not on a class-wide basis. [paras. 61-62]

[67] This understanding is at odds with a key element of the claims advanced on behalf of all members of the proposed Class: a hospital-based malpractice founded on systemic failures with class-wide effects (e.g. out-of-pocket expenses, as well as compensable mental distress and anxiety). The proposed representative plaintiffs seek compensation on behalf of each member of the proposed Class for those systemic failures, whether Dr. Menon's pathological diagnosis was correct or not. At the end of the day, it is the failure of the motion judge to keep in mind the true nature of the underlying basis for the claims brought on behalf of all members of the proposed Class and the full breadth of the relief claimed (including out-of-pocket expenses and general damages for mental distress and anxiety of a degree sufficient to warrant compensation) which is largely responsible for the errors in principle that tainted his analysis under s. 6 of the *Act*.

[68] Moreover, there is no magic to the formula "duty of competency". Perhaps it should have been avoided, but, in our view, the debate regarding its acceptability as a basis for liability misses the mark. The phrase clearly relates to fault or negligence, particulars of which are set out in paragraph 73 of the Amended Statement of Claim. Those particulars advert to acts and omissions that may attract liability in tort. At any rate, it is at least arguable that pathological competency is not a matter within the exclusive domain of overseeing professional bodies. The related argument may be summarized as follows: (1) every professional is duty bound to maintain a minimal level of competence in his or her field of activity; (2) any harm-causing failure in respect of that elementary obligation may negatively impact on a large number of recipients of professional services; (3) any such failure is triable in a court of law and may lead to a finding of liability and awards of damages; and (4) more particularly, if the work of a pathologist at a hospital shows a pattern of substandard quality over a significant period such that his or her competence is brought into question, that pathologist should expect his or her employer/principal to take steps with a view to getting the measure of the problem and avoiding harm to referred patients. Those measures might well include a full review of his or her work and notification of that review to the patients in question. Such a foreseeable course of action might well cause those patients to experience mental

distress and anxiety and to incur out-of-pocket expenses for follow-up steps, including medical consultations.

[69]                 Additionally, the following propositions are not plainly wrong: (1) the Regional Hospital owed a duty in tort to select competent medical staff, including a competent Chief of Pathology and Director of Clinical Laboratory Services; (2) it also owed a duty in tort to implement processes to monitor Dr. Menon's competence in all facets of his work at the Miramichi Regional Hospital and, where warranted, to compel remedial action; (3) both the Regional Hospital and Dr. Menon, as Chief of Pathology and Director of Clinical Laboratory Services, were required to establish systems for the safe operation of the pathology department and laboratory at the Miramichi Regional Hospital, all with a view to preventing the institutional failures described in the Amended Statement of Claim; (4) Dr. Menon, as Chief of Pathology and Director of Clinical Laboratory Services, was duty bound to discharge his manifold responsibilities in competent fashion; and (5) competency in any of those areas of responsibility is not a matter reserved exclusively, if at all, for overseeing professional bodies. Every Chief of Pathology and Director of Clinical Laboratory Services is duty bound to maintain a minimal level of competence in the discharge of his or her responsibilities, and any harm-causing failure to do so may give rise to liability in a court of law. More specifically, if the work of a Chief of Pathology and Director of Clinical Laboratory Services is significantly substandard over an extended period, his or her competence may be brought into question. If that occurs, he or she should expect the hospital to take steps with a view to sizing up the problem and avoiding harm to patients. Remedial measures could predictably include a wholesale review of the pathology work in the department and laboratory under his or her supervision, and notification of same to the patients in question. That process might well result in mental distress and anxiety for the patients as well as out-of-pocket expenses for follow-up medical consultations.

[70]                 In our view, it is far from plain and obvious that the Amended Statement of Claim fails to disclose a cause of action in tort against Dr. Menon, as Chief of

Pathology, Director of Clinical Laboratory Services and/or as on-site anatomical pathologist.

[71] As for the claim based on vicarious liability, it is articulated, albeit imperfectly, in paragraph 67 of the Amended Statement of Claim:

**Vicarious Liability**

67. The [Regional Hospital] is corporately and systemically liable. The [Regional Hospital] is also vicariously liable for all loss or damage caused by [Dr. Menon] due to having sponsored to the College, credentialed, and maintained on medical staff, a pathologist who was not competent.

[72] The motion judge found that “[o]n the basis [...] there is a cause of action against Dr. Menon for negligence and/or breach of contract and/or breach of fiduciary duty, the [Regional] Hospital could be vicariously liable to the Plaintiffs” (para. 45). He made that finding although the claim against the Regional Hospital on the basis of vicarious liability, as formulated in paragraph 67 of the Amended Statement of Claim, is far from a model of clarity. Indeed, paragraph 67 actually provides particulars of direct liability on the part of the Regional Hospital. Yet, one can reasonably infer from a generous reading of the Amended Statement of Claim that the particulars of Dr. Menon’s fault or negligence, including his failure to implement adequate quality assurance and quality control programs, are provided as foundational material for the Regional Hospital’s vicarious liability.

*(b) The claims against the Regional Hospital and Dr. Menon based on breach of contract and breach of fiduciary duties and the claim against the Regional Hospital for equitable fraud*

[73] The plaintiffs further plead the Regional Hospital is liable for breach of contract, breach of fiduciary duty and “equitable fraud”. Those allegations are set out in paragraphs 68-72 of the Amended Statement of Claim:

### **Breach of Contract**

68. [Dr. Menon] has a contractual relationship for the provision of medical services to the Plaintiffs and other patients. A major or important part of the contractual relationship is to provide the Plaintiffs and Class Members with peace of mind and psychological benefit. An implied term of that contractual relationship is that the [Regional Hospital] would employ competent and properly trained and supervised personnel in its pathological processes, and that it would have a proper quality assurance program, proper controls, and ensure an appropriate level of expertise and specialization among the pathology medical staff charged with responsibility for interpretation of pathology testing, in the exercise of its contractual duties arising out of the testing, diagnosis and treatment of the Plaintiffs and Class Members. The [Regional Hospital] has breached this contractual duty.

69. Another implied term of the contractual relationship was that the [Regional Hospital] would promptly and appropriately notify the Plaintiffs and other patients of the discovery of testing errors and of the decision to embark on retesting of tissue samples, in a manner calculated to minimize the worry and concern that patients would feel.

70. One of the purposes of accurate and reliable pathology testing is to provide peace of mind to the patient. The nature of the contractual relationship is such that it was foreseeable and/or within the reasonable contemplation of the parties that the [Regional Hospital]'s breaches of contractual duty set out herein would entail mental distress by the Plaintiffs and other patients.

### **Breach of Fiduciary Duty**

71. The [Regional Hospital] stands in the position of fiduciary to the Plaintiffs and Class Members and has a duty of utmost good faith to be open and candid with the Plaintiffs and Class Members, and not to withhold information. The representative Plaintiffs repeat the foregoing and say that the [Regional Hospital] has violated duties of disclosure of a fiduciary nature, existing between the [Regional Hospital] and its patients. The [Regional Hospital] exercised its sole discretion in its decision not to tell the Plaintiffs and Class Members in a timely manner of

the potential diagnosis problems. In so doing, the [Regional Hospital] preferred its own interests to those of the Plaintiffs and Class Members. It did so in a manner that affects the interests of the Plaintiffs and Class Members by denying such persons knowledge of their medical conditions and the opportunity to seek early medical treatment. The Plaintiffs and other Class Members were peculiarly vulnerable and at the mercy of the [Regional Hospital] in the exercise of its sole discretion. The Plaintiffs and other Class Members had no way of knowing of the [Regional Hospital]'s failure to ensure complete, accurate diagnostic testing but for the [Regional Hospital] informing them.

**Equitable Fraud**

72. Having regard to the fiduciary relationship between the [Regional Hospital] and the Plaintiffs and Class Members described above, the conduct of the [Regional Hospital] in failing to disclose to the Plaintiffs and Class Members the potential diagnostic diagnosis problems at the earliest opportunity was unconscionable and constituted equitable fraud committed against the Plaintiffs and Class Members.

We address these three causes of action in reverse order.

[74] The objection in relation to “equitable fraud” is, in our view, merely one of form. The label “equitable fraud” may be inapt, but that does not mean the wrongdoing described in paragraphs 71-72 of the Amended Statement of Claim, unconscionable withholding of critical healthcare information, is not actionable.

[75] As for the claim in damages for breach of fiduciary duties, its pleaded constituent elements are: (1) the Regional Hospital was in the position of fiduciary vis-à-vis its patients who were “peculiarly vulnerable” and at its mercy “in the exercise of its sole discretion” because they could not know of its failure “to ensure complete, accurate diagnostic testing but for the [Regional Hospital] informing them”; (2) as such, the Regional Hospital owed its patients a duty of utmost good faith, which, in turn, required it to be open and candid, and to disclose in timely fashion healthcare information critical

to their well-being; (3) the Regional Hospital breached its duty of good faith by choosing to withhold for an unconscionable length of time the problems with Dr. Menon's work as Chief of Pathology, Director of Clinical Laboratory Services and on-site pathologist; (4) in so doing, the Regional Hospital preferred its own interests to those of its patients; and (5) as a result, the interests of the members of the proposed Class were detrimentally affected.

[76] The requirements of a cause of action for breach of fiduciary duty, outside existing categories, are set out in *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261. As explained in the case headnote, it must be established that: (1) the alleged fiduciary has undertaken, expressly or implicitly, to act in the best interests of the alleged beneficiary or beneficiaries; (2) a defined person or class of persons is vulnerable to a fiduciary's control; and (3) a legal interest or a substantial practical interest of the beneficiary or beneficiaries stands to be adversely affected by the alleged fiduciary's exercise of discretion or control. Of course, in the present context, the issue is whether the Amended Statement of Claim discloses a cause of action for breach of fiduciary duties. In our view, the requirements postulated in *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society* are pleaded in the Amended Statement of Claim. In other words, it is not plain and obvious that the Amended Statement of Claim fails to disclose a cause of action for breach of fiduciary duties.

[77] Insofar as the claims in contract are concerned, the pertinent parts of the Amended Statement of Claim are broadly worded, and, in any event, should not be read as if they were provisions of a penal statute. It behooves the Court to give those parts a generous interpretation with a view to doing right according to law, bearing in mind the limited filtering role played by certification. Paragraphs 68 and 70, in particular, may reasonably be read as referring, not only to an implied contract between the members of the proposed Class and the respondents, collectively or individually, but, as well, to any contract for pathology-related services between the respondents. In any case, had it been necessary, we would have been disposed to allow any appropriate amendment to the Amended Statement of Claim pursuant to Rule 62.21(4). With respect to contracts

between the respondents pertaining to pathology-related services, a panel member raised at the hearing the issue of the applicability and effect of s. 4 of the *Law Reform Act*, R.S.N.B. 2011, c. 184, giving the parties an opportunity to make representations on point.

[78] Dealing first with the hypothesis of a contractual relationship between the members of the proposed Class and the Regional Hospital, we are of the view it is at least arguable that the former, *qua* patients, were parties to a contract (deemed or implied) with the latter, which contract could be understood as featuring the terms specified in paragraphs 68-70 of the Amended Statement of Claim. After all, one readily assumes specimen(s) taken from the bodies of the members were entrusted to the Regional Hospital on the understanding that they would be competently examined, assessed and reported on and that the pathology testing would be undertaken within a department and laboratory with suitable safeguards against systemic failures of the kind described in the Amended Statement of Claim. Moreover, the services provided by the Regional Hospital to the members of the proposed Class were not free of charge. Valuable consideration for those services flowed from Medicare to the Regional Hospital. That said, the analysis must go beyond the traditional approach to the formation of contracts.

[79] Indeed, the jurisprudence on point may not reflect the current state of the law in this province. That is so because the law of privity of contract has been changed through s. 4 of the *Law Reform Act*:

**Privity of contract**

4(1) Unless the contract provides otherwise, a person who is not a party to a contract but who is identified by or under the contract as being intended to receive some performance or forbearance under it may enforce that performance or forbearance by a claim for damages or otherwise.

4(2) In proceedings under subsection (1) against a party to a contract, any defence may be raised that could have been raised in proceedings between the parties.

**Connexité contractuelle**

4(1) Sauf stipulation contraire du contrat, une personne qui n'y est pas partie mais qui est identifiée par le contrat ou en vertu de celui-ci comme devant bénéficier de quelque exécution ou abstention en vertu du contrat peut faire exécuter le contrat ou l'abstention par une réclamation en dommages-intérêts ou autrement.

4(2) Dans les procédures prévues au paragraphe (1) contre une partie à un contrat, peut être soulevé tout moyen de défense qui aurait pu être soulevé dans les

procédures entre les parties.

4(3) The parties to a contract to which subsection (1) applies may amend or terminate the contract at any time, but if by doing so, they cause loss to a person described in subsection (1) who has incurred expense or undertaken an obligation in the expectation that the contract would be performed, that person may recover the loss from any party to the contract who knew or ought to have known that the expenses would be or had been incurred or that the obligation would be or had been undertaken.

4(3) Les parties à un contrat auquel le paragraphe (1) s'applique peuvent modifier ou mettre fin au contrat en tout temps mais si, ce faisant, elles causent une perte à une personne décrite au paragraphe (1) qui a engagé des dépenses ou contracté une obligation dans l'expectative que le contrat serait exécuté, cette dernière peut recouvrer sa perte d'une partie quelconque au contrat qui savait ou aurait dû savoir que les dépenses seraient ou étaient engagées ou que l'obligation serait ou avait été contractée.

4(3.1) For the purposes of subsection (1), a person who is identified by or under a contract as being intended to receive some performance or forbearance under it includes

4(3.1) Aux fins d'application du paragraphe (1), une personne qui est identifiée par un contrat ou en vertu de celui-ci comme devant bénéficier de quelque exécution ou abstention en vertu du contrat comprend :

(a) a person who is intended to receive the performance or forbearance only in certain circumstances, if those circumstances occur, and

a) une personne qui ne doit bénéficier de l'exécution ou de l'abstention que dans certaines circonstances, si elles surviennent;

(b) a person who is not named in the contract but is a member of a class of persons intended to receive the performance or forbearance.

b) une personne qui n'est pas nommée dans le contrat, mais qui appartient à une catégorie de personnes devant bénéficier de l'exécution ou de l'abstention.

[80]

The members of the proposed Class, *qua* patients, were arguably the intended beneficiaries of any contract for services, to which the Regional Hospital and Dr. Menon, as Chief of Pathology, Director of Clinical Laboratory Services and on-site pathologist, were parties. Tracking the wording of s. 4(3.1)(b), the members of the proposed Class, although not named in any such contract, might well be “member[s] of a class of persons intended to receive the performance” of some of the Regional Hospital’s obligations thereunder. Under s. 4(1), members of the proposed Class, as members of the class referenced in s. 4(3.1)(b) “may enforce that performance [...] by a claim for damages or otherwise” (emphasis added). For an acknowledgement of the applicability

and effect of s. 4 of the *Law Reform Act* in other contractual contexts, see *Walsh v. Nicholls*, 2004 NBCA 59, 273 N.B.R. (2d) 203, Drapeau C.J.N.B. for the Court, at para. 49, and *Beaulieu v. Day & Ross*, 2005 NBCA 25, 280 N.B.R. (2d) 201, Robertson J.A. for the Court, at para. 11.

[81] As for Dr. Menon, it is the proposed representative plaintiffs' pleaded contention that, as Chief of Pathology, Director of Clinical Laboratory Services and on-site anatomical pathologist, he was under an implied contractual relationship to maintain his competency, which, for practical purposes, meant he was expected to avoid the failures detailed in paragraph 73 of the Amended Statement of Claim. In this regard, it bears underscoring, once again, that specimen(s) taken from the bodies of the members of the proposed Class were entrusted to Dr. Menon on the understanding that they would be competently examined, assessed and reported on. Moreover, and in reality, whenever he dealt with a specimen, Dr. Menon was dealing with a particular patient. As mentioned, that patient would have expected pathology testing through a department and laboratory with suitable safeguards against systemic failures of the kind described in the Amended Statement of Claim. That testing, department and laboratory fell within the scope of Dr. Menon's responsibilities, and his services were not provided free of charge. Valuable consideration flowed to him from Medicare. According to the Amended Statement of Claim, it was foreseeable that a failure on Dr. Menon's part "to maintain competency leading to a general questioning of his surgical pathology diagnoses and the need to repeat or reread his tests, would cause mental distress to [his] patients". A key component of that relationship was the provision of "peace of mind and psychological benefit" (see para. 68). Obviously, the intent of that plea is to bring into the mix *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3, as an if-necessary fallback position to the claim in tort, thereby opening the door to an arguably more generous approach to general damages for non-physical harm. That is likewise the case for the claims based upon breach of fiduciary duties.

[82] Section 4(1) of the *Law Reform Act* may allow the members of the proposed Class to enforce, by a claim for damages, the performance of some of Dr.

Menon's obligations under the contract(s), whether express or implied, with the Regional Hospital. That would be the case if the claimants, although not named in any such contract, are found to be "member[s] of a class of persons intended to receive the performance" of Dr. Menon's contracted services as Chief of Pathology, Director of Clinical Laboratory Services and as on-site anatomical pathologist.

[83] Finally, it is alleged in paragraph 74 of the Amended Statement of Claim that Dr. Menon owed the duty of competency particularized in paragraph 73 by virtue of the law of fiduciary duties. In this regard, we can do no better than refer to our observations regarding the claim for breach of fiduciary duties against the Regional Hospital. While the cause of action based upon Dr. Menon's breach of those duties may be novel, it is not plain and obvious that it is not legally cognizable.

(c) *The remedies sought, with focus on out-of-pocket expenses and damages for mental distress and anxiety*

[84] The Amended Statement of Claim features the broad proposition that any loss resulting from the defendants' breach of their obligations was foreseeable. The proposed representative plaintiffs contend all loss "arising from change or error in Menon's diagnoses attracts a remedy in damages, whether due to a breach by Menon of the applicable standard of care or not, on the basis that had the [Regional Hospital] not sponsored, credentialed and maintained a pathologist who was incompetent, and had Menon fulfilled his duty to maintain competency, his individual errors, whether in breach of standard or not, would not have occurred" (emphasis added).

[85] The Amended Statement of Claim provides particulars of the loss and damage sustained by the proposed Class members, whether their initial pathological diagnosis was correct or not:

76. Particulars of the loss or damage suffered by the Plaintiffs and Class Members include the following:

- (a) pain, suffering, and loss of quality and enjoyment of life and loss of life expectancy;
- (b) mental distress, frustration, anxiety, displeasure, vexation, tension, aggravation, upset, inconvenience and all of a degree sufficient to warrant compensation;
- (c) loss of faith and confidence in pathology and in the reliability of diagnostic testing in health care generally;
- (d) past and future loss of income and earning capacity;
- (e) past and future cost of care;
- (f) loss of consortium and loss of guidance, care and companionship; and
- (g) out-of-pocket expenses.

77. Particulars of the loss or damage suffered by Class Members, whether their initial pathological diagnosis was correct or not, include the following:

- (a) pain, suffering, and loss of quality and enjoyment of life and loss of life expectancy;
- (b) mental distress, frustration, anxiety, displeasure, vexation, tension, aggravation, upset and inconvenience;
- (c) loss of faith and confidence in pathology and in the reliability of diagnostic testing in health care generally;
- (d) past and future loss of income and earning capacity;
- (e) past and future cost of care;
- (f) loss of consortium and loss of guidance, care and companionship; and
- (g) out-of-pocket expenses.

78. As well, as a result of the improper pathology processes performed at the Miramichi Regional Hospital and the failure of the Defendants to take proper and appropriate steps to prevent or minimize the effects of these improper pathology processes, Class Members who are the wives, husbands, parents, children, brothers or sisters of deceased persons, have also suffered damages recognized pursuant to the *Fatal Accidents Act*, R.S.N.B., 1973, c. F-7. These damages include:

- (a) Pecuniary losses resulting from the injury to such deceased persons, expenses incurred for the benefit of such deceased persons, travel expenses incurred in visiting such deceased persons during their treatment and recovery;
- (b) A reasonable allowance for loss of income and the value of nursing, housekeeping and other services rendered to such deceased persons;
- (c) An amount to compensate for the loss of companionship incurred and grief suffered; and
- (d) Reasonable expenses of the funeral and disposal of the body of the deceased.

**Aggravated Damages**

79. The activities of the Defendants were carried out with reckless, callous and wanton disregard for the health, safety and pecuniary interests of the Plaintiffs and Class Members. The Defendants knowingly compromised the interests of the Plaintiffs and Class Members, solely for their own purposes. Furthermore, once the [Regional Hospital] knew of Dr. Menon's history, the shortcomings in the turnaround time and in the procedures followed at the pathology lab at the Miramichi Regional Hospital and the resulting dangers to the physical and psychological health of the Plaintiffs and Class Members, the [Regional Hospital] failed to take remedial action and failed to advise the Plaintiffs and Class Members in a timely fashion, or fully, or at all.

80. The above described actions of the Defendants are independently actionable in negligence, in contract and for breach of fiduciary duty as pleaded herein and

consequently, the Plaintiffs and Class Members are entitled to aggravated damages, commensurate with the Defendants' outrageous behaviour.

[Emphasis added.]

With respect to paragraph 80, s. 3(1) of the *Law Reform Act* bears consideration. It states that an independent actionable wrong is not required for the successful prosecution of a claim for aggravated damages.

[86] The Amended Statement of Claim ends with the following prayer for relief:

- (a) an order certifying the proceeding as a class proceeding on behalf of all patients whose pathology specimens were analyzed at the laboratory of the [Regional Hospital] between 1995 and 2007;
- (b) general damages;
- (c) special damages;
- (d) aggravated damages;
- (e) the costs of providing appropriate notice to Class Members and administering this proposed class action for their benefit;
- (f) interest pursuant to the provisions of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2 and *Rules of Court*, N.B. Reg. 82-73; and
- (g) such further and other relief as this Honourable Court deems just. [para. 81]

[87] As mentioned, we are of the view that the motion judge mischaracterized and erroneously described the action on behalf of all members of the proposed Class against Dr. Menon as no more than a run-of-the-mill medical malpractice case involving negligent examinations and assessments of specific specimens. The claims advanced for all proposed Class members against Dr. Menon and the Regional Hospital are founded

upon systemic failures with class-wide effects. In fact, the claims against Dr. Menon closely mirror those against the Regional Hospital in connection with the alleged failure to implement systems susceptible of preventing the unacceptable level of substandard work which, in turn, triggered the Regional Hospital's decision to retest the specimens and issue the related notice of retesting to the proposed Class members. The action on behalf of all proposed Class members does not pursue claims against Dr. Menon for negligence in his assessment of a particular specimen: that action proceeds upon a plea of hospital-based malpractice founded on systemic failures with class-wide effects (e.g. out-of-pocket expenses, as well as compensable mental distress and anxiety).

[88] That is not to say that members of the proposed Class may not prosecute additional claims traceable to Dr. Menon's negligence in examining and assessing their specimen(s). In that regard, James Bliss Wilson's particular story, as reported in paragraphs 52-64 of the Amended Statement of Claim, bears mention:

Representative Plaintiff- James Bliss Wilson

52. This Plaintiff had pathology tests performed on 3 different occasions at the Miramichi Regional Hospital on tissue samples taken from his prostate region.

53. The first set of biopsies were taken on January 8, 2004. At that time 6 samples were tested and the results indicated non-malignancy.

54. The second set of biopsies were taken on November 30, 2005. At that time a further 8 samples were tested and the results again indicated non-malignancy.

55. The third set of biopsies were taken on January 29, 2007. At that time 11 samples were tested and the results indicated that 3 samples were positive for adenocarcinoma and 4 samples were intraepithelial neoplasia, high grade.

56. In or about 2007-2008 Dr. Rosemary Henderson conducted a review of the pathology tests previously performed on this Plaintiff's first 2 sets of samples taken in 2004 and 2005. This Plaintiff was not advised by correspondence that this review was being carried out.

57. The pathology review showed that 1 sample from the biopsies taken in 2004 tested positive for adenocarcinoma and 2 samples from the biopsies taken in 2005 tested positive for adenocarcinoma. The pathology review of the 2005 samples further showed that this Plaintiff had cancer on both sides of his prostate.

58. As a result of the incorrect diagnosis of the biopsies taken in 2004 and 2005, this Plaintiff did not receive any treatment for cancer of the prostate, until it was eventually diagnosed on or after January 29, 2007.

59. This Plaintiff states that had his biopsies from 2004 and 2005 been correctly diagnosed, prostate cancer would have been diagnosed at that time and he would have had surgery to remove his prostate and he would not have required any further treatment.

60. As a result of the incorrect diagnosis of the 2004 and 2005 samples, this Plaintiff required 4 hormone needles, one every 3 months, over a 1 year period with the last injection occurring in November 2007. These treatments would not have been necessary if the biopsies performed in 2004 and 2005 had been correctly diagnosed.

61. This Plaintiff also had 2 brachytherapy treatments and 22 radiation treatments as a result of the incorrect diagnosis. These treatments also would not have been necessary if the biopsies performed in 2004 and 2005 had been correctly diagnosed.

62. As a result of the radiation treatments, this Plaintiff has subsequently had to have his urethra scraped due to urine flow obstruction. He was also required to use a foley catheter, has developed cystitis and takes medication every day to assist with urine flow. These problems would not have occurred if this Plaintiff's original biopsies had been correctly diagnosed.

63. This Plaintiff was shocked to learn that he had cancer and has had to endure painful and unnecessary procedures due to the incorrect diagnosis of his original biopsies.

64. This Plaintiff no longer has trust and confidence in treatment received at the Miramichi Regional Hospital in

particular and in the New Brunswick health care system in general.

We pause to express the view that, neither the fact that common issues may apply only to some members of the proposed Class, such as Mr. Wilson, nor the fact that additional liability- and quantum-related procedures may be required to achieve a just result for some members constitutes a valid reason to deny certification (see ss. 9, 29 and 30 of the *Class Proceedings Act*). This brings us to the question of whether the Amended Statement of Claim discloses an action for compensable mental distress and anxiety.

[89] In his reasons for decision, the motion judge refers to the claims for mental distress and anxiety allegedly suffered by all the proposed Class members as a result of being informed of the uncertain nature of their true health condition, an uncertainty that persisted until they were advised of the results of the retesting of their specimen(s). However, he goes on to consider the affidavit evidence in the record and finds that none of the three proposed Class representatives had been diagnosed with a “recognized psychological or psychiatric illness”. In the motion judge’s understanding of the record, the evidence indicated they had experienced no more than fear of an initial misdiagnosis and worry about the outcome. After referring to *Healey and Mustapha v. Culligan*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, the motion judge turned his attention to the action’s merits and chances of success at trial, finding “it is plain and obvious that the Plaintiffs could not succeed in establishing the causes of action for mental stress in the absence of a physical injury” and that “[n]o evidence [had been] submitted in that regard” (paras. 46-53). As indicated, this consideration of the merits of the case reflects a line of inquiry that is beyond the scope of the certification process (see *Hollick*, at para. 16, and *Vivendi Canada Inc.*, at para. 4).

[90] In *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, a case involving a motion to strike a statement of claim for failure to disclose a reasonable cause of action pursuant to a rule of procedure analogous to our Rule 23, the plaintiffs claimed to have suffered damages as a result of mental distress, anger, depression and anxiety as a consequence of the misconduct of police officers. The defence argued that,

even if the plaintiffs could prove the other elements of the tort, it was plain and obvious that the action based on misfeasance must fail as the damages claimed were not recoverable. The Court rejected that argument for the following reasons:

Although courts have been cautious in protecting an individual's right to psychiatric well-being, compensation for damages of this kind is not foreign to tort law. As the law currently stands, that the appellant has suffered grief or emotional distress is insufficient. Nevertheless, it is well established that compensation for psychiatric damages is available in instances in which the plaintiff suffers from a "visible and provable illness" or "recognizable physical or psychopathological harm": see for example *Guay v. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 S.C.R. 216, and *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99. Consequently, even if the plaintiffs could prove that they had suffered psychiatric damage, in the form of anxiety or depression, they still would have to prove both that it was caused by the alleged misconduct and that it was of sufficient magnitude to warrant compensation. But the causation and magnitude of psychiatric damage are matters to be determined at trial. At the pleadings stage, it is sufficient that the statement of claim alleges that the plaintiffs have suffered mental distress, anger, depression and anxiety as a consequence of the alleged misconduct. [para. 41]

[Emphasis added.]

[91] Logically, a plaintiff who goes further and alleges in his pleading that he or she is the victim of actionable misconduct and, as a result, suffered mental distress and anxiety to a degree sufficient to warrant compensation has pleaded a valid cause of action. The appellants allege in their Amended Statement of Claim that all members of the proposed Class have suffered mental distress and anxiety to "a degree sufficient to warrant compensation" as a result of the respondents' wrongful acts and omissions. Assuming those allegations are true, there is no question in our minds that the Amended Statement of Claim discloses a cause of action for damages for mental distress and anxiety. To put it differently, it is not plain and obvious that the Amended Statement of Claim fails to disclose a cause of action against both respondents for those damages. As the Supreme Court of Canada points out in *Odhavji Estate* "the causation and magnitude of psychiatric damage are matters to be determined at trial" (para. 41). In the case at

hand, the issues of causation and compensability should be dealt with after the liability-related common issues that we delineate hereinafter have been tried.

[92] We would nonetheless add that, in our view, the recoverability of damages for psychological harm that falls short of a medically recognized illness remains an open question, at least in the context of class proceedings for systemic failures in the provision of healthcare services for potential cancer or cancer-related diseases. Several commentators have advanced strong arguments in favour of interpreting *Mustapha* as relaxing the threshold. Perhaps tellingly, in *Mustapha*, Chief Justice McLachlin did not resort to the “recognized psychiatric illness” formula, despite reference to that standard in at least one of the written submissions. At any rate, the debate over the application of the “recognized psychiatric illness” or the “serious and prolonged psychological injury” (*Mustapha*) threshold to a case such as the present one gives rise to two fairly basic questions: (1) does the phrase “annoyances, anxieties and fears that people living in a society routinely, if sometimes reluctantly, accept” (emphasis added) (see *Mustapha*, at para. 9) capture what a reasonable person at risk for cancer or cancer-related disease would experience upon being advised of the need to retest his or her specimen(s) because of doubts regarding the previously communicated diagnosis?; and (2) can the effect of that re-appraisal and its by-products be fairly equated to “upset” of the “minor and transient” kind? (see *Mustapha*, at para. 9).

[93] Moreover, and more generally, the “recognized psychiatric illness” standard has been criticized, notably by trial courts and academic commentators, as unduly restrictive, overly cautious, and out of step with the expansionary trends of modern negligence law (see Philip H. Osborne, *The Law of Torts*, 3<sup>rd</sup> ed. (Toronto: Irwin Law, 2007) at p. 82). That broad criticism seems even more compelling in the context of class proceedings, where some of the policy concerns (e.g. fear of fraudulent claims) that drive judicial acceptance of the threshold lack traction (see Louise Bélanger-Hardy, “Reconsidering the ‘Recognized Psychiatric Illness’ Requirement in Canadian Negligence Law” (2013) 38:2 Queen’s LJ 583). It is difficult to imagine how the large

scale conspiracy required to advance class-wide fraudulent claims of psychological harm would not be easily exposed.

[94] That said, there is no need to get entangled in that debate prior to the determination of the liability-related common issues identified hereinabove. After all, and as we have emphasized, Class members seek more than general damages for mental distress and anxiety common to all. Let us assume, for the sake of argument only, that the motion judge was entitled to determine as a matter of fact that none of the representative plaintiffs suffered mental distress or anxiety to a degree compensable at law. Any such determination would not necessarily put an end to the prosecution of the action under the *Class Proceedings Act*, as the motion judge seems to have thought. That is so for at least two reasons.

[95] First, the Amended Statement of Claim includes a claim for “out of pocket expenses”. As a result of the remedial actions taken by the Regional Hospital in response to what it considered to be the alarming extent of substandard work by Dr. Menon, each member of the proposed Class was expected to attend upon a medical doctor for information, advice and follow-up action. That process necessarily entailed out-of-pocket expenses, such as travel and other incidental expenses. For the well-to-do the amount involved may seem negligible, but for the poor and the middle class they are not. Each member of the proposed Class has arguably a cause of action for the recovery of those out-of-pocket expenses. Accordingly, even if the claim for general damages in relation to mental distress and anxiety could not succeed at trial, the claims for out-of-pocket expenses would remain and require adjudication. The denial of certification closes the door on recovery for out-of-pocket expenses, at least within the framework of a class proceeding. That result is untenable.

[96] Second, there are indications that some members of the proposed Class suffered particularly severe non-physical harm, in addition to physical injury, as a result of the fault or negligence alleged in the Amended Statement of Claim. Their claims should stand and be processed by way of class action even if it were concluded that damages are not recoverable for so-called “routine” or “every-day” mental distress and

anxiety on a class-wide basis. Once again, the decision under appeal closes the door on recovery for those claims, at least within the framework of a class proceeding. That result is also untenable.

(2) The Class

[97] The appellants proposed the following Class:

- a) Patients, including their estates, whose tissue samples underwent pathology testing for potential cancer or potential cancer-related disease, and were reported by [Dr. Menon], at the [Regional Hospital] during the class period, and whose tissue samples the [Regional Hospital] subsequently caused to be retested; and,
- b) Children, parents and spouses (as defined by the *Fatal Accidents Act*), of deceased patients (estates).
- c) The “Class Period” is defined as: January 1, 1995 to February 7, 2007, or such other dates as may be approved by the court.
- d) Such other persons as the Court recognizes and directs.

[98] At the hearing in this Court, the appellants agreed to delete (d) and to remove the phrase “or such other dates as may be approved by the Court”. Of course, the class action judge may yet approve other dates and adjust the Class definition if the interests of justice so require.

[99] In any event, the motion judge concluded the proposed Class did not meet the requirements of s. 6(1)(b) (class definition) for the following reasons:

[...] This definition should provide a basis by which the members of the class can reasonably be identified in an objective manner. As it is presented, it would be difficult for any of the 15,700 patients who had their biopsy retested

to identify themselves whether they are or not part of that class. Who would know without consultation with an expert if their tissue samples underwent pathology testing “for potential cancer or potential cancer related [disease]”.

[...]

From what this court has defined to be the causes of action, not all patients have a claim against Dr. Menon and/or the Hospital. This definition lacks parameters of the lawsuit so as to identify those persons who are bound by its result and who should be notified. The definition is unduly broad.

While it was conceded by the Hospital and Dr. Menon that a proper cause of action is found in the pleadings of this litigation, proof of these allegations inevitably breaks down into individual claims. Notifying all of the Plaintiffs’ proposed class members would cause upset amongst persons who are not entitled to compensation. It would also compound the already existing problems with the proposed common issues as it will be discussed. [paras. 75 and 77-78]

[100] In general terms, *Hollick* sheds light on the requirements of an identifiable class for s. 6(1)(b) purposes. We would summarize them as follows: (1) it must be shown that membership in the proposed Class is ascertainable by objective criteria, without having to delve into the merits of the action (para. 17); (2) there must be a rational relationship between the proposed Class and the asserted common issues (para. 19); and (3) the plaintiffs have a low threshold obligation to show that the proposed Class is not unduly broad and that it cannot be defined more narrowly without arbitrarily excluding individuals who share the same interest in the resolution of the common issues (paras. 20-21).

[101] The “identifiable class” requirement entails a fair degree of interconnection or interdependence between the criteria under ss. 6(1)(b) (class definition) and 6(1)(c) (common issues). As the Ontario Court of Appeal states in *Cloud*: “[...] the identification of common issues will often depend in part upon the definition of the identifiable class and vice versa. This particular interrelationship is reflected in the

requirement that there be some rational relationship between the identifiable class and the common issues. Hence the discussion of common issues must have in mind the identifiable class, just as the discussion of identifiable class proceeded in light of the common issues” (para. 48).

[102] The motion judge concluded the “identifiable class” requirement had not been satisfied because, in his view, it would be difficult for patients to identify themselves as Class members as they would not know if their specimen(s) had been tested for cancer-related diseases without calling upon an expert, presumably their personal physician. He also opined the proposed Class was not in synch with the parameters of the lawsuit and was unduly broad. Finally, the motion judge stated: “Notifying all of the Plaintiffs’ proposed class members would cause upset amongst persons who are not entitled to compensation. It would also compound the already existing problems with the proposed common issues as it will be discussed” (para. 78). In our view, the first concern expressed in the quoted statement is manifestly of no import in a principled analysis and its consideration reflects an error in principle. But there is more.

[103] Once he concluded the appellants failed to establish any common issue under s. 6(1)(c), it was no longer open to the motion judge, as a matter of logic, to discern the rational relationship between the proposed Class and common issues, to which reference is made in *Hollick*. However, as mentioned, it is alleged on behalf of all members of the proposed Class that they are victims of preventable systemic failures. And whether the respondents owed legal duties and bore legal obligations for the benefit of the proposed Class, and whether those duties and obligations were breached by the manner in which the pathology department and laboratory were set up and operated, are questions that lie at the heart of each member’s claim based upon those systemic failures. There is an evident relationship between the members of the proposed Class and those common issues. Had the motion judge correctly applied the test to determine the “common issues” question, their existence could not have been overlooked and we have no doubt he would have acknowledged a rational relationship between members of the

proposed Class and common issues, an essential requirement of the “identifiable class” criterion.

[104] Not surprisingly, the appellants take issue with the motion judge’s conclusion that the proposed Class offends the “objectivity” criterion by reason of the possibility members might have to consult an expert to determine if their specimen(s) had been tested for cancer-related diseases. In the appellants’ submission, the “objectivity” criterion is not affected, even assuming such an eventuality. We unhesitatingly agree. Membership in the proposed Class is defined by the objective requirement that the Class member be a person “whose tissue samples underwent pathology testing for potential cancer or potential cancer-related disease, and were reported by [Dr. Menon], to the [Regional Hospital] during the class period, and whose tissue samples the [Regional Hospital] subsequently caused to be retested”. In our view, the proposed Class is not open-ended and it is circumscribed by objective criteria.

[105] In addition, and as mentioned perhaps more often than necessary, it is alleged on behalf of all members of the proposed Class that they have suffered non-physical harm to a degree sufficient to warrant compensation and have incurred out-of-pocket expenses as a result of negligence or fault, breach of contract and breach of fiduciary duties. All members of the proposed Class share the same interest in the resolution of whether the respondents bore the obligations and owed the duties alleged in the Amended Statement of Claim. A narrower class would inevitably leave out individuals who share the same interest.

[106] In our judgment, the “identifiable class” criterion is met and the motion judge erred in principle in coming to the opposite conclusion, which, in our judgment, is unreasonable. As such, that conclusion cannot be sustained.

(3) Common Issues

[107] The “common issues” as formulated by the appellants bear repeating:

- a) Did the [Regional Hospital] owe a duty, in tort or contract or as a fiduciary, to credential competent medical staff, and if so,
- b) Did the [Regional Hospital] breach that duty, and if so when?
- c) Did [Dr. Menon] owe a duty of competence in tort or contract or as a fiduciary, and if so,
- d) Did [Dr. Menon] breach that duty, and if so when?
- e) Are the Defendants, or either of them, liable in tort, contract or for fiduciary breaches, for damages for mental distress?
- f) If so, whether damages for mental distress should be assessed in the aggregate, and if so, what is the quantum of aggregate damages for mental distress?
- g) Is an award of aggravated damages warranted, and if so, whether they can be assessed in the aggregate. And if so, in what amount?
- h) Are the Defendants jointly and severally liable for the remedies for the conduct set out in the [Amended] Statement of Claim?

As will be seen, it is our view that the proposed liability-related issues need tweaking to avoid time-wasting uncertainty.

[108] The motion judge held the appellants had not identified a common issue susceptible of supporting certification after referring to paragraphs 39 and 40 of *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, paragraph 18 of *Hollick* and paragraphs 29 and 39 of *Rumley*. To facilitate understanding of the debate on point, we reproduce those excerpts from the “trilogy”:

(a) *Western Canadian Shopping Centres Inc.*

Second, there must be issues of fact or law common to all class members. Commonality tests have been a source of

confusion in the courts. The commonality question should be approached purposively. The underlying question is whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis. Thus an issue will be “common” only where its resolution is necessary to the resolution of each class member’s claim. It is not essential that the class members be identically situated vis-à-vis the opposing party. Nor is it necessary that common issues predominate over non-common issues or that the resolution of the common issues would be determinative of each class member’s claim. However, the class members’ claims must share a substantial common ingredient to justify a class action. Determining whether the common issues justify a class action may require the court to examine the significance of the common issues in relation to individual issues. In doing so, the court should remember that it may not always be possible for a representative party to plead the claims of each class member with the same particularity as would be required in an individual suit.

Third, with regard to the common issues, success for one class member must mean success for all. All members of the class must benefit from the successful prosecution of the action, although not necessarily to the same extent. A class action should not be allowed if class members have conflicting interests. [paras. 39-40]

(b) *Hollick*

A more difficult question is whether “the claims ... of the class members raise common issues”, as required by s. 5(1)(c) of the *Class Proceedings Act, 1992*. As I wrote in *Western Canadian Shopping Centres*, the underlying question is “whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis”. Thus an issue will be common “only where its resolution is necessary to the resolution of each class member’s claim” (para. 39). Further, an issue will not be “common” in the requisite sense unless the issue is a “substantial ... ingredient” of each of the class members’ claims. [para. 18]

(c) *Rumley*

It would not serve the ends of either fairness or efficiency to certify an action on the basis of issues that are common only when stated in the most general terms. Inevitably such an action would ultimately break down into individual proceedings. That the suit had initially been certified as a class action could only make the proceeding less fair and less efficient. [para. 29]

The final factor is “whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means”: s. 4(2)(e). On this point it is necessary to emphasize the particular vulnerability of the plaintiffs in this case. The individual class members are deaf or blind or both. Litigation is always a difficult process but I am convinced that it will be extraordinarily so for the class members here. Allowing the suit to proceed as a class action may go some way toward mitigating the difficulties that will be faced by the class members. I am in full agreement, therefore, with Mackenzie J.A.’s conclusion that “[t]he communications barriers faced by the students both at the time of the assaults alleged and currently in the litigation process favour a common process to explain the significance of those barriers and to elicit relevant evidence.” As he wrote, “[a] group action should assist in marshalling the expertise required to assist individual students in communicating their testimony effectively” (p. 9). [para. 39]

[109] With respect, it is difficult, if not impossible, to extricate from those excerpts a reasonable justification for the conclusion that the record does not disclose a “common issue”. That said, the concerns which may have influenced the motion judge might be summarized as follows:

- (a) The common issues identified by the appellants would not avoid duplication of fact-finding or legal analysis. Clearly, this concern weighed in the balance because of the motion judge’s narrow understanding of the basis upon which the action stood to be prosecuted on behalf of all members of the proposed Class.

This narrow take on the nature of their claims emerges from paragraph 94 of the reasons for judgment:

Each claimant must, in their particular circumstances of each case, make proof of Dr. Menon's misinterpretation of their initial tissue sample, i.e. that Dr. Menon fell below the standard of care expected of a reasonable and prudent pathologist in the circumstances; his failure to meet the standard of care expected of him resulted in injury suffered by the individual claimant and that the injury suffered is one that is compensable at law. These are the essential elements to prove a claim in negligence. [para. 94]

- (b) Although the proposed "common issues" are stated in general terms, the action would inevitably break down into individual proceedings and certification would make the proceedings less fair and efficient.
- (c) The resolution of the common issues is not necessary for the determination of each proposed Class member's claims and the asserted common issues are not "common" in the requisite sense in that they do not constitute a substantial ingredient of those claims.

[110] The motion judge erred in concluding the requirements of s. 6(1)(c) were not satisfied and the reasons proffered in support of that conclusion reflect a misapprehension of the record and errors in principle. As will be seen, some of the motion judge's concerns relate to procedural preferability rather than the "common issues" question.

[111] The claims advanced on behalf of all members of the proposed Class, whether in tort, breach of contract or breach of fiduciary duties are founded, at least in part, on allegations that Dr. Menon, as Chief of Pathology, Director of Clinical Laboratory Services and on-site pathologist, and the Regional Hospital allowed the pathology department and laboratory to function for many years without the systems necessary for their safe operation (see *Legal Liabilities of Doctors and Hospitals in*

*Canada*, at p. 367, which is quoted with approval in *Comeau*, at para. 56). These systems would have included appropriate quality assurance and quality control programs. It is alleged that systemic failures allowed Dr. Menon's substandard work to go undetected and unremedied for years. Sometime after the problem became known, the Regional Hospital concluded a review of Dr. Menon's work was indicated. In time, it was decided all specimens tested for cancer-related diseases during Dr. Menon's tenure had to be re-examined. It is alleged on behalf of all members of the proposed Class that, as a result of being informed of the retesting for cancer-related diseases, they suffered mental harm to a degree compensable at law and incurred out-of-pocket expenses. Of course, and as mentioned, it is also alleged in the Amended Statement of Claim that the Hospital withheld important medical information for an unconscionably lengthy period and that some members suffered physical harm.

[112] In *Rumley*, the British Columbia Court of Appeal approved certification, with one of the common issues formulated as follows: "Was the defendant negligent or in breach of fiduciary duty in failing to take reasonable measures in the operation or management of the school to protect students from misconduct of a sexual nature by employees, agents or other students at the school?" (para. 21). In that case, the claim was based on systemic negligence: the failure to have in place management and operations procedures that would reasonably have prevented the abuse. In dismissing the appeal against certification, Chief Justice McLachlin, writing for the Supreme Court of Canada, agreed that "class members share an interest in the question of whether the appellant breached a duty of care. On claims of negligence and breach of fiduciary duty, no class member can prevail without showing duty and breach. Resolving those issues, therefore, is 'necessary to the resolution of each class member's claim ...'" (para. 27). Significantly, at least for present purposes, the Court rejected the complaint that whether the school's conduct fell below acceptable standards was an "inescapably individualistic [question] and not amenable to resolution in general terms applicable to all class members" (para. 28). In the Supreme Court of Canada's view, the proposed common issues related to systemic negligence, which was not specific to any one victim but rather to the class of victims as a group and, therefore, the reasonableness of the school's acts or

omissions could be determined without reference to the circumstances of any individual class member (see, as well, *M.C.C. v. Canada (Attorney General)*, [2003] O.J. No. 2698 (Ont. Sup. Ct.) (QL), at para. 60, per Cullity J.).

[113] And so it is in this case. Thus, whether the respondents bore legal obligations and owed legal duties for the benefit of the proposed Class members that were breached by the way the respondents managed and operated the pathology department and laboratory at the Regional Hospital is a necessary and substantial part of each member's claims. None can succeed in recovering damages for harm suffered because of the way the department and laboratory operated throughout the Class period without establishing those obligations or duties, and their breach. The adjudication of these issues will in fact dispose of a substantial part of each member's claims.

[114] Given the way in which the action is framed, we have no doubt that the identification of the nature and extent of the respondents' legal obligations and duties and whether they were breached will go a long way toward achieving a merits-based adjudication. There is simply no gainsaying the significance of the determination of those liability-related issues in the resolution of the underlying dispute. Likewise, it strikes us as beyond serious dispute that the common issues in respect of the respondents' legal obligations and duties and their breach, if any, are far from negligible when viewed in the context of the case as a whole.

[115] All things considered, we can only characterize the failure of the motion judge to discern common issues, at best, as an error in principle and, at worst, as unreasonable and clearly wrong. At any rate, his conclusion on point cannot stand. In our view, the requirements of s. 6(1)(c) have been met.

(4) Procedural preferability

[116] In *AIC Limited*, Cromwell, J., writing for a unanimous Supreme Court of Canada, sets out, at paragraphs 19-49, the principles that come into play in determining whether a class action is the preferable procedure. He also accepts, as we readily do, that

a motion judge's decision on the issue of procedural preferability attracts "special deference because it involves weighing and balancing a number of factors" (para. 65). However, as Justice Cromwell explains, deference cannot insulate the decision on that issue against material errors in principle.

[117] The motion judge offered the following justification for his conclusion that a class action was not the "preferable procedure":

These two concepts, as mentioned above, [in paras. 27-28 of *Hollick*] are found in section 6(1)(d) and 6(2) of our CPA. Rosenberg J.A. in *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, summarizes those applicable principles as set out in *Hollick* by the Supreme Court of Canada as follows:

(1) the preferability inquiry should be conducted through the lens of the three principal advantages of class proceeding: judicial economy, access to justice, and behaviour modification;

(2) "Preferable" is to be construed broadly and is meant to capture the two ideas of whether the class proceeding would be a fair, efficient and manageable method of advancing the claim and whether a class proceeding would be preferable to other procedures such as joinder, test cases, consolidation and any other means of resolving the dispute; and,

(3) The preferability determination must be made by looking at the common issues in context, meaning, the importance of the common issues must be taken into account in relation to the claims as a whole.

Applying these principles to this case, the proposed class action does not satisfy this criteria. To be the preferable procedure, it must represent a fair, efficient and manageable procedure that is preferable to any alternative method of resolving the claims.

The question of standard of care is paramount to the resolution of this dispute and this cannot be determined by means of a class action for the reasons set out earlier. By having Dr. Menon as a party is such that standard of care is

individual to each patient and liability must be determined on an individual basis. Following the determination of the standard of care, causation in fact and causation in law (remoteness) would then have to be determined on an individual basis and quantification of damages would then have to be assessed again on an individual basis.

A great deal of work at a common issue trial will be of no utility for an individual claimant and will offer little in the way of judicial economy. A procedure pursuant to the Simplified Procedure under Rule 79, if outside the monetary jurisdiction of the Simplified Proceedings under Rule 80, would be the preferable procedure. [paras. 105-108]

[118] The suggestion that individual simplified proceedings under Rule 79 or small claims actions “would be the preferable procedure” is driven by two closely-related misapprehensions. The first is that the Amended Statement of Claim discloses no more than individual claims based on a run-of-the-mill medical malpractice in relation to each proposed Class member. The Amended Statement of Claim does much more than that: it formulates on behalf of all members of the proposed Class a case of hospital-based malpractice founded on systemic failures with class-wide effects (e.g. out-of-pocket expenses, as well as compensable mental distress and anxiety). The second misapprehension is that the record does not reveal common issues, all claims being individual and requiring adjudication on the basis of considerations that do not transcend the particular claimant’s situation. As we have endeavoured to demonstrate, the very opposite conclusion is warranted.

[119] In our assessment, the record reveals “common issues” within the meaning of s. 6(1)(c). That finding and the principles set out in *AIC Limited* militated strongly in favour of the conclusion that a class proceeding would be the preferable procedure in the case at hand (see, on point, the comments of Cullity J. at paragraphs 69-70 of *M.C.C.* and those of Goudge J.A. at paragraphs 76-77 of *Cloud*).

[120] Indeed, the scales of justice tilt heavily in favour of class action preferability after account is taken of the considerations enunciated in ss. 6(2)(a), (b), (c),

(d) and (e). In particular, there is no doubt in our mind that a trial of the common issues we have identified would provide a fair, efficient and manageable method of advancing the claims pleaded. The inquiry into the common issues would delve into the pleaded allegations of misconduct on the part of the Regional Hospital and Dr. Menon, including the alleged wrongdoing in relation to his hiring and monitoring, as well as the management, operation and supervision of the pathology department and laboratory and the delivery of pathology services. It would also deal with the appropriateness and timeliness of the remedial measures taken by the Regional Hospital. Likewise, it would deal with what was expected of the class members in response to notice of the retesting. All of those issues can be determined without regard to the idiosyncrasies of class members. Thus, a trial of the common issues identified hereinabove would make it unnecessary to establish liability more than once and, in our respectful judgment, the resolution of those common issues would contribute greatly to achieving a just resolution of the dispute on the merits.

[121] As we have seen, an important ingredient of the claims of all members of the proposed Class relates to the quality of the services provided by the pathology department and laboratory, which Dr. Menon headed and supervised, and, more particularly, the defendants' failure to have in place policies and practices that would have allowed an earlier detection of Dr. Menon's allegedly widespread incompetent work. As mentioned, the resolution of these issues cannot be described as insignificant in relation to outstanding individual issues and the claim as a whole. Recall that in *Rumley*, certification was allowed and the common issues were defined in a fashion similar to what we envisage even though, following the resolution of the common issues, adjudication of causation- and injury-related issues might be required on an individual basis. The common issues we propose for immediate determination "predominate over any questions affecting only individual members" (s. 6(2)(a)). Moreover, the resolution of those common issues would, when viewed in the context of the case as a whole, significantly contribute to "the fair and efficient resolution of the dispute" (s. 6(1)(d) and s. 6(2)).

[122] Of course, in terms of judicial economy and access to justice, resort to an evidentiary record is hardly necessary for the realization that a single trial of the common liability-related issues we have identified would go a long way in achieving judicial economy and that access to justice would be facilitated to an appreciable extent. One need only consider the cost of proving liability to recognize that a member of the proposed Class, whatever his or her means might be, would be loath to take on such a burden on his or her own in an individual proceeding. In that regard, much of what Cromwell J. states in *AIC Limited*, at paras. 50-65, has particular significance for the claims advanced on behalf of all members of the proposed Class (e.g. the claims for out-of-pocket expenses). For the particular purposes under immediate consideration, suffice it to reproduce key parts of paragraphs 50-52:

There are two potential barriers to access to justice in this case. First, an economic barrier arises from the nature of the claim. The claim advanced here may be referred to as a small claims class action. As the motion judge found, the individual claims are not large enough to support viable individual actions (para. 62). The economic barrier to access to justice, therefore, is that individual claims are not viable to litigate individually. In the context of a small claims class action such as this one, access to justice requires access to a process that has the potential to provide in an economically feasible manner just compensation for the class members' individual economic claims should they be established. The second barrier is related to the first. As a result of the nature of the claim, there is potentially no access to a fair process, geared towards protecting the rights of class members, to seek a resolution of the common issues for what could potentially be a class of over a million members. Thus, traditional litigation cannot achieve either the substantive or the procedural dimensions of access to justice in a case such as this.

The proposed class action addresses both of these barriers. It has the potential to make it economically feasible to advance on behalf of the class a group of individual claims that would otherwise not be economically feasible to pursue in the courts and it provides class members with a fair process to resolve their claims. The class action process is geared to protecting the class members' rights to a significant extent through such mechanisms as the

requirement for a representative plaintiff who must “fairly and adequately represent the interests of the class”, produce a workable litigation plan to advance the proceeding on behalf of the class and have no conflict of interests with other class members: *CPA*, s. 5(1)(e).

As I have already noted, there is no realistic litigation alternative in this case. [...] [paras. 50-52]

[123] In terms of the goal of behavioural modification, our view is that the prosecution of this action as a class proceeding may well have a beneficial effect on the manner in which healthcare professionals are hired, how hospital laboratories are run and laboratory services delivered, at least in this province.

[124] In the result, we respectfully disagree with the motion judge’s finding that the procedural preferability requirement has not been met. His finding flows from significant misapprehensions of the record and errors in principle. It cannot stand.

#### V. Conclusion and Disposition

[125] The statutory conditions for certification of the action as a class proceeding are satisfied and the motion judge committed reversible error in dismissing the appellants’ motion. Accordingly, the appeal is allowed, with costs. That determination brings into particular focus the nature of the remedy that is appropriately fashioned at this level. The debate is over the extent to which this Court should get involved in specifying the terms of that certification order.

[126] After considerable reflection on point, we have concluded this Court should issue a certification order, and not refer the whole case back to the Court of Queen’s Bench. Ultimately, we settled upon that approach because, in our view, it is in the best interests of justice that this Court contribute, to the extent permitted by its appellate mandate, to the progress of the underlying litigation. Nonetheless, three considerations have prompted us to craft an order at variance, in some respects, with the order sought in the Amended Notice of Motion. First, the terms of the Court’s order seek

to reflect what is contained in and what is omitted from the Amended Statement of Claim and the proposed litigation plan. Second, there are issues that this Court can appropriately determine, and others that it cannot or should not. Third, absent exceptional circumstances, the management of class proceedings is best left to the Trial Division of the Court of Queen's Bench whose expertise in this important area of the law must be given an opportunity to develop. Moreover, and most importantly, in class proceedings, very little, if anything, is beyond adjustment. Procedural flexibility is essential if meaningful access to justice is to be achieved.

[127] More specifically, and for the reasons fleshed out in the foregoing text, we conclude: (1) the Court's order may appropriately specify the terms under ss. 10(1)(a) (class definition), 10(1)(b) (appointment of class representative), 10(1)(c) (statement of nature of the claims), 10(1)(d) (statement of the relief sought), and 10(1)(e) (specification of common issue); (2) the Class ought to be defined as proposed by the appellants at the hearing on appeal and as particularized hereinafter; (3) the appellants should be appointed Class representatives; (4) certain liability-related questions are appropriately identifiable as common issues requiring adjudication as such, before other matters, including damages-related issues, are determined; and (5) the other terms under s. 10(1) are best left to the Court of Queen's Bench.

[128] Under the Court's certification order:

(a) The "Class" encompasses:

- (i) Patients whose tissue samples underwent pathology testing for potential cancer or potential cancer-related disease, and were reported by Dr. Menon at the Regional Hospital between January 1, 1995 and February 7, 2007, and whose tissue samples the Regional Hospital subsequently caused to be retested; and
- (ii) The estates, children, parents and spouses (as defined by the *Fatal Accidents Act*) of deceased patients.

- (b) The appellants are appointed representative plaintiffs for the Class;
- (c) The nature of the claims asserted on behalf of the Class is described in the Amended Statement of Claim;
- (d) The relief sought by the Class is set out in the Amended Statement of Claim;
- (e) The common issues are:
  - (i) Did the defendants owe a duty in tort or contract or as fiduciaries to implement suitable safeguards against the systemic failures described in the Amended Statement of Claim? If so,
  - (ii) Did the defendants breach the duty and, if so, when? And without limiting the generality of the foregoing:
  - (iii) Did the Regional Hospital owe a duty, in tort or contract or as a fiduciary, to select and credential competent medical staff? If so,
  - (iv) Did the Regional Hospital breach the duty and, if so, when?
  - (v) Did Dr. Menon owe a “duty of competence”, as particularized in the Amended Statement of Claim, in tort or contract or as a fiduciary? If so,
  - (vi) Did Dr. Menon breach that duty and, if so, when?
  - (vii) Are the defendants jointly and severally liable for the remedies sought in the Amended Statement of Claim?

[129] Recall the plaintiffs also sought in their Amended Notice of Motion that the following questions be stated as common issues: (1) are the defendants, or either of them, liable in tort, contract or for fiduciary breaches, for damages for mental distress?;

(2) if so, whether damages for mental distress should be assessed in the aggregate, and, if so, what is the quantum of aggregate damages for mental distress?; and (3) is an award of aggravated damages warranted, and if so, whether they can be assessed in the aggregate, and if so, in what amount? Had we concluded those questions should be stated as common issues at this time, we would have tweaked the proposed common issues to address the claims for out-of-pocket expenses. Be that as it may, and as indicated, it is preferable, at this time, to separate the liability-related issues described hereinabove from other issues, including damages-related issues. Our fear is that, if all issues are tackled at once, the litigation will bog down and perhaps grind to a halt.

[130]                 Once the liability-related common issues will have been determined, the proceeding may come to an end. If not, the parties will be able to focus more clearly and easily on the identification of compensable harm, recoverable damages and quantification, where appropriate.

[131]                 That said, there is another compelling objection to stating as a common issue the availability of an aggregate monetary award, at least as matters currently stand. That objection is two-pronged.

[132]                 First, there is no claim for an aggregate award for damages in the Amended Statement of Claim. Rule 27.06(10) is unequivocal: where a pleading contains, as does the Amended Statement of Claim, a claim for relief, the nature of the relief claimed must be specified (see *Burke Estate v. Royal & Sun Alliance Insurance Co. of Canada*, 2011 NBCA 98, 381 N.B.R. (2d) 81 for an application of that fundamental rule of pleading). There is nothing in the Amended Statement of Claim specifying that an aggregate award of damages is part of the relief sought. Likewise, there is nothing in that pleading to suggest its silence on point is inadvertent. Nevertheless, compliance with Rule 27.06(10) might arguably be overlooked where the litigation plan deals with the possibility of an award of aggregate damages. That observation leads to the second prong of the objection to stating this question as a common issue at this time.

[133] The litigation plan produced by the appellants does not offer a plan for the adjudication of any claim for an aggregate award of damages. No proposals are advanced in the litigation plan for the principled quantification of compensation by way of an aggregate damage award.

[134] In the result, it is unnecessary to decide whether an aggregate monetary award, within the meaning of s. 31 of the *Class Proceedings Act*, is ever an option in an action for damages arising from physical and/or psychological harm. Any decision on point would require consideration of the applicability of *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, [2012] O.J. No. 2885 (QL), leave to appeal refused [2012] SCCA No. 326 (QL), to our bilingual class action legislation.

[135] Moreover, we confirm, perhaps unnecessarily, that the other issues raised by the Amended Notice of Motion stand to be determined by the Court of Queen's Bench and that it has full authority, on proper cause being shown, to amend the within order and to allow all amendments to the pleadings and the litigation plan that may be required in the interests of justice. As stated in our introductory remarks, very little, if anything, is beyond adjustment in class proceedings and procedural flexibility is essential if meaningful access to justice is to be achieved.

[136] Finally, we order each respondent to pay one set of costs in the amount of \$12,500, \$10,000 of which pertains to the appeal and is payable forthwith. We arrived at the global amount after considering the record, the steps taken in the proceeding, the submissions, as well as the complexity and importance of the issues raised and debated. The balance (\$2,500) is not payable forthwith, there being no basis to conclude that the motion for certification should not have been opposed (see Rule 59.03(1)).

[137] A final word. Following circulation of a first draft of these reasons, our colleague, Justice Robertson, produced a dissenting opinion, which we have carefully

reviewed and considered. With respect, nothing in that indisputably thoughtful opinion has caused us to doubt the correctness of the views expressed in the foregoing text.

The dissenting reasons of

ROBERTSON, J.A.

I. Introduction

[138] Applying s. 6 of the *Class Proceedings Act*, R.S.N.B. 2011, c. 125 (the *Act*), the motion judge denied the appellants' request for certification. My colleagues find reversible error. I respectfully conclude otherwise and would dismiss the appeal with costs.

[139] Briefly, the proposed class action is brought on behalf of 15,770 patients whose 23,080 biopsies were independently reviewed after concerns of "competency" were raised with respect to the delivery of pathology services at the Miramichi Regional Hospital. Initially, the concerns focused on diagnostic errors on the part of Dr. Menon, who for nearly a decade was also the Hospital's Chief of Pathology. The independent review looked at his pathology work from 1995 to 2007. While thousands of "partial changes" and hundreds of "complete changes" were made to Dr. Menon's biopsy reports, the independent review identified only 101 patients with cancer-related misdiagnoses. Ten of those went from a diagnosis of "malignant" to "benign".

[140] Prior to the release of the review findings conducted by an independent group of pathologists, the Government issued an Order-in-Council establishing a Commission of Inquiry to look into the delivery of pathology services during the time Dr. Menon worked at the Hospital. The Commission's findings remain an embarrassment to both. Those findings also served as an interface for structuring the appellants' pleadings and legal arguments leading to this appeal.

[141] The class action seeks to recover damages for those patients with "modest claims" for mental distress suffered as a result of being notified of the independent review, but who were subsequently informed there had been no misdiagnosis. Nearly all of the 15,770 patients fall within this category. According to the appellants' Litigation

Plan, individual compensation is not to exceed \$12,500, the maximum prescribed under the *Small Claims Act*, S.N.B. 2012, c. 15. For those patients who were notified of partial or complete changes to their original report, the amount claimed would be higher than those without changes, but the amount would not exceed the statutory limit. In sum, the appellants seek up to \$197 million in damages for mental distress for those patients who were not misdiagnosed. To these numbers must be added the stress claims of those who suffered serious personal injury through misdiagnosis. The appellants estimate the size of this group to be “several dozen”. As would be expected, additional damages for physical injuries are claimed for the smaller group.

[142] The pivotal issue is whether the appellants’ pleadings disclose a cause of action. The legal threshold is low: “it is plain and obvious that the plaintiff’s claim cannot succeed”. The appellants, in their capacity as representative plaintiffs, characterize the class proceeding as one involving “hospital-based medical malpractice” and “systemic breach” of a duty of care grounded in the concept of “competence”. In turn, “competence” is defined to embrace a duty on physicians to be competent and a corresponding duty on hospitals to hire and retain only those physicians who meet that threshold. Without doubt, the duty of care being advanced is novel. But like the motion judge, I find the duty too novel. The law has not reached the point where it is arguable that physicians owe patients a duty of competence such that breach of the duty gives rise to liability without proof of negligence. Correlatively, hospitals do not owe patients a corresponding duty to hire and retain competent physicians, failing which the hospital is directly liable to the patient without proof of physician negligence.

[143] As well, it is obvious the contractual claim for mental distress based on the Supreme Court’s decision in *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3 cannot succeed. In *Fidler*, there was an express consumer contract of insurance for long-term disability benefits with what amounted to an implied term of freedom from mental stress. The implied term was triggered after the insurer wrongly refused to pay benefits for five years. Here, the appellants argue for an implied contract with an implied term, both of which are molded to fit the appellants’ arguments. Accepting that the relationship between the hospital and its patients, and between a

physician and his or her patients, could rise to the contractual level, this case is not one of them. Within the framework set out in *Fidler* and the subsequent jurisprudence, it is too much of a stretch to insist that the law may be prepared to move forward and recognize, in the hospital setting, an implied contract with an implied term of freedom from mental distress. Otherwise, every patient who has waited endlessly for medical attention in the emergency room of their local hospital would have an arguable case of entitlement to contractual damages. In short, and with great respect, hospitals and physicians do not enter into implied contracts for “peace of mind”.

[144] There is an obvious reason why the appellants have framed their class action in contract. In tort, the threshold for recovering damages for mental distress is elevated in those cases where the plaintiff has not also suffered physical injuries. The Supreme Court speaks of a psychological injury that is “serious and prolonged”; one that rises above the ordinary anxieties and fears that people routinely but reluctantly accept. The Ontario Court of Appeal has translated that threshold into a requirement of providing evidence of a recognized psychiatric illness (a proposition which is compatible with the law in England and Australia). The appellants have pled an implied contract for freedom from mental distress on the assumption the threshold test is somehow lower in contract than it is in tort. The assumption is important because even if an order for certification issues, the Ontario jurisprudence suggests the present action will be unable to survive a motion for summary judgment. This is true so long as the class action is framed in tort and the affidavit record of the representative plaintiffs remains constant. However, what is important for purposes of deciding this appeal is the realization that the assumption is fatally flawed. As would be expected, both tort and contract law impose an elevated threshold for recovery of damages for mental distress.

[145] It is of significance the appellants chose not to pursue their class action as one premised on “institutional” or “systemic” negligence of the kind described in *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184. This is confirmed when consideration is given to the “common issues” identified on the motion for certification and by reference to the appellants’ submissions in both courts. And most certainly, it is

not the role of this Court to recast a party's case. It is the appellants who consciously focused on the duty of physician competence and, for example, physician "error rates" as evidence of incompetence. Indeed, if this case were about systemic negligence of the *Rumley* kind, there would have been no need to dwell on the appellants' "novel" and unifying cause of action. The reason why the appellants elected to structure their class action as they did is not difficult to isolate. Their pleadings and arguments are consistent with the findings of the Commission of Inquiry. As would be expected, the respondents persist with their objections to the appellants' use of the Commission's Report. [The issue is addressed below.]

[146] Even if the pleadings were found to disclose a cause of action, I have not been persuaded the motion judge erred in denying certification. This is because of the additional criteria set out in the *Act*. In particular, the motion judge's findings with respect to the "commonality" and "preferability" requirements cannot be bypassed. I arrive at the same conclusion in the following manner.

[147] The decision to dismiss the appeal is not made easily when it comes to those patients who were misdiagnosed and suffered serious personal injury. Will the proposed class action reasonably advance their interests? In my view, the answer is no. It is generally accepted that class actions are ill-suited to allegations of medical malpractice and more so when the claim in negligence is for misdiagnosis. This is not a class action where a hospital and physician are being sued, for example, for use of an outdated surgical procedure. Otherwise, there can be no substitute for the obligation to establish physician liability based on the classical principles governing the law of negligence and, in particular, those relating to causation. Instead, the appellants pled only that Dr. Menon owed a duty to patients to "maintain competency" and that he breached that duty. The failure to plead conventional negligence on the part of Dr. Menon for misdiagnosis means the actions for physical injury are doomed to failure from the start. The same should hold true, even if the action were anchored to the allegation of systemic negligence. If that is so, this group of patients is limited to a damage award for psychological injuries, albeit for an amount that is potentially greater than \$12,500. Regardless, the class action does

not, in my respectful view, provide this small group of patients with meaningful access to justice.

[148] As for those patients with modest claims, surely their concerns relate to access to proper medical care for residents of the Miramichi region and not access to nominal damage awards. There is also a practical problem. The class action becomes unmanageable should there be a successful trial on the common issues. This is because of the potential need to assess damages for each of the potential 15,770 claimants in a city with a population of 18,000 people and a relatively limited number of physicians, psychologists and Small Claims adjudicators. This is why the appellants aggressively sought to have “aggregate damages” certified as a common issue (damages fixed as a global lump sum and arrived at without each class member having to adduce evidence of their particular circumstances). The short answer is that the law has reached the point where it will not permit aggregate assessments with respect to damage claims for physical or psychological injury. This is so, irrespective of the interpretation given to s. 31(1)(c) of the *Act*, and the ruling in *Fulawka v. The Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, [2012] O.J. No. 2885 (QL), leave to appeal to SCC refused, [2012] S.C.C.A. No. 326.

[149] Admittedly, a class action is intended to bring about “behavior modification” with respect to those who behave badly and would otherwise continue to do so but for the class action. But in the present case, it is fair to ask whether the goals of deterrence and reformation lost their persuasive force once the Government decided to establish the Commission of Inquiry and publicly air the wrongs of the hospital authority. If the answer is yes, then, at best, the order for certification is punitive in nature. At worst, and with the greatest of respect, it is a temporary license to negotiate a settlement.

[150] Most certainly, the jurisprudence of the Supreme Court is committed to advancing the objectives of judicial economy, providing access to justice and deterring wrongful conduct. The Court’s seminal trilogy still circumscribes the philosophical approach to class actions: *Rumley*; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; and *Western Canadian Shopping Centres v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2

S.C.R. 534. In that vein, we know the threshold for certification is “low”. But surely there comes a point where motion courts must resist the appearance of being viewed as legal purveyors of interim and exclusive provincial licences, authorizing representative plaintiffs to negotiate settlements with respect to claims woven from straw.

[151] I recognize the law has resisted the temptation to set explicit limits on the types of legal claims that may be pursued as class proceedings. But perhaps it is time to draw the line in mass tort litigation involving allegations of medical malpractice, in circumstances where the claimants have suffered no physical injuries and only damages for mental distress are sought. Otherwise, it is fair to ask whether the objects of the *Act* are being promoted over the legitimate interests and expectations of those perceived to be deep-pocketed defendants (see McCarthy Tétrault, *Defending Class Actions in Canada*, 3rd ed. (Toronto: CCH Canadian Ltd, 2011) at 16, and R. Kozel and D. Rosenberg, “Solving The Nuisance-Value Settlement Problem: Mandatory Summary Judgment” (2004) 90 Va. L. Rev. 1849).

## II. Background

[152] The respondent, the Regional Health Authority 7, was responsible for the delivery of health services provided by the Miramichi Regional Hospital (hereafter the “Hospital”). The Hospital’s doors first opened in December of 1995, the same month the respondent, Dr. Menon, assumed his role as Chief of Pathology, a position he held until his removal in April of 2004. That removal was precipitated by concerns over the lack of “quality assurance” in the delivery of pathology services at the Hospital and Dr. Menon’s on-going confrontation with hospital administrators and other pathologists. Beginning in February 1997, various colleagues complained internally of Dr. Menon’s slow turn-around times and resistance to quality control. In December of 2006 and January of 2007, three cases of diagnostic error on the part of Dr. Menon came to light. On January 29, 2007, one of the Hospital’s senior administrators filed a complaint against Dr. Menon with the New Brunswick College of Physicians and Surgeons. Therein, it was alleged Dr. Menon posed a potential risk to the public.

[153] On February 6, 2007, the College suspended Dr. Menon's license to practice medicine (it has since been reinstated, subject to conditions). Immediately thereafter, the Hospital terminated his employment. Subsequently, the College retained two outside pathologists to review the work of Dr. Menon. A report was filed on May 9, 2007. Thereafter, the Hospital approached one of the independent pathologists (Dr. Henderson) to conduct a further but limited review of Dr. Menon's work. The review raised serious concerns with respect to Dr. Menon's "error rate" with respect to breast and prostate biopsies. Dr. Henderson reviewed 226 cases and found: "Of these cases, 18% were deemed to have a discrepancy clinically significant enough to warrant an addendum report, 6% were cancer diagnoses originally reported as negative for malignancy." The results of Dr. Henderson's review were set out in a report dated April 17, 2008. As a result of that review, the Hospital retained the services of an Ontario laboratory to review all of Dr. Menon's "surgical pathology" from 1995 to 2007. As noted earlier, the review embraced 15,770 patients and 23,080 biopsies.

[154] On February 22, 2008, and before that external review was completed, the New Brunswick government issued an Order-in-Council establishing a "Commission of Inquiry into Pathology Services at the Miramichi Regional Health Authority". On July 22, 2008, the appellants commenced their action against the Regional Health Authority. The Commissioner released his report on December 10, 2008. Armed with its observations and conclusions, the appellants amended their Statement of Claim on October 7, 2009. Dr. Menon was added as a defendant. The liability of the Hospital was now recast in terms of both "direct" and "vicarious" liability.

[155] The underlying action was brought on behalf of 15,770 patients who were notified that their biopsies were to be "reread" because of valid concerns raised over the delivery of pathology services at the Miramichi Regional Hospital. The independent review conducted with respect to Dr. Menon's work, performed from 1995 to 2007, involved 23,080 specimens taken from those 15,770 patients. That review placed each of the 23,080 specimens into one of three categories: (1) "no change"; (2) "partial change"; or (3) "complete change". The third category was further subdivided by differentiating

between those involving cancer and those that did not. Of the 23,080 specimens, 5,267 had changes of some nature made to the original pathology reports. Of the 5,267 cases, 370 had a complete change in findings: 101 were cancer-related changing from a diagnosis of benign to malignant, and 10 changing from malignant to benign.

[156] I pause here to deal with two tangential issues. First, the appellants questioned the numbers the motion judge reproduced in his reasons for decision by challenging the source. As it should happen, those numbers are contained within a governmental press release, dated December 11, 2008. However, the objection would appear to be unfounded. It was the appellants who introduced this evidence into the record (Fourth Supplementary Affidavit of Michael Dull, dated February 15, 2011).

[157] The second matter is tied to the fact that the record, including the pleadings is silent as to whether a “partial” or “complete” change to the original biopsy report would have impacted on a patient’s physical health or treatment plan. Instead, the focus has always been on two contiguous words: “cancer” and “misdiagnosis”. Indeed, the appellants have identified the proposed “class” of claimants in terms of those patients whose tissue samples underwent pathology testing for potential cancer or potential cancer-related disease. The focus has been on those who were misdiagnosed and those who were not. Hence, it appears the appellants are arguing that those patients who were informed of a partial or complete change to their original biopsy report suffered more stress, and are entitled to more damages, than those with no change whatsoever.

[158] There are three representative plaintiffs. Mr. Gay had a biopsy performed in 2004 on his left forearm due to scarring and discoloration in the area of a skin graft. Dr. Menon reviewed the specimen. The subsequent independent review undertaken in 2008 resulted in no change to the original pathology report. Mr. Gay’s family doctor advised Mr. Gay that his biopsy was being reviewed and later advised of the results. Ms. Doyle was advised by her doctor that a biopsy arising from surgery performed in 1998 was to be reviewed. The independent review concluded there was no change in diagnosis to the original pathology report (“negative”). The third plaintiff, Mr. Wilson, had biopsies taken in 2004 and 2005. Dr. Menon reported both as being negative for cancer. A third

biopsy was performed in 2007 by another pathologist. This time the result was positive for cancer. Immediately, Mr. Wilson began treatment. He had completed those treatments when he was advised that he was misdiagnosed in 2004 and 2005.

[159] All three appellants claim damages for mental distress as a result of being told their biopsy specimens were being reviewed. However, in their respective affidavits, neither Mr. Gay nor Ms. Doyle claim to have suffered from or been diagnosed with depression, treated by a psychiatrist or psychologist, or prescribed medication as a result of the independent review. Mr. Wilson's affidavit does not indicate he received any treatment for stress or anxiety in relation to his misdiagnosis, nor upon being advised that his specimens were being reviewed.

[160] Addressing each of the criteria set out in s. 6 of the *Class Proceedings Act*, the motion judge dismissed the request for certification because of the appellants' failure to establish an identifiable class, define workable and manageable common issues or establish that a class action would be the preferable procedure. That decision is reported at 2012 NBQB 88, 389 N.B.R. (2d) 150. Rather than setting out the reasons underlying each of the motion judge's findings, the analysis that follows looks at the relevant statutory criteria, together with the motion judge's relevant findings, if any, and the arguments advanced on appeal.

### III. Cause of Action – Section 6(1)(a)

[161] Section 6(1)(a) of the *Act* provides that the granting of a certification order is conditional on the pleadings disclosing a cause of action. While the motion judge so concluded, he went on to make findings with respect to the "common issues" that effectively contradicted his earlier ruling (*e.g.*, there is no duty of competence). In response to the apparent contradiction, the parties reargued the issue on appeal. Hence, we are left to decide whether the pleadings disclose a cause of action.

[162] Paragraph 24 of the appellants' "Litigation Plan" informs us the class action seeks to provide compensation for two groups, divided by quantum. First, there are

those with claims that fall within the limits of the now-repealed Rule 80 of the *Rules of Court*. Formerly capped at \$30,000, the maximum under the new *Small Claims Act*, S.N.B. 2012, c. 15, is \$12,500. We are told the first group is comprised of those patients with “modest claims” for “mental or psychological distress” suffered as a result of being informed of the independent review and from the uncertainty surrounding its outcome. Those patients have not suffered anything approaching serious personal injury, presumably because they were not misdiagnosed or required no further treatment. The record on appeal informs us that most of the 15,770 patients fall within this category. The second group is comprised of those who suffered “serious medical harm caused by errors in diagnosis”. These claims exceed the Small Claims prescribed limit. By their own admission, the appellants estimate “several dozen” patients have claims for serious personal injury in tort. Obviously, those who received a cancer-related misdiagnosis fall within this group.

[163] With respect to the modest claims for mental distress, the appellants seek a maximum of \$12,500, per patient, under the *Small Claims Act*. The claim for damages for mental distress for those who suffered serious physical injury is more complicated. There, stress endured from the time the patient was informed of the review until the time he or she was advised of the misdiagnosis. And there is the obvious stress that would have been experienced thereafter. To complicate matters further, the legal framework for assessing stress claims differs depending on whether the negligence gives rise to physical injury. The appellants further submit that these damages ought to be assessed on an aggregate basis (as a global lump sum, without each class member having to adduce evidence of their particular circumstances).

[164] The immediate question is whether the pleadings disclose a cause of action. This is the first of five requirements set out in s. 6(1) of the *Act*. The established test is whether it is “plain and obvious that the plaintiff’s claim cannot succeed”: *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, at para. 63

[165] At one time, the law held that damages for mental distress, without physical injuries, were “too remote”. That is no longer the case. Damages for mental

distress are available under the principles of either tort or contract law. Tort law recognizes a cause of action for “negligent infliction of mental stress”. A plaintiff may recover if he or she can show that it was “foreseeable that a person of ordinary fortitude would suffer serious injury” (see *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 18). The plaintiff must also establish the stress suffered meets an elevated threshold. Writing for the Court, McLachlin C.J. held: “I would not purport to define compensable injury exhaustively, except to say that [psychological injury] must be serious and prolonged and rise above the ordinary annoyances, anxieties and fears that people living in society routinely, if sometimes reluctantly, accept” (para. 9). This is the law in those cases where the plaintiff’s stress is not a consequence of physical personal injuries attributable to the defendant’s conduct. The law also recognizes damages for mental distress where the parties have contracted for “peace of mind”, that is to say, “freedom from mental stress”. The lead decision is *Fidler*.

[166] As noted at the outset, the appellants, in their capacity as representative plaintiffs, characterize the proposed class proceeding as one involving “hospital-based malpractice” and “systemic breach” of a duty of care grounded in the concept of “competence” (see Appellants’ Submission at para. 44). According to the appellants, “competence” means a duty on the part of physicians to be competent and a corresponding duty on hospitals to hire and retain only those physicians who so qualify. Clearly, the unifying cause of action, and the standard of care, being advanced is “novel”. In my view, it is also untenable. There is a crucial distinction between professional incompetence and professional negligence. Competence is a regulatory concept employed by professional licensing authorities, not a legal test or standard for assessing liability. In contrast, the standard of care expected of every professional is hornbook law: “to exercise that degree of care and skill which could reasonably be expected of a normal, prudent practitioner of the same experience and standing” (see *Crits and Crits v. Sylvester et al.*, [1956] O.J. No. 526 (C.A.) (QL), aff’d [1956] S.C.R. 991, [1956] S.C.J. No. 71 (QL)).

[167] I agree with the motion judge: the law of negligence does not impose on physicians, or any professional, a duty of competence. Nor does the law impose a duty on

hospitals to hire competent medical staff such that breach of the duty leads to direct liability in damages. And it matters not whether the action is framed in terms of negligence, breach of contract or fiduciary duty. The matter of professional competence is a question to be addressed by the appropriate regulatory body. In this Province, it is the New Brunswick College of Physicians and Surgeons which bears that responsibility. Admittedly, text writers refer to the duty of hospitals to hire and retain competent staff. But none proposes that hospitals should be directly liable for the acts of a physician in the absence of a finding of negligence on his or her part (see *Yepremian v. Scarborough General Hospital*, [1980] O.J. No. 3592 (C.A.) (QL)).

[168] More importantly, my opinion is consistent with this Court's decision in *Comeau v. Saint John Regional Hospital*, 2001 NBCA 113, 244 N.B.R. (2d) 201. Therein, this Court cited Ellen I. Picard & Gerald Robertson, *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 3d ed. (Toronto: Carswell, 1996) in support of the general proposition that a hospital owes, *inter alia*, a duty to select competent staff and to monitor their continued competence. However, the reference to such a duty was made in the context of a hospital that was held directly liable for the death of a patient in circumstances where the hospital failed to take reasonable steps to ensure that its medical staff complied with a hospital policy. Had the policy been followed, the death could have been avoided. It is also important to remember that Picard and Robertson speak of "competency" in terms of physicians performing work for which they are trained.

[169] Of course, the need to speak of a hospital's direct liability for the negligent acts of its staff is premised on the assumption that the hospital is not vicariously liable. But I am not aware of any jurisprudence in which it has been held that breach of the duty to hire competent staff, that is to say qualified staff, gives rise to direct liability on the part of a hospital for the acts of those who are duly licensed to practice their profession and are practicing within an area of medicine for which they are qualified. Finally, I have not been directed to any jurisprudence which offers a legal framework for assessing the competence of duly licensed physicians for the purpose of imposing liability, be it in tort, contract or the law governing fiduciaries.

[170] The appellants counter with the first Ontario case to be certified as a class action: *Anderson v. Wilson*, 1999 O.J. No. 2494 (C.A.) (QL). The case is cited for the proposition that the Ontario Court of Appeal has recognized a standard of care framed in terms of competency. With respect, I disagree. That case involved infection control procedures and standards adopted by a group of health clinics, in circumstances where a public health inspector had identified a possible link between the defendant's five clinics and an outbreak of hepatitis B. The case did not deal with the competence of a physician to practice medicine. At the same time, it would be misleading on my part not to touch on the significance of this case because of the similarity to the facts of the present case.

[171] In *Anderson*, a class action had been certified in which the defendant was alleged to have followed improper sterilization procedures. This was followed by an outbreak of hepatitis B and the need to test all clients of the clinics. Some tested positive, others negative. The class action included both classes. Those who tested negative sought damages for mental distress. On appeal to the Divisional Court, that part of the order relating to those who were not infected was set aside on the ground the pleadings did not disclose a cause of action. The Court concluded the current weight of Ontario law held that damages for "nervous shock" were not available in the absence of a diagnosed psychological or psychiatric illness. The Court of Appeal reversed. Given the uncertainty in the law, it was held that that it was not plain and obvious the claim for mental distress would fail. Of course, any perceived uncertainty in the law of Ontario was later resolved in *Healey v. Lakeridge Health Corp.*, 2011 ONCA 55, [2011] O.J. No. 231 (QL). Therein, the Court of Appeal, interpreting *Mustapha*, concluded that damages for mental distress must meet the threshold of "recognizable psychiatric illness". As New Brunswick law remains silent on this point, and for the purposes of deciding this appeal, it is unnecessary to go down that path.

[172] It is important to recognize the unifying cause of action, tied to physician competency, is pivotal to the appellants' class action. This is because of the "common issues" requirement set out in s. 6(1)(c) of the *Act*. The motion judge must find that the class action raises one or more common issues that will avoid duplication of fact finding

or legal analysis. This forces the motion judge to ask whether a class proceeding is the preferable procedure for the fair and efficient resolution of those common issues. To this end, the appellants have framed the “key” common issues in terms of whether Dr. Menon owed a duty of competence and the Hospital owed a duty to credential competent staff and, correlatively, whether those duties were breached. The appellants have not sued Dr. Menon for negligent infliction of mental distress in accordance with the classical principles of tort law. Nor have they sued for “systemic negligence” in the sense contemplated by *Rumley*. The latter point requires elaboration.

[173] It was open to the appellants to frame the underlying cause of action against the Hospital for “institutional” or “systemic” negligence based on the Supreme Court’s decision in *Rumley*. Therein, the class action was brought on behalf of former students of a residential school that had been operated by the government of British Columbia. Investigations conducted by the Government confirmed that the students had been subjected to physical and emotional abuse. The representative plaintiff alleged “systemic negligence”, that is to say, “the failure to have in place management and operations procedures that would reasonably have prevented the abuse” (para. 18).

[174] By analogy, it could have been argued, for example, the Hospital had a duty to adopt quality assurance programs with a view to ensuring that diagnostic error rates did not exceed accepted norms and that, as a result of that breach, the Hospital was forced to retain an independent laboratory to review the work of Dr. Menon over the 12 years he worked at that institution. But for that failure there would have been no need to review or reread 23,080 biopsies and, but for that review, patients would not have had to experience mental distress. This approach would appear to fit neatly within the existing law of systemic negligence. But that is not the argument that was advanced before the motion judge or in this Court.

[175] Most certainly, it is not our role to recast a party’s case to the detriment of the other party. But even if one were prepared to accept that the case is a class action for systemic negligence in the *Rumley* sense, there is yet another hurdle which has to be cleared. The common issues, which the appellants identified in their motion for

certification (and which are outlined at para. 212 of these reasons), make no reference to the types of factual matters that sustain an allegation of systemic negligence. Hence, I go back to what was argued in this Court and before the motion judge. Indeed, the Appellants' Submission on appeal reinforces their theory of the underlying class action:

The present case is one of hospital-based medical malpractice rooted in institutional failures of practice and procedure, i.e. systemic breach of duty. Breach of duty to maintain competence and to ensure the maintenance of competence is the unifying cause of action, and the correlative unifying common issue with class-wide effect. [Appellant's Submission, para. 44]

[176] For greater certainty, the following passage is taken from the motion judge's reasons for decision. Therein, he reproduces the relevant passage from the Appellants' Submission:

The Plaintiffs propose as the unifying theme of the common issues, not whether Dr. Menon was negligent in the execution of any individual medical act performed in his capacity as surgical pathologist, but whether he breached his duty of care to be competent to perform those individual medical acts. [2012 NBQB 88, 389 N.B.R. (2d) 150, at para. 87]

[177] There is an obvious explanation for the appellants' decision not to pursue the plea of systemic negligence as outlined above. The appellants' unifying and novel cause of action is not fueled by pleas for doctrinal reform in this area of the law. It is fueled by the scathing Report that issued after the government established a "Commission of Inquiry into Pathology Services at the Miramichi Regional Health Authority". On December 8, 2008, the Commissioner released his Report and made findings that remain an embarrassment to the Hospital and its pathologist, Dr. Menon. On October 7, 2009, the appellants filed an Amended Statement of Claim (Notice of Action). Several of the Commissioner's findings and observations tied to the allegation of "incompetency" have been woven into the fabric of the appellants' pleadings and their submissions to this Court.

[178] The motion judge made an earlier ruling that while the Report was admissible, its findings could not be used for purposes of establishing civil liability (see 2010 NBQB 128, 361 N.B.R. (2d) 1, at paras. 6-16, leave to appeal to N.B.C.A. refused, 361 N.B.R. (2d) 395, [2010] N.B.J. No. 218 (QL)). The appellants pursued the certification motion and this appeal on the assumption that ruling has no application to pre-trial proceedings and, therefore, it is permissible to reference the Report's findings. The respondents have not abandoned their objections. I shall deal with them now.

[179] Pursuant to s. 43 of the *Evidence Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-11, but over the respondents' objections, the Report was admitted into evidence on the explicit understanding that none of its findings could be considered binding when it came to establishing the respondents' liability (see 2010 NBQB 128, 361 N.B.R. (2d) 1). While the application for leave to appeal that interlocutory ruling was denied, Richard J.A. held the issue could be raised should the motion decision pertaining to certification be appealed (see 361 N.B.R. (2d) 395, [2010] N.B.J. No. 218 (QL)). However, at the certification hearing, the appellants insisted that they were entitled to make references to the Report for purposes of pursuing the motion. The respondent Hospital has not abandoned its position and takes exception to the appellants' use of the Report on this appeal. In particular, the Hospital objects to the appellants' written submission on appeal. The objections warrant consideration.

[180] The first three pages of the appellants' submission to this Court (the Statement of Facts) replicate a series of passages and findings, taken from the Commissioner's Report. Those passages focus on Dr. Menon's competency. The appellants offer what they view as a summary of "deficiencies in practice, process and systems with respect to competency". Specifically, the following are identified: (1) the check on Dr. Menon's current level of competency was not thorough or even adequate; (2) overall his service was unsatisfactory in terms of both attention to his duties and to the level of his performance; (3) Dr. Menon's overall job performance was unsatisfactory; and (4) the process of granting hospital privileges was informal and lacked serious

assessment of competency. Finally, the appellants write: “The judge correctly found the allegations focused on standards of competency – a concept employed by the Commissioner in the passages above.”

[181] In my view, the Hospital’s objection is well-founded. Like the motion judge, I am of the view that none of the findings or observations contained within the Report can be used to establish the Hospital’s or Dr. Menon’s liability. Correlatively, those findings cannot be used in proceedings leading up to the trial, even if those findings are offered for the limited purpose of reinforcing the case for certification. This view is consistent with *Robb Estate v. St. Joseph's Health Care Centre*, [1998] O.J. No. 4419 (Ont. Ct. J.) (QL); *Rintoul v. St. Joseph's Health Centre*, [2001] O.J. No. 4605 (C.A.) (QL); *Farrow v. Canadian Red Cross Society*, [1998] O.J. No. 5394 (QL), aff’d [2001] O.J. No. 4605 (C.A.) (QL).

[182] In *Robb Estate*, the plaintiff at trial moved to have the Report of the Royal Commission of Inquiry on the Blood System in Canada (the Krever Report) and the Report of the Information Commissioner John W. Grace admitted into evidence as *prima facie* proof of the subject matter contained in both reports. The plaintiffs claimed the reports were public documents and, as such, were admissible as an exception to the hearsay rule. The trial judge disagreed, noting that “the public documents exception to the hearsay rule was never intended to be applied to admit into evidence at a trial documents such as the Krever Report” (para. 20). His rationale was twofold: First, to the extent that the Reports’ conclusions relied on evidence which may be inadmissible in a civil trial, the defendants would be prejudiced. They would not have the opportunity to test the evidentiary findings contained in the Reports, could not cross examine the Reports, and could not know the evidence upon which the particular findings contained in the Reports were based (para. 23). Second, it would be contrary to public policy. Admitting the Reports into evidence in a subsequent civil proceeding would convert “a commission of inquiry into something that it was never intended to be” (para. 24). Inquiries are intended to inform the government on a particular issue; they could not “have the collateral purpose of providing evidence in civil proceedings” (para. 24).

[183] In brief, the mandate of a Commission of Inquiry and the inquisitorial nature of administrative proceedings are inimical to the civil rules of evidence and the burden of proof which rests on plaintiffs in civil actions, seeking to impose liability on a defendant for breach of a legal duty. At the same time, the existence of the Commissioner's Report is matter of public knowledge, as are its recommendations and ultimate findings. Hence, it should be permissible to refer to the Report to the extent those references do not embrace matters that are directed at establishing critical or controversial facts and any legal conclusions eventually made. In the present case, the Report is of limited relevance. It tells us that the Government of the day recognized the seriousness of the problem over the delivery of pathology services at the Hospital and of the need for fundamental reform. We also know that the Government formally responded to the Report. More importantly, the Report also explains why the appellants have been persistent in tying their class action to a novel duty/standard of care: a duty of professional competence and a corresponding duty to hire only those who so qualify.

[184] The appellants contend their claim for breaches of the standard of competence cannot be summarily rejected; the law makes room for "novel arguments" at the certification stage, just as it does at the pleadings stage. I recognize the "motion to strike is a tool that must be used with care": *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 21. The Supreme Court has cautioned that the law is not static and unchanging. Actions that were once "deemed hopeless may tomorrow succeed". That is why on a motion to strike it is not determinative that the law has not yet recognized the particular claim. The court must rather ask whether, assuming the facts pleaded are true, there is a reasonable prospect the claim will succeed. We are told the approach must be generous and err on the side of permitting a novel but arguable claim.

[185] In my view, the defence of "novelty" to a motion to strike must be arguable in the sense it is clothed with a modest explanation of the nature and scope of what is being proposed and its relationship to existing principles of law. For example, as this novel argument involves a new duty/standard of care, one might fairly have expected

to see a reference to the two-step *Anns/Cooper* test (see *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, [1984] S.C.J. No. 29 (QL); *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; and *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261). In other words, to raise an arguable case, the plaintiff must clothe the novel argument with substance.

[186] As to the legal framework for assessing competence, the appellants turn to the provisions of the *Medical Act*, S.N.B. 1981, c. 87, and the definition adopted therein. The motion judge did not find this argument persuasive. The motion judge also noted the extensive evidence put forward with respect to the “systemically high pathology error rates” and the argument this was evidence of physician incompetence. In that regard, the motion judge also admitted into evidence an affidavit of the appellants. Its purpose was to establish that the independent pathology laboratory, which had undertaken the review of all the biopsies, had itself “underestimated” Dr. Menon’s error rate. On appeal, the respondents maintained their objection to the admissibility of the affidavit. I address the issue if only to show that the use of error rates to assess professional competency is indeed a slippery slope.

[187] The affidavit in question was sworn by Christine Rokosh, a registered nurse practising in Alberta. The appellants had asked Ms. Rokosh, and her staff of nurses, to review those pathology reports for which the independent laboratory had found a “partial change” (4,897 cases). As of the date of the affidavit, Ms. Rokosh’s staff had reviewed nearly 50% of the reports with a view to isolating those involving “potential cancer or a potential cancer-related condition with a discrepancy”. Ms. Rokosh concluded that 49% of those reports involved a “misclassification”. In her opinion, what had been described as a “partial change” should have been classified as a “complete change” and also that “some findings” should be moved to the cancer category and, in turn, some of those findings should be moved from the category of “benign” to “malignant”.

[188] The respondents objected to the admissibility of the affidavit on two grounds. First, only a pathologist is qualified to interpret another pathologist’s report.

Second, the review undertaken by Ms. Rokosh and her staff was materially deficient. The review of the review did not include a rereading of the specimen slides, only the pathology report. However, the motion judge admitted the affidavit on the proviso that it “should be given the weight that is deemed appropriate”. Regrettably, the motion judge did not state what weight, if any, he gave to the affidavit. In my view, the only weight or inference that can be properly drawn from the affidavit is that the independent laboratory that conducted the review may itself have erred in its review of the original biopsies. It would be perverse to draw any other inference.

[189] Surely, error rates are not a suitable proxy for the obligation to prove all of the elements of a traditional negligence claim. Novel arguments must have an air of reality to defeat the legal requirement that a pleading disclose a cause of action. Otherwise, the “plain and obvious” standard applied in the context of motions for certification would be without work. I find none of these propositions incompatible with the case law cited to this Court: see *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para 21; *Bryson v. Canada (Attorney General)*, 2009 NBQB 204, 353 N.B.R. (2d) 1; and *Levasseur v. New Brunswick Securities Commission*, 2012 NBQB 137, [2012] N.B.J. No. 134 (QL), paras. 6-7.

[190] Having found it is plain and obvious the cause of action, resting on the duty of competence, cannot succeed, I turn to the contractual claim for damages for mental distress. That claim is based on the principles set out in the “peace of mind” cases, beginning with *Fidler*. However, any analogy with that case is, in my respectful view, misplaced. Recall that in that case an insurer had denied the plaintiff long-term disability benefits, to which she was entitled, for more than five years. The Court held damages for mental distress are available if an object of the contract is to “to secure a psychological benefit”. However, the Supreme Court was careful to limit the scope of this development in the law to those contracts where freedom from mental distress was promised. Not only is *Fidler* inapplicable, it is easily distinguishable. The case involved a consumer contract, one which was “express” not “implied”. Therein, the Court was asked to decide whether an implied term of the contract was to provide for “peace of mind” and, therefore,

damages were in the reasonable contemplation of the parties at the time the contract was made.

[191] The appellants allege a breach of an “implied contract” with each of the Hospital’s 15,770 patients. With respect to the Hospital, the “implied terms” of that “implied contract” are stated as follows. The Hospital would: (1) employ competent staff; (2) adopt a proper quality assurance program; and (3) promptly notify the plaintiffs and other patients of testing errors and of the decision to review biopsies in a manner calculated to minimize the “worry and concern that patients would feel”. The nature of the contract is described as one intended to provide for “peace of mind”. The appellants allege the nature of the contractual relationship was such that it was “within the reasonable contemplation of the parties” that breaches of the implied terms would “entail mental stress” on the part of the appellants and the other patients.

[192] The appellants claim each patient had a contractual relationship with the Hospital and also Dr. Menon, and that each patient was implicitly promised freedom from mental distress. The appellants’ reliance on *Fidler* is important. There is an underlying and unstated assumption that the threshold test for recovering damages for mental distress is somehow different or lower in contract law than it is in tort. If that were so, the threshold test articulated in *Mustapha*, and as interpreted in *Healey*, could be avoided. However, in my opinion, the assumption is without foundation. The plaintiff in *Mustapha* pled both negligence and contract. In dismissing both pleas, McLachlin C.J. noted that “there [was] no inconsistency in principle or in outcome between negligence law and contract law” (para. 19). It should also be noted that the plaintiff in *Fidler* established more than a bare breach of contract. She adduced “extensive medical evidence” with respect to the stress suffered as a result of the insurance company’s breach and such damages were in the reasonable contemplation of the parties at the time the contract was made (para. 59).

[193] It is true that in *Fidler* the Supreme Court did not articulate a threshold test for recovering damages based on mental distress arising out of a breach of contract. However, the test subsequently formulated in *Mustapha* appears to have filled that void.

Above all, there can be no recovery, in either tort or contract, without proof of loss. This reality is extremely important when it comes to deciding whether an award for “aggregate damages” should be certified as a “common issue”.

[194] In the present case, the appellants advance implied terms with respect to a contract that is neither express nor self-evident. That is why it is easy to distinguish cases such as *Collette v. Great Pacific Management Co.*, 2004 BCCA 110, [2004] B.C.J. No. 381 (QL), leave to appeal to S.C.C. refused, [2004] S.C.C.A. No. 174. This is not a case involving an exchange of promises and the passing of consideration as is true when contracting for a holiday, the purchase of insurance or even investment securities. Moreover, the notion that Dr. Menon had entered into a contract with patients he would never meet, or even directly communicate, is certainly, for me, a stretch too far. Where is the bargain between the Hospital and its patients? Where is the consideration? Surely, the provision of health services to New Brunswickers is something other than the product of a bargained contract. Otherwise, every patient who is called on to wait endlessly in the emergency room of the local hospital has an arguable case that he or she may sue for breach of an implied term of an implied contract for their anguish (“mental distress”). Most everyone has experienced a degree of stress or frustration from the uncertainty surrounding his or her fate pending the delivery of medical services by hospital staff. It is one of the “ordinary annoyances, anxieties and fears that people living in society routinely, if sometimes reluctantly, accept”.

[195] With great respect, the appellants’ reliance on an implied contract for “peace of mind” is an artificial construct. It is self-serving to the extent the implied terms of the implied contract mirror the appellants’ arguments. This is not a contract case, and the notion that all 15,770 patients contracted for “peace of mind” with the Hospital or Dr. Menon is too remote from the policy considerations underscoring the Supreme Court’s decision in *Fidler*.

[196] In my view, it is “plain and obvious” the claim in contract for mental distress cannot succeed. That conclusion is based not on the strength of the plaintiff’s evidence, but as a determination of a discrete question of law. One should not be able to

imply a term of freedom from mental distress with respect to a contract that does not exist. The notion that it is permissible to imply a term into a contract that is, itself, implied must have some limits. Otherwise, judges would be enticed into juggling arguments which become circular and self-serving.

[197]               The appellants also pled breach of a fiduciary duty and equitable fraud (“unconscionability”). As best I can determine, these claims are advanced in support of the argument that the Hospital breached its duty to provide timely disclosure of the problems surrounding the delivery of pathology services and diagnostic error. For purposes of deciding this appeal, I accept that a fiduciary relationship between the Hospital and its patients exists. As best I can determine, the underlying allegation is that the Hospital deliberately failed to disclose testing information that, had it been disclosed in a timely fashion, would have provided some patients with the opportunity to seek early medical attention. At paragraph 66 of the Amended Statement of Claim, the appellants allege negligence on the part of the Hospital for failing to advise class members of their potential risk of illness at the earliest opportunity. They allege the pertinent date is February 2007. Because of that failure, the appellants allege that the class members were denied the opportunity to seek early medical attention. In point of fact, Dr. Henderson’s review did not occur until December of 2007 – January 2008. Moreover, only a month passed from the time Dr. Henderson delivered her report to the Hospital and the time the Hospital advised the media (aka the public) of the problem. In my view, the facts as pled do not support a claim for equitable fraud or breach of a fiduciary duty.

[198]               Assuming I am in error and the pleadings disclose an arguable cause of action, I agree the motion judge erred in concluding that damages for mental distress are unavailable. The motion judge so held because the evidence and pleadings did not reach the elevated threshold test set out in *Mustapha*, as interpreted by the Ontario Court of Appeal in *Healey*. Therein, the Court of Appeal interpreted *Mustapha* as maintaining, not lowering, the threshold test for compensable psychological injury. The Court concluded damages for mental distress are not generally recoverable unless the plaintiff establishes that she or he has suffered a recognized psychiatric or psychological illness, a proposition

which is compatible with the law in England and Australia: see *White v. Chief Constable of South Yorkshire*, [1999] 2 A.C. 455 (H.L.) and *Tame v. New South Wales* (2002), 211 C.C.R. 317 (H.C.A.).

[199]            Though the appellants' affidavit evidence reveals they suffered some degree of stress and anxiety with respect to the specimen review, none of them actually suffered stress of the degree referred to in either *Mustapha* or *Healey*. The motion judge noted that none of the plaintiffs had been diagnosed with depression, treated by a psychiatrist or psychologist, or been prescribed medication for issues related to the review of the specimens. This led him to conclude that damages for mental distress are unavailable. Of course, without actionable harm, there can be no cause of action, regardless of how one characterizes the "cause". However, the motion judge erred when he turned to the affidavit evidence at this stage in the proceedings. In so doing, the motion judge conflated the task of deciding whether the pleadings disclose a cause of action, a requirement imposed under s. 6(1)(a) of the *Act*, with the task of deciding whether the underlying action has merit.

[200]            At the certification stage, the motion judge must assume all facts pled are true and then decide whether it is plain and obvious those pleadings fail to disclose a cause of action. However, unlike the other elements under s. 6(1) of the *Act*, evidence is neither necessary nor admissible to establish a cause of action: *Hollick v. Toronto (City)*, at para. 25. Typically, only after the certification order issues must the defendant decide whether to move for summary judgment based on the frailty of the plaintiff's case. At this stage, the merits of the case are assessed, having regard to both the pleadings and evidence, within the framework of Rule 22 of the *Rules of Court*. Regrettably, the motion judge failed to draw the distinction between the task of identifying a cause of action and the task of assessing the merits of that cause.

[201]            The motion judge also erred by relying on *Healey* to support his conclusion. Briefly, the plaintiffs in that case had obtained a certification order with respect to a class proceeding in which hospital patients had been informed that they may

have been exposed to tuberculosis and, therefore, they should be tested for the disease. A group of claimants tested negative and had not suffered a recognized psychiatric illness. With respect to those claimants, the defendant was subsequently granted summary judgment, as there was no triable issue. Obviously, this aspect of *Healey* has no direct application in the context of a certification motion. Parenthetically, the certification judge in *Healey* did make a provisional award of \$1,000 in regard to those claimants who tested negative for tuberculosis.

[202] In summary, I conclude the pleadings do not disclose an arguable cause of action, as required under s. 6 of the *Act*. But even if am in error on this point, the findings of the motion judge with respect to the remaining statutory criteria are sufficient to overcome what is otherwise reversible error.

IV. Identifiable Class – Section 6(1)(b)

[203] Certification requires a clearly definable class of two or more persons. Class definition is critical for three reasons. It identifies the claimants who are entitled to notice, entitled to relief and those bound by the judgment: *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, at para. 38: The class definition requirement has two components. One relates to class size, the other to the adequacy of the definition. The size of the class is important because size affects the determination of whether the class action is the preferable procedure for resolving the claims. A class that is too small may not justify the cost and procedural requirements flowing from the filing of a class action. A class that is too large can pose manageability problems and, in particular, with respect to the individual determination of issues relating to damages or causation. Against this background, the motion judge concluded the following class definition, set out in the appellants' Amended Notice of Motion for Certification, is "unduly broad":

Patients, including their estates, whose tissue samples underwent pathology testing for potential cancer or potential cancer-related disease, and were reported by the Second Defendant (pathologist), at the First Defendant (hospital) during the class period, and whose tissue

samples the First Defendant (hospital) subsequently caused to be retested.

[204] The motion judge found the proposed definition “unduly broad” because “it would be difficult for any of the 15,700 patients who had their biopsy retested to identify themselves whether they are or are not part of the class” (para. 75). Indeed, the class definition leaves the understanding there are two classes of patients: those who had their tissue samples read for potential cancer and those that did not. The distinction is important because the Litigation Plan states that everyone who falls within the class definition will be included in the class action unless they opt out in writing (“negative optioning”). But in order to opt out, former patients who learn of the class action must have a way of learning whether their original biopsy was read for cancer. [Parenthetically, I would have assumed that every biopsy was read for potential cancer.]

[205] The appellants’ Litigation Plan offers little for those claimants attempting to assess whether they fall within the class definition and, correlatively, whether they should “opt out”: (1) the plaintiffs shall send a notice to every class member who has contacted the plaintiffs’ counsel for the purpose of receiving notice; (2) the defendant shall mail a copy of the notice to any class member for whom it has a mailing address; (3) notice shall be published in court approved newspapers; (4) publishing a copy of a notice on the website maintained by class counsel; (5) ordering the defendant to provide names and contact information matching the plaintiffs’ list of surgical numbers of those patients which the plaintiffs’ believe to be entitled to make personal injury claims; and (6) the nurses who reviewed the 5000 discrepant reports will attempt to make telephone contact with the patients and within the scope of their nursing competence answer medical concerns and explain options.

[206] In addressing the notification issue at this stage of my analysis, I have jumped from s. 6(1)(b) to s. 6 (1)(e)(ii). The latter section requires the representative plaintiff to produce a “plan” that sets out a workable method of advancing the class proceeding and of “notifying class members of the class proceeding”. It is questionable whether the appellants’ Litigation Plan is able to meet that requirement having regard to

the circumstances outlined above. As my analysis leads me to conclude there are other valid reasons for denying certification, I make no attempt to assess whether the appellants' Litigation Plan passes the threshold set out in s. 6(1)(e)(ii). The issue was never addressed on appeal, even though it remains a condition precedent to the granting of any certification order.

[207] Returning to the motion judge's finding that the class definition was unduly broad, the appellants counter with three arguments. First, they ask that we accept the premise the Hospital had sent information regarding the review of biopsies to each patient's family physician. Accordingly, it is reasonable to infer that the physician would have informed each patient as to whether their biopsy had been read for potential cancer or potential cancer-related disease. I note the affidavit evidence of both Mr. Gay and Ms. Doyle refers to their respective physicians advising them of the pending review and, ultimately, of the result. What we do not know, for example, is whether the Hospital informed every patient's physician of the pending review and of the ultimate diagnosis and, in turn, whether every physician so informed their patients.

[208] The appellants' second argument is straightforward. A similar definition was approved in *Doucette v. Eastern Regional Integrated Health Authority*, 2007 NLTD 138, [2007] N.J. No. 259 (QL). That was a case in which a certification order issued on behalf of patients who had undergone testing for breast cancer in circumstances where a significant percentage had been misdiagnosed. One of the issues raised on the certification motion was whether the class was overly broad because it included persons who had not been misdiagnosed and who were claiming damages for mental distress. The court answered "no". However, *Doucette* is distinguishable. We are dealing with another issue: whether the class definition will allow former patients to make an informed decision with respect to whether they fall within the class definition once they learn or receive notice of the class action. That issue was not addressed in *Doucette*.

[209] The appellants' third argument amounts to a redrafting of the class definition. The replacement definition is consistent with the assumption that surely every

tissue sample would be reviewed for any disease, including cancer. The appellants submit the class definition was meant to embrace three types of claims:

<1,000 patients (potential serious medical harm/personal injury)  
5,000 patients (mental distress/discrepant diagnosis/contract)  
15,000 patients (mental distress/questioned diagnosis/contract)

[210] In their submission to this Court, the appellants summarize the class size and composition:

To summarize as to class size and composition, the evidence supports that at the broadest, **15,000 putative class members have modest claims** for contractually-based mental stress arising from questioned diagnosis. Within that group, about **5,000 have modest but arguably larger claims** for contractually-based mental distress arising from discrepant diagnosis. And **a group not exceeding 1,000**, and by educated guess perhaps several dozen in number, **would have claims for serious personal injury in tort.** [para. 11 of Appellants' Submission]

[Emphasis is in original.]

[211] In short, the appellants wish to revert to a class definition that embraces all 15,770 patients whose biopsies were reviewed. The question I am left with is whether the request for certification should be rejected solely on basis of the class definition set out in their Litigation Plan. Certainly that definition, as it presently reads, is unmanageable. Potential class members are unable to determine their eligibility unless they seek out professional advice. As the appellants' arguments have not persuaded me that the problem which the motion judge identified can be overcome, I must affirm his decision declaring s. 6(1)(b) of the *Act* has not been satisfied. Once again, however, the appeal does not turn on this issue alone. Other criteria must be addressed.

V. Common Issues – Section 6(1)(c)

[212] Pursuant to s. 6(1)(c) of the *Act*, the motion judge must conclude the class action raises one or more common issues that will avoid duplication of fact finding or legal analysis. An issue is “common” only where its resolution is necessary to the resolution of each class member’s claim: *Western Canadian Shopping Centres v. Dutton*, at para. 39. In the present case, the following common issues are listed:

- a) Did the First Defendant (hospital) owe a duty, in tort or contract or as a fiduciary, to credential competent medical staff, and if so,
- b) Did the First Defendant (hospital) breach that duty, and if so when?
- c) Did the Second Defendant (pathologist) owe a duty of competence in tort or contract or as a fiduciary, and if so,
- d) Did the Second Defendant (pathologist) breach that duty, and if so when?
- e) Are the Defendants, or either of them, liable in tort, contract or for fiduciary breaches, for damages for mental distress:
- f) If so, whether damages for mental distress should be assessed in the aggregate, and if so, what is the quantum of aggregate damages for mental distress?
- g) Is an award of aggravated damages warranted, and if so, whether they can be assessed in the aggregate, and if so, in what amount?
- h) Are the Defendants jointly and severally liable for the remedies for the conduct set out in the Statement of Claim?

[213] It is obvious that many of the common issues outlined above raise questions of law. This leads one to question why it is necessary to proceed to a trial on the common issues in order to obtain an answer. Even under Rule 23 of our *Rules of Court* it is permissible to obtain a ruling on a question of law any time before the action is set down for trial. The same holds true with respect to the right to strike out a pleading for failing to disclose a “reasonable cause of action”. In my view, the question of whether Dr. Menon owes a duty of competence and whether the Hospital owes a duty to

credential competent staff are questions of law for which the answer is “no”. Again, they are not matters that should be decided at the trial on the common issues. It follows that the question of whether the respective parties breached their obligation is of no moment. The question of whether the respondents are liable in tort, contract or the law of fiduciaries is easily answered: yes, provided the appellants are able establish liability in accordance with the established principles. But once again, the issue stated is simply too vague to qualify as a common issue to be decided at the trial on the common issues. In sum, I agree with the motion judge. The appellants failed to meet the commonality requirement.

[214]               The truth is that much of the argument on this appeal has focused on one issue: whether an award of “aggregate damages” should be certified as a common issue. Although the motion judge found it unnecessary to deal with this issue, the parties spent much of this appeal addressing that issue and understandably so. If the class action were to move forward and liability were established for breach of a recognized duty of care, an award of aggregate damages would avoid the need to undertake over 15,000 damage assessments for mental distress. On the other hand, if the matter of aggregate damages is not certified as a common issue, there is now common-sense evidence to support the view that a class action would not be a “fair, efficient and manageable method” of advancing the claim.

[215]               To give some perspective, the population of the City of Miramichi is 18,000. The number of potential class members having modest claims is over 15,000. If an award for aggregate damages is not available, there will have to be a “mini trial” for each claimant that comes forward. One can safely speculate there are not enough psychologists, physicians, court rooms, office space or lawyers in the community to deal efficiently and effectively with all of the potential claims. When those realities are combined with the \$1,000 provisional assessment for damages for mental distress made in *Healey*, a case similar in facts to that under appeal, we are forced to ask whether the proposed class action is likely to achieve the objectives of the *Act*. That is why I am prepared to address the issue.

[216] To ask whether an award of aggregate damages should be certified as a common issue is to ask whether the class action is one in which damages can be assessed on a class wide basis (lump sum). This is not a “bottom-up” summing up of individual claims, but a “top-down” global assessment of the loss sustained by the class. The whole purpose of an aggregate award is to avoid the necessity of each class member adducing individual evidence pertaining to his or her loss.

[217] An aggregate damages assessment allows a court to determine the damages suffered by a class of plaintiffs on a global basis. It is meant to increase access to justice and serve as an “efficient procedure that obviates the need for individual class members to testify and to establish their individual damages” (Harvin Pitch & Matthew Sokolsky, “Class Action Damages: Assessing Aggregate Damages in Class Action Litigation” (2005) 2:1 Can Class Action Rev 41 at 61). The law is also clear that the provisions governing aggregate damages are procedural in nature and, therefore, cannot be used to establish liability to the class as a whole: *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, at para. 131.

[218] Assessments for aggregate damages are most often used in cases involving breach of contract, price-fixing, misrepresentation, and product liability. In the context of personal injury, aggregate damage assessments are the exception, rather than the rule. This is because of the inherently idiosyncratic nature of personal injury claims. The individualized enquiries that are required to establish causation and damages are simply not compatible with the basic premise underlying an aggregate assessment, and courts have specifically rejected aggregate damages where liability and/or quantum cannot be resolved without participation by individual class members (see *Healey; Koubi v. Mazda Canada Inc.*, [2010] B.C.J. No. 838, (varied by [2012] B.C.J. No. 1464, 2012 BCCA 310; *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.*, [2004] O.J. No. 299 (QL); and *Bywater v. Toronto Transit Commission*, [1998] O.J. No. 4913 (QL)). *Cloud v. Canada (Attorney General)*, [2004] O.J. No. 4924 (C.A.) (QL), leave to appeal refused [2005] S.C.C.A. No. 50, a residential schools case involving systemic negligence, stands as one of the rare exceptions to the general rule. Even in that case, however, the Court was clear that an

aggregate assessment of the damages suffered by the class would only be appropriate if it could “reasonably be done without proof of loss by each individual member” (para 70).

[219] To avoid the restrictions on participation by individual class members, counsel have turned to the statutory provisions that permit the use of statistical evidence (see s. 32 of the *Act*). Some, for example, have proposed to “sample” the class by taking out-of-court sworn testimony of some class members and extrapolating those experiences to the entire class. Others have attempted to apply the experiences of the general population to the members of a class, arguing that the litigation class is simply a representative subset of the whole. Using expert opinions on human behavior, they attempt to predict the likely reactions or experiences of the “ordinary person” in the same situation as a plaintiff, and then extrapolate that general response to the individual members of the class. Both approaches have been rejected in Ontario.

[220] In *Healey*, the plaintiffs attempted to satisfy the aggregate damages provisions using the evidence of a psychiatrist who neither examined members of the class, nor reviewed any evidence of individual class members’ reactions to notifications advising them they may have been infected with tuberculosis. He posited that, in general, an ordinary person who received notification of exposure to tuberculosis and who tested negative would experience “substantial psychological injury or illness”. Based on his professional experience and the prevalence of psychiatric illness in the general population, he posited that 30% to 40% of the uninfected class members would suffer a recognizable psychiatric illness in response to such a notification, and an additional 30% to 40% would suffer a less serious “psychological injury”. The certification judge was willing to certify aggregate damages as a common issue and leave the determination of “[w]hether the statutory conditions for an aggregate assessment [were] satisfied and whether an aggregate assessment should be made” to the trial of the common issues (see *Healey v. Lakeridge Health Corp.*, [2006] O.J. No. 4277 (Ont. Sup. Ct.) (QL), at para. 102). However, on the motion for summary judgment, Perell J. was clear that an aggregate damages assessment was inappropriate in cases of personal injury. He went on to hold that even if he were incorrect on that point, the methodology advanced by the

plaintiffs was entirely inadequate: see *Healey v. Lakeridge Health Corp.*, 2010 ONSC 725, [2010] O.J. No. 417 (QL).

[221] The fact that the case at bar is a class proceeding does not obviate the need for the appellants to show that it was “foreseeable that a person of ordinary fortitude would suffer serious injury” (see *Mustapha*, at para. 18). Next, the appellants must prove all of the usual factors that come into play when assessing claims for personal injury. Here, those factors might include the extent of the subjective stresses experienced by a patient after receiving the notification; each claimant’s general health, medical history, and age; whether there was any unrelated or pre-existing illness, and the individual’s own susceptibility to emotional stress. For these reasons, I agree with the Courts in *Bywater*, *Caputo*, and *Healey* that aggregate damage assessments are not appropriate in the cases of personal injury, where the damages suffered will be inherently individualistic. Even if I am wrong, and aggregate damages are available, I conclude, as did Perrell J. in *Healey*, that the evidence supporting a methodology for determining an aggregate award is more than materially deficient. There is no evidence.

[222] In brief, there are two reasons why this is not a proper case for certifying an award of aggregate damages as a common issue. First, the appellants failed in their evidential burden to set out in their Litigation Plan a “credible or plausible methodology” for assessing aggregate damages and an appropriate method of distribution (see *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, [2009] B.C.J. No. 2239, 2009 BCCA 503 at para. 68, leave to appeal to SCC refused, [2010] S.C.C.A. No. 32; and *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, at para. 118). Second, and more significantly, damages for mental distress are simply too individualistic to be amenable to a global assessment. The reality is that there is no plausible methodology for assessing an aggregate award of damages for mental distress – such damages are inherently idiosyncratic. Hence, this is not a case in which quantum can “reasonably be determined without proof by individual class [...] members” (see s. 31(1)(c) of the *Act*).

[223] Considerable time and argument, both written and oral, were expended with respect to the precedential significance and applicability of the Ontario Court of

Appeal's decision in *Fulawka v. The Bank of Nova Scotia, supra*. Therein, it was determined that s. 24(1) of the Ontario *Class Proceedings Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6 (the Ontario *Act*) should be interpreted such that an aggregate assessment of monetary relief should only be certified as a common issue "where resolving the other certifiable common issues could be determinative of monetary liability and where the quantum of damages could reasonably be calculated without proof by individual class members". In short, properly interpreted, s. 24(1) does not permit the evidence of some class members to be used to determine the loss of all class members. Thus, the plaintiff's proposal to "statistically sample" individual members of a class, rather than having each member testify as to the "overtime" he or she worked, was rejected.

[224] The precedential significance of *Fulawka* in Canadian jurisprudence is obvious. An aggregate assessment may be perceived as being the only effective means of "avoiding the potentially unconscionable result of a wrong eluding an effective remedy" (*Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, [2007] O.J. No. 1684 (QL), leave to appeal to SCC refused, [2007] S.C.C.A. No. 346, at para. 42). The plea of a wrong having no effective remedy forces me to offer the following *obiter*. Assuming without deciding that *Fulawka* is not the law in New Brunswick, and that properly interpreted the English and French versions of s. 31(1)(c) of our *Act* allow for an aggregate award of damages based on the evidence of some class members, it would still be within the discretion of the motion judge to refuse to certify the matter of aggregate damages as a common issue. In exercising that discretion, the motion judge would be forced to concede, as have other courts, that an aggregate award of damages for personal injuries is simply not appropriate. It is not plausible that the personal reactions of a few class members to the news that their biopsy had to be reviewed can be effectively reduced to an average reaction and extrapolated to the entire class. Nor can a court reasonably assume that all class members have suffered a loss, or make assumptions regarding the range of loss sustained by the average class member: *Koubi* (at para. 143).

[225] The appellants acknowledged their vulnerability to the Ontario jurisprudence. As far as I am aware, that jurisprudence has rejected, with near uniformity, the notion of aggregate damages for personal injuries being certified as a common issue

(see, for example, *Healey*; *Koubi*; and *Caputo*, but see also *Cloud* at para. 70). And that jurisprudence was decided long before *Fulawka*.

[226] In response to the Ontario jurisprudence, and in their supplemental submissions to this Court, the appellants contend that if an individualized assessment approach is required for tort claims, the same should not hold true for “modest contractual claims” falling within the typical small claims jurisdiction of the courts. This takes us back to the Supreme Court’s decision in *Fidler*. The short answer is that in *Fidler* the plaintiff did in fact adduce “extensive medical evidence” to support her damages claim for mental distress (para. 59). The reality is that just as claims for personal injury are not amenable to an award of aggregate damages, neither are awards for mental distress.

[227] In summary, the common issues which are of central importance to the class action are umbilically tied to two causes of action that fail the threshold test set out in the jurisprudence. As well, an award of aggregate damages is not certifiable as a common issue. The law has reached the point where such awards are not available in class proceedings where the plaintiffs are seeking damages for physical or psychological injuries. And the rule remains in place whether the action is framed in tort or contract.

#### VI. The Preferability Requirement – s. 6(1)(e)

[228] This leaves for consideration the “preferability” requirement. In light of the earlier findings, my comments are limited and not meant to detract from the motion judge’s reasoning. These reasons are supplemental in nature.

[229] Section 6(1)(d) of the *Act* requires a finding the class proceeding “would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the dispute”. In *Hollick*, the Supreme Court held the “preferability inquiry” must be conducted through the lens of three principal advantages of class actions: judicial economy, access to justice, and behaviour modification. At the same time, 6(2) of the *Act* outlines a number of matters that must be considered when applying s. 6(1)(d). In particular, I draw attention to s.

6(2)(f) which states the court is entitled to consider “any other matter the court considers relevant”. A pan-Canadian review of class proceedings legislation reveals only three Provinces have an equivalent provision: see *Class Proceedings Act*, S.A. 2003, c. C-16.5 s. 5(2), *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 s. 4(2); and *Class Proceedings Act*, S.N.S. 2007, c. 28 s. 7(2)(f). However, my reference to s. 6(2)(f) of our *Act* is not meant to imply the New Brunswick legislation expands upon the law articulated in *Hollick* and that somehow New Brunswick judges have greater flexibility when deciding whether to certify a proposed class proceeding. The existing jurisprudence and legislation affords motion judges sufficient latitude when it comes to approving or rejecting a proposed class action.

[230] The jurisprudence consistently holds that the preferability requirement has two components. First, the class action must be found to be a fair, efficient, and manageable method of advancing the claim and, second, it must be preferable to other reasonably available means of resolving the claims of class members. And as noted, the same jurisprudence tells us that the preferability analysis must be conducted through the lens of three principal advantages: judicial economy, access to justice and behaviour modification. It is also true that the preferability requirement can be met where there are substantial individual issues. In other words, the common issues need not predominate over individual issues: see generally *Defending Class Actions in Canada* at 191, *et seq.*

[231] Any analysis with respect to the preferability requirement must address a simple and essential question: whether the refusal to grant an order of certification will result in a denial of access to justice; a wrong eluding an effective remedy so-to-speak. No one should quibble with the premise that if the present class action does not move forward, those with modest claims for mental distress are unlikely to initiate legal proceedings within the jurisdiction of the Small Claims legislation. On the other hand, if the class action does move forward, and breach of a duty of care is established, it has to be asked whether those patients with modest claims would be truly interested in pursuing legal recourse having regard to the fact that damages are not to be assessed in the aggregate. Instead, it will be necessary for each claimant to establish damages for mental

distress that meet the legal threshold set out in *Mustapha*. The fact that documentary evidence and testimony will be required, together with the cooperation of each patient's physician or psychologist, militates against the attractiveness of pursuing legal recourse for nominal damages. All of this leads to the conclusion that a class action for medical malpractice loses its attractiveness so long as the potential damage award falls below the Small Claims limit. Having regard to the jurisprudence, most of the 15,770 potential claimants can expect an award of \$1,000. This is true of the 10,000 or so patients who had no change with respect to the review of their original biopsy.

[232] The next question is equally simple: Must access to justice always mean access to monetary compensation for breach of a legal duty? In my view, it does not. Not every wrong has to be remedied by money. This assertion leads to another question: Would not the reasonable patient be more concerned with achieving access to adequate medical care on the Miramichi than with access to a nominal damage award? One of the objectives of class proceedings legislation is to ensure that those who behave badly are not rewarded because of the inability of the vulnerable or financially disadvantaged to pursue an efficient and effective means for righting a wrong. But in the present case, the goal of behaviour modification loses its persuasiveness, if not relevancy. As explained earlier, prior to the appellants commencing their class action, the Government recognized the seriousness of what had occurred at the Hospital and established a Commission of Inquiry to look into the delivery of pathology services at the Hospital and generally throughout the Province. The Report that followed contains over 50 recommendations. Whether the Government has acted on those recommendations is a matter on which this Court must not speculate. But allowing a class action to proceed in circumstances where the plaintiffs' hope of collecting up to \$197 million in damages for mental distress has more of a punitive ring than a reformatory one.

[233] What about access to justice for those patients who suffered serious personal injury because of a misdiagnosis? Will the proposed class action truly advance their interests? In my view, the answer is no. The claims of those who suffered serious personal injury are distinguished from those with "modest claims" only to the extent the

quantum exceeds the limit of the Small Claims procedure. However, distinguishing between these groups based only on quantum is clearly problematic. The mental distress for the smaller group flows from the revelation of their misdiagnosis, not from learning of the Hospital's decision to independently review the pathology work of Dr. Menon. To complicate matters further, damages for mental distress tied to physical injuries are recoverable, without having to meet the threshold test set out in *Mustapha*: see Lewis N. Klar, *Tort Law*, 5<sup>th</sup> ed. (Toronto: Carswell, 2012) at 497, et seq. The appellants' legal problems do not end here.

[234] Putting aside the issue of damages for mental distress, surely the appellants' action for damages for those who were misdiagnosed and suffered serious personal injury is doomed to failure. The extant law requires proof of negligence with respect to each patient that was misdiagnosed, together with proof of causation and of damages. And yet the appellants' pleadings make no room for recovering damages, in accordance with established negligence principles, as a result of a negligent misdiagnosis. Instead, the appellants pled that Dr. Menon breached his duty "to maintain competency" and breach of that duty gives rise to damages. If the law were to impose a duty or standard of care, expressed in terms of physician competency, then arguably the appellants need only prove Dr. Menon was incompetent and the Hospital was negligent in hiring and retaining him. There would be no need to establish Dr. Menon was negligent with respect to each patient who was misdiagnosed. But surely that is not the law or even arguable. For those patients who were misdiagnosed and suffered serious personal injury, the proposed class action has to be a disappointment.

[235] In summary, the application of the preferability requirement supports the motion judge's decision not to grant certification. The class action is not the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the dispute. The action will not truly advance the interests of those patients who were misdiagnosed and suffered serious personal injury. Their claims for physical injury have no chance of success so long as the appellants' unifying cause of action is anchored in a duty of physician competence. Damages for mental distress are not an adequate substitute. As for those patients with

modest claims for mental distress, the class action becomes unmanageable once it is accepted that an award of aggregate damages is not available. Presumably, one can reasonably infer that the evidential burden and additional stress placed on each of the claimants to establish they suffered serious and prolonged psychological illness, because of the notification their original biopsy would be independently reviewed, is immense. This burden is to be contrasted with the reality that modest claims require modest damage awards. Indeed, there is an oxymoronic quality to a plea that one has a modest claim for a serious and prolonged illness. Finally, one must consider that the Government has already taken steps to ensure the delivery of adequate pathology services in the Miramichi region. Hence, the goal of behaviour modification no longer has the force it might have had if the Government did nothing. Collectively, these considerations enhance the motion judge's decision not to certify the class action.

VII. Disposition

[236] I would dismiss the appeal. Having regard to the factors of time and complexity, each respondent is entitled to costs of \$15,000.

LE JUGE EN CHEF DRAPEAU et LE JUGE DESCHÊNES

I. Introduction

[1] Le présent appel concerne uniquement la procédure, plus précisément la procédure applicable à la certification d'une instance à titre de recours collectif. Comme cela est habituellement le cas, l'escarmouche procédurale trouve sa genèse dans des allégations d'actes fautifs.

[2] Essentiellement, la plainte en l'espèce tient au fait que tous les membres du groupe proposé (soit plus de 15 000 patients de l'Hôpital régional de Miramichi) ont engagé des frais et subi un préjudice par suite des défaillances systémiques attribuables aux fautes professionnelles commises par les intimés dans l'organisation, la gestion et l'exploitation du service et du laboratoire de pathologie de l'Hôpital régional. Ainsi, on prétend dans l'exposé de la demande modifié que le docteur Rajgopal S. Menon, pendant les dix années et plus qu'il a passées à l'emploi de la Régie régionale de la santé 7, que ce soit comme chef du service de pathologie, comme directeur du laboratoire clinique ou comme anatomopathologiste à l'Hôpital régional de Miramichi, a accompli son travail d'une façon tellement non conforme aux normes que son employeur, quelque temps après avoir pris conscience de l'ampleur du problème, a conclu que de vastes mesures correctives étaient requises pour la sécurité de ses patients. Ces mesures correctives ont notamment consisté en un examen indépendant du travail du D<sup>f</sup> Menon, y compris le réexamen des échantillons qu'il avait examinés et qui avaient fait l'objet d'un rapport de sa part pendant la durée de son emploi. Elles ont aussi consisté à informer, directement ou indirectement, les membres du groupe proposé : (1) du réexamen global du travail du D<sup>f</sup> Menon, y compris l'évaluation qu'il avait faite de l'échantillon ou des échantillons de chacun; et (2) implicitement, sinon explicitement, du risque qu'un diagnostic antérieur se rapportant au cancer ait été erroné.

[3] On fait également valoir dans l'exposé de la demande modifiée que tous les membres du groupe proposé, que le diagnostic initial fondé sur les analyses pathologiques du D<sup>f</sup> Menon ait ou non été finalement confirmé, ont éprouvé de la souffrance morale et de l'anxiété dans une mesure indemnisable en droit et que chacun a fait des déboursés directement attribuables aux mesures correctives prises par l'Hôpital régional ainsi qu'aux services professionnels non conformes aux normes que le D<sup>f</sup> Menon a fournis et qui sont à l'origine de ces mesures. De plus, l'exposé de la demande modifiée comprend l'allégation selon laquelle le diagnostic communiqué à certains patients s'est révélé être erroné et être le produit de la négligence du D<sup>f</sup> Menon dans l'examen et l'évaluation de leurs échantillons et il s'en est suivi que les membres du groupe proposé en question ont subi un préjudice et des pertes encore plus grands et ont dû supporter des frais encore plus importants. Quoi qu'il en soit, des dommages-intérêts particuliers (au titre des déboursés), généraux et majorés sont demandés au nom de tous les membres du groupe proposé. Les causes d'action invoquées dans l'exposé de la demande modifiée sont fondées sur la responsabilité délictuelle, la rupture de contrat, la violation de devoirs fiduciaux et la « fraude en equity ».

[4] La motion en certification de l'action à titre de recours collectif a été vivement contestée pour tous les motifs imaginables, pertinents ou non, tant par le D<sup>f</sup> Menon que par l'Hôpital régional. Finalement, le juge saisi de la motion s'est rangé de leur côté (voir la décision *Gay et al. c. Regional Health Authority 7 et al.*, 2012 NBBR 88, 389 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 150). Rares sont ceux qui seraient en désaccord avec la proposition suivante : en pratique, il est peu probable que, sans l'intervention de la Cour d'appel, le D<sup>f</sup> Menon et l'Hôpital régional aient jamais à répondre devant une cour de justice des inquiétantes allégations d'inconduite qui sont formulées dans l'exposé de la demande modifiée.

[5] La législation en matière de recours collectif fait partie du paysage législatif de notre province depuis 1982; elle a pris naissance avec la règle 14, disposition qui, il faut le reconnaître, était lacunaire et vague. Depuis le milieu de l'année 2007, les recours collectifs sont régis par un texte législatif. Aucune action n'a encore été certifiée à titre de recours collectif en vertu de la loi originale ou de celle qui l'a remplacée, la *Loi*

*sur les recours collectifs*, L.R.N.-B. 2011, ch. 125, puisque la Cour du Banc de la Reine a refusé la certification dans toutes les instances contestées soumises à son examen (voir les décisions *Bryson c. Canada (Procureur général)*, 2009 NBBR 204, 353 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; et *O'Neill & Chiasson c. St-Isidore Asphalte Ltée*, 2013 NBBR 72, 400 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 111; ainsi que la décision qui nous occupe en l'espèce).

[6] Sans vouloir contester en quoi que ce soit le bien-fondé ou le caractère raisonnable des deux premières décisions, mentionnons qu'elles contrastent vivement avec la tradition d'interprétation libérale des lois relatives à la certification et d'application généreuse de ces lois à un vaste éventail de prétendus agissements touchant simultanément un grand nombre de personnes qui s'est implantée à la Cour suprême du Canada : *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184, *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] A.C.S. n° 57 (QL), *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] A.C.S. n° 58 (QL), *Infineon Technologies AG c. Option consommateurs*, 2013 CSC 59, [2013] A.C.S. n° 59 (QL), et *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] A.C.S. n° 69 (QL). Il devrait aller de soi que tous les tribunaux ont l'obligation d'honorer, et pas seulement en apparence, les principes qui se dégagent de ces précédents jurisprudentiels.

[7] Le présent appel soulève la question préjudicielle habituelle, laquelle consiste à savoir si, compte tenu des normes de contrôle reconnues, le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en rejetant la motion en certification. Les appelants prétendent que oui et pour les motifs qui suivent, nous souscrivons respectueusement à leur prétention et concluons qu'une ordonnance de certification aurait dû être rendue. Pour parler franchement, nous estimons que si la certification n'est pas indiquée dans une instance comme celle-ci, il ne serait pas interdit aux observateurs informés de se demander si la *Loi sur les recours collectifs* n'est pas simplement un trompe-l'œil pour ce qui concerne l'accès à la justice proposé aux victimes innocentes de défaillances systémiques qui ont subi un préjudice et supporté des

frais relativement modestes (voir l'arrêt *AIC Limitée*, aux par. 22 à 34). Il y aura toujours des arguments contre la certification. Toutefois, aucune objection ne peut reposer sur le fond même de l'action et au bout du compte, la question qu'il faut trancher est celle de savoir si une objection d'ordre procédural qui est discutable devrait l'emporter sur la preuve et l'argumentation en faveur du redressement collectif. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la conclusion voulant que l'on ait rempli chacune des conditions de la certification qui sont énoncées dans la *Loi* a un certain fondement factuel, on ne saurait s'appuyer sur un pouvoir judiciaire discrétionnaire pour confirmer le refus d'accorder la certification. Après tout, le paragraphe 6(1) de la *Loi sur les recours collectifs* est dénué de toute ambiguïté : la Cour doit certifier l'instance si les conditions énoncées dans la *Loi* sont réunies. Quoi qu'il en soit, la crainte de ce que l'on connaît mal n'est pas une raison de refuser la certification.

## II. Le contexte

[8] Les énoncés qui sont faits sous la présente rubrique ne se veulent pas des conclusions de fait. Notre intention est plutôt de poser un contexte qui, à notre avis, trouve un certain fondement dans le dossier. À vrai dire, la plupart sinon la totalité des énoncés qui suivent sont incontestables à la lumière du dossier dans son ensemble. Une dernière observation préliminaire s'impose : dans les présents motifs, le mot « patients » est employé dans son sens le plus large pour désigner les personnes qui reçoivent des soins de santé.

[9] Un nouvel hôpital régional devait ouvrir à Miramichi en 1995. On s'entendait généralement pour reconnaître que si le nouvel établissement devait être exploité comme hôpital régional doté d'un service de chirurgie fonctionnel, il était vital que des pathologistes soient engagés afin de diriger, sur les lieux, des services de laboratoire où des analyses pathologiques pourraient être effectuées.

[10] Une campagne de recrutement a été lancée en 1993 dans le but d'engager deux pathologistes. Toutefois, et d'aucuns diraient malheureusement, le D<sup>r</sup> Menon a été

le seul candidat. Il a été engagé et a intégré le personnel en janvier 1994. Selon la description que l'on trouve dans le dossier, le D<sup>f</sup> Menon a occupé les postes suivants pendant la durée de ses fonctions à l'Hôpital régional : chef du service de pathologie, directeur du laboratoire clinique et anatomopathologiste. Quels qu'aient été ses titres, ses responsabilités consistaient notamment à superviser et à diriger le service et le laboratoire de pathologie. Les contrats officiels pertinents, le cas échéant, et les autres documents liés au travail seront divulgués et produits dans le cadre de la communication des documents et de l'interrogatoire préalable. De toute façon, il semble que le D<sup>f</sup> Menon a été le seul anatomopathologiste à l'Hôpital régional pendant les quelques années qui ont suivi son embauchage.

[11] Une des attributions initiales du D<sup>f</sup> Menon était de contribuer à la planification et à l'établissement du laboratoire au nouvel Hôpital régional, lequel devait fournir des services d'anatomopathologie.

[12] Assez tôt, des préoccupations se sont fait jour en ce qui concernait la qualité du travail du D<sup>f</sup> Menon et les délais de communication des résultats de ses analyses pathologiques. Ces problèmes ont été signalés aux personnes compétentes mais il semble qu'ils n'aient pas été pris au sérieux.

[13] Certains éléments donnent aussi à penser que le D<sup>f</sup> Menon n'a donné ni directives ni conseils concernant un quelconque programme d'assurance de la qualité ou de contrôle de la qualité dans le laboratoire qu'il supervisait et dirigeait et qu'aucune procédure d'assurance de la qualité et de contrôle de la qualité n'a jamais été adoptée relativement aux analyses visant à dépister le cancer. De plus, on laisse entendre qu'à titre de chef du service de pathologie et de directeur du laboratoire clinique, le D<sup>f</sup> Menon s'est opposé à la mise en œuvre de normes d'assurance de la qualité et de mécanismes de contrôle de la qualité pour les fins du fonctionnement du laboratoire.

[14] Bien que des problèmes consistant en des erreurs cliniques sporadiques, en des délais inacceptables de communication des résultats ainsi qu'en l'absence d'un programme de contrôle de la qualité dans le laboratoire aient transpiré très tôt, ce n'est

qu'au printemps et à l'été 2006 que l'ampleur du travail non conforme aux normes du D<sup>f</sup> Menon a amené l'Hôpital régional à prendre des mesures correctives.

[15] À ce moment-là, l'Hôpital régional a retenu les services d'un pathologiste expert en vue d'un examen scientifique externe des analyses pathologiques effectuées par le D<sup>f</sup> Menon. À la lumière des résultats de cet examen indépendant, l'Hôpital régional et le gouvernement provincial ont décidé de faire réexaminer par les experts d'un laboratoire indépendant de l'Ontario l'ensemble des échantillons que le D<sup>f</sup> Menon avait analysés de 1995 à 2007.

[16] Simultanément, l'Hôpital régional a pris des mesures en vue d'avertir les patients concernés ainsi que leurs médecins personnels ou les chirurgiens qui les avaient adressés à l'Hôpital qu'un examen rétrospectif des analyses pathologiques effectuées par le D<sup>f</sup> Menon était en train d'être mené. Comme on pouvait s'y attendre, l'Hôpital régional a conseillé aux patients en question de consulter leur médecin personnel pour obtenir des renseignements et assurer le suivi. Il va de soi que l'on s'attendait forcément à ce que les consultations recommandées entraînent des dépenses au titre des déplacements et des frais accessoires.

[17] Plus de 20 000 échantillons provenant d'environ 15 000 patients ont été réexaminés par le laboratoire ontarien. Les résultats de cet examen se sont révélés inquiétants pour l'Hôpital régional et le gouvernement provincial. Il s'en est suivi qu'une commission d'enquête (la Commission) a été établie.

[18] En temps utile, la Commission, présidée par l'honorable Paul S. Creaghan, a produit un rapport complet qui a été reçu en preuve à l'audience devant le tribunal d'instance inférieure. La décision du juge saisi de la motion sur l'admissibilité de la preuve est publiée sous la référence 2010 NBBR 128, 361 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1. Bien que cette décision ait été contestée dans le mémoire que l'Hôpital régional a déposé en appel, on n'a pas insisté fortement sur cette question à l'audience. Le fait est que la décision du présent appel ne dépend pas d'un quelconque aspect controversé du rapport de la Commission et quoi qu'il en soit, on ne nous a pas convaincus que la décision du juge

saisi de la motion sur l'admissibilité de la preuve est insoutenable, compte tenu du but limité dans lequel le rapport a été reçu.

[19] Cela dit, tous reconnaissent que la Commission a conclu que le travail effectué par le D<sup>r</sup> Menon au fil des ans présentait des défaillances graves et inquiétantes, qu'il s'agissait d'erreurs systématiques qui, peut-on penser, auraient dû être découvertes et corrigées plus tôt. Parmi ses autres conclusions, la Commission a fait état de défaillances dans les politiques de recrutement et d'embauche de l'Hôpital régional dans le cas du D<sup>r</sup> Menon ainsi que de l'absence consternante de programmes d'assurance de la qualité et de contrôle de la qualité au laboratoire de pathologie, laquelle signifiait qu'il n'y avait eu aucun examen valable, effectué par des pairs, du travail du D<sup>r</sup> Menon pendant toutes les années où il avait été chef du service de pathologie, directeur du laboratoire clinique et anatomopathologiste.

[20] C'est dans ce contexte, qui doit être prouvé au procès, que les appelants ont sollicité une ordonnance portant certification de l'action sous-jacente à titre de recours collectif. Chose importante, les appelants qualifient les prétentions formulées au nom de tous les membres du groupe proposé de [TRADUCTION] « recours pour faute médicale en milieu hospitalier fondé sur des défaillances systémiques qui ont eu une incidence sur l'ensemble du groupe » (c'est nous qui soulignons). Dans leur mémoire, les appelants décrivent ainsi l'action engagée au nom de tous les membres du groupe proposé :

[TRADUCTION]

[...] recours pour faute médicale en milieu hospitalier attribuable à des défaillances institutionnelles sur le plan de l'exercice de la médecine et de la procédure, c'est-à-dire un manquement systémique à une obligation. [par. 44]

[C'est nous qui soulignons.]

Cet élément n'est pas important, du moins à cette étape-ci, mais le dossier donne à penser que le mot « médicale » est employé ici dans son sens le plus large. Quoi qu'il en soit, le mot entre guillemets ne semble rien ajouter à la doléance : une faute professionnelle est une faute professionnelle.

- [21] La description qui précède des agissements ayant touché tous les membres du groupe proposé reflète les allégations de faute ou de négligence qui ont été formulées à l'encontre de l'Hôpital régional et du D<sup>r</sup> Menon. Nous effectuons un examen détaillé de ces allégations sous la rubrique « Analyse et décision ».
- [22] Élément important, l'exposé de la demande modifié ne comprend pas de demande de mesure réparatoire consistant en l'attribution d'un montant global de dommages-intérêts, au sens de l'art. 31 de la *Loi sur les recours collectifs*. Nous reviendrons sur cette omission lorsque nous traiterons des « questions communes ».
- [23] L'Hôpital régional a déposé un exposé de la défense modifié dans lequel il conteste sa responsabilité relativement à l'une quelconque des prétentions formulées dans l'exposé de la demande modifié. Rares sont les allégations formulées dans cette plaidoirie, si tant est qu'il y en ait, qui sont admises. Bon nombre d'entre elles sont carrément contredites. L'Hôpital régional a également déposé une demande entre défendeurs dans laquelle il demande une contribution et indemnisation de la part du D<sup>r</sup> Menon au titre des demandes découlant : (1) de [TRADUCTION] « diagnostics erronés ayant donné lieu au défaut de dispenser un traitement en temps utile ou quelque traitement que ce soit »; (2) [TRADUCTION] d'« un défaut de satisfaire aux normes d'exercice professionnelles »; (3) d'une [TRADUCTION] « attribution de responsabilité résultant de [son] omission d'informer l'[Hôpital régional de Miramichi] qu'il ne possédait pas les compétences professionnelles nécessaires pour exercer dans le domaine de la pathologie »; et (4) de son [TRADUCTION] « omission [...], à titre de chef du service de pathologie ou de pathologiste qualifié, d'établir des programmes d'assurance de la qualité adéquats, ou quelque programme d'assurance de la qualité que ce soit, à [l'Hôpital régional de Miramichi] qui auraient pu avoir une incidence sur les soins aux patients » (par. 54).
- [24] Toutefois, le D<sup>r</sup> Menon n'a pas encore déposé d'exposé de la défense. Il n'a pas non plus déposé de défense entre défendeurs. Le dossier montre que, du consentement de toutes les parties, le juge saisi de la motion a libéré le D<sup>r</sup> Menon de

l'obligation qui lui est faite en vertu des *Règles de procédure* de déposer ces documents jusqu'après l'audition de la motion en certification. Les moyens de défense que le D<sup>f</sup> Menon pourrait officiellement invoquer demeurent donc inconnus.

[25] Nous ouvrons ici une parenthèse pour signifier que nous désapprouvons cette dérogation à l'al. 3(4)a) de la *Loi sur les recours collectifs* et à la règle 29.03(1) (« Délai pour le dépôt et la signification de l'exposé de la défense et demande entre défendeurs »). Aux termes de l'alinéa 3(4)a), une motion en certification n'est présentée qu'après que l'exposé de la défense a été signifié et que les plaidoiries ont été soumises. Les *Règles de procédure* s'appliquent aux actes de procédure envisagés par la *Loi sur les recours collectifs* (voir l'art. 42). La règle 29.03(1) obligeait le D<sup>f</sup> Menon à déposer son exposé de la défense et demande entre défendeurs dans le délai applicable prescrit à la règle 20.01 (« Délai pour le dépôt et la signification de l'exposé de la défense »). Malgré le consentement des parties, les juges saisis d'une demande de certification devraient, en règle générale, insister sur le dépôt et l'échange d'un ensemble complet de plaidoiries avant d'entendre les parties. À cet égard, nous souscrivons à l'opinion du juge Perell dans les décisions *Pennyfeather c. Timminco Ltd.*, 2011 ONSC 4257, [2011] O.J. 3286 (QL), aux par. 9 et 84, et *Labourers' Pension Fund of Central and Eastern Canada c. Sino-Forest Corp.*, 2012 ONSC 1924, [2012] O.J. No. 1331 (QL). Les plaidoiries définissent, d'une façon structurée, la position des parties et les questions substantielles. Il s'ensuit que les litiges par guet-apens, les débats tous azimuts et les enquêtes du genre de celles que mènerait une commission d'enquête doivent être évités (voir l'arrêt (voir l'arrêt *La 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). La clarté est essentielle lorsqu'on examine les conditions à remplir pour la certification, tout particulièrement pour ce qui concerne les « questions communes » et la question de savoir si le recours collectif est la meilleure procédure ou le meilleur moyen de régler le litige.

[26] Dans leur avis de motion modifié, les demandeurs ont sollicité une ordonnance qui :

[TRADUCTION]

1. certifie [l']action à titre de recours collectif;
2. définit ainsi le « groupe » et la « période du groupe » :
  - a) les patients, y compris leur succession, dont des échantillons de tissus ont fait l'objet d'analyses pathologiques visant à dépister le cancer ou des maladies connexes dont les résultats ont été transmis par le [D<sup>r</sup> Menon], à [l'Hôpital régional], pendant la période du groupe, et dont les échantillons de tissus ont été réanalysés par la suite sur l'initiative de l'Hôpital régional;
  - b) les enfants, les parents et les conjoints (définis par la *Loi sur les accidents mortels*) des patients décédés (leur succession);
  - c) la « période du groupe » est définie comme allant du 1<sup>er</sup> janvier 1995 au 7 février 2007 ou toutes autres dates approuvées par la Cour;
  - d) les autres personnes que la Cour identifie et dont elle ordonne l'inclusion dans le groupe;
3. précise que les demandes déposées au nom du groupe sont des demandes pour négligence, violation de contrat et violation de devoir fiduciaire;
4. précise que les mesures réparatoires demandées par les membres du groupe ressortissent à la responsabilité des défendeurs et aux dommages-intérêts;
5. énonce que les questions communes sont les suivantes :
  - a) [L'Hôpital régional] a-t-[il] une obligation, en matière contractuelle ou délictuelle ou en tant que fiduciaire, de s'assurer des titres de compétence d'un personnel médical compétent?

- b) Dans l'affirmative, [l'Hôpital régional] a-t-[il] violé cette obligation, et, si oui, à quelle date?
  - c) [Le D<sup>f</sup> Menon] avait-il une obligation de compétence, en matière contractuelle ou délictuelle ou en tant que fiduciaire?
  - d) Dans l'affirmative, [le D<sup>f</sup> Menon] a-t-il violé cette obligation, et, si oui, à quelle date?
  - e) Les défendeurs, ou l'un d'eux, sont-ils redevables, en matière délictuelle ou contractuelle ou pour violation de devoir fiduciaire, de dommages-intérêts pour souffrance morale?
  - f) Dans l'affirmative, les dommages-intérêts pour souffrance morale devraient-ils être évalués de façon globale, et si oui, quel est le montant total des dommages-intérêts pour souffrance morale?
  - g) Un montant de dommages-intérêts majorés est-il justifié, et dans l'affirmative, peut-il être évalué de façon globale, et si oui, quel est ce montant?
  - h) Les défendeurs sont-ils solidairement responsables des mesures réparatoires auxquelles peut donner lieu la conduite décrite dans l'exposé de la demande?
6. approuve la forme et le contenu de l'avis envoyé au groupe;
7. précise que les moyens suivants seront utilisés pour aviser le groupe de l'existence de la présente action et de la certification du groupe ([TRADUCTION] « programme de notification ») :
- a) les demandeurs feront parvenir une copie de l'avis à chaque membre du groupe qui a communiqué avec les avocats des demandeurs dans le but de recevoir un avis;
  - b) les défendeurs feront parvenir une copie de l'avis par la poste aux membres du groupe dont ils ont l'adresse postale;

- c) un avis sera publié dans les journaux approuvés par la Cour;
  - d) les demandeurs publieront une copie de l'avis sur des sites Web tenus par les avocats des demandeurs;
8. condamne les défendeurs à payer sur-le-champ le coût du programme de notification;
  9. précise que les membres du groupe peuvent se retirer du présent recours collectif en envoyant par la poste aux avocats des demandeurs un avis constatant leur choix par écrit, avant la date que la Cour fixera;
  10. approuve la méthode pour faire avancer le litige que proposent les demandeurs aux fins de la conduite de la présente action à titre de recours collectif.

[27] La méthode proposée pour faire avancer le litige qui a été soumise à l'attention du juge saisi de la motion a une portée très large. Elle traite d'une grande quantité de questions, notamment : (1) l'avis de certification et la procédure permettant de se retirer du recours collectif; (2) les étapes du litige qui précèdent la résolution des questions communes, y compris les plaidoiries, la production des documents, les interrogatoires préalables et l'échange d'opinions d'experts; (3) l'instruction des questions communes; et (4) les étapes qui suivent l'instruction des questions communes, y compris l'avis de résolution des questions communes et la résolution des questions individuelles. La méthode proposée prend fin sur une observation selon laquelle elle [TRADUCTION] « pourra être réexaminée et révisée au besoin, en vertu des pouvoirs en matière de gestion des instances » que possède en permanence la Cour du Banc de la Reine. Nous souscrivons d'emblée à cette observation.

[28] Fait important, bien que les questions communes décrites dans l'avis de motion modifié comprennent celle de savoir si des dommages-intérêts pour souffrance morale et des dommages-intérêts majorés devraient être évalués et établis de façon globale, comme c'est aussi le cas dans l'exposé de la demande modifié, la méthode

proposée pour faire avancer le litige n'approfondit pas cette possibilité. Pour dire les choses clairement, bien qu'il y soit fait mention de façon générale des questions communes énoncées dans l'avis de motion modifié, la méthode proposée n'aborde pas la question de savoir s'il est possible et indiqué d'attribuer un montant global de dommages-intérêts, au sens de l'art. 31 de la *Loi sur les recours collectifs* et, ce qui est sans doute encore plus important, la méthode proposée est muette sur la question des méthodes efficaces qui permettraient d'en déterminer le quantum. Autrement dit, aucune méthode susceptible de rendre l'art. 31 applicable et de permettre de déterminer, d'une façon fondée sur des principes, un montant global de dommages-intérêts n'a été présentée.

[29] On nous a informés, à l'audience, qu'aucune autre action en dommages-intérêts, que ce soit en vertu de la législation en matière de petites créances, de la règle 79 (procédure simplifiée) ou autrement, n'a été introduite par un membre du groupe proposé contre l'Hôpital régional ou le D<sup>r</sup> Menon relativement à l'une quelconque des causes d'action mentionnées dans l'exposé de la demande modifié.

[30] Le juge saisi de la motion a rejeté la requête en certification pour les motifs suivants :

[TRADUCTION]

Les demandeurs n'ont pas réussi à établir l'existence d'un groupe identifiable, à définir une question commune pratique, ni à établir qu'un recours collectif serait la meilleure procédure pour instruire l'affaire conformément aux exigences de la *Loi sur les recours collectifs*. Pour les motifs ci-dessus, la motion en certification est en conséquence rejetée. [par. 115]

### III. Questions en litige en appel

[31] Dans leurs avis d'appel, ainsi que dans leurs mémoires et leurs observations orales, les appelants montent une contestation radicale de la décision qui fait l'objet de l'appel. On prétend dans l'avis d'appel lui-même que le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision :

[TRADUCTION]

1. [...] en interprétant et en appliquant d'une façon erronée les conditions énoncées à l'article 6 de la *Loi sur les recours collectifs*, et plus précisément :
  - a) en rejetant des propositions de droit inédites mais soutenables;
  - b) en tirant des conclusions de droit contradictoires;
  - c) en appliquant le critère du préjudice psychologique reconnu en matière délictuelle à des causes d'action fondées sur les obligations contractuelles et le devoir fiduciaire;
  - d) en tenant erronément pour acquis que selon une interprétation juste du contrat d'analyse pathologique, des preuves individuelles étaient nécessaires;
  - e) en ne tenant pas compte de la possibilité d'un montant global de dommages-intérêts comme moyen de déterminer le quantum des dommages-intérêts pour souffrance morale.
2. [...] en concluant que la définition du groupe était subjective et déraisonnablement large.
3. [...] en rendant des motifs de décision inintelligibles qui ne satisfont pas aux normes minimales de rationalité et ne remplissent pas les fonctions fondamentales des motifs selon la norme juridique.

[32] Quant aux intimés, leurs mémoires et leurs observations orales ont abordé tous les aspects du litige. Toutefois, l'argument phare de leur preuve en appel est la prétention selon laquelle l'exposé de la demande modifié ne révèle aucune cause d'action quelle qu'elle soit, que ce soit en dommages-intérêts particuliers (au titre, par exemple, des déboursés), en dommages-intérêts généraux ou en dommages-intérêts majorés. Bien qu'aucun des intimés n'ait déposé d'avis de désaccord, il n'est resté aucune question non examinée à l'issue du débat qui a eu lieu en appel sur plusieurs jours.

[33] Dans ces circonstances, et compte tenu de la nature de l'instance sous-jacente ainsi que des enjeux, un tribunal d'appel ne saurait fermer les yeux sur une question pertinente, que celle-ci ait été officiellement soulevée dans l'avis d'appel, exposée en détail dans les mémoires ou simplement évoquée à l'audience. Au bout du compte, nous devons nous efforcer de rendre justice selon le droit applicable, ce qui nous amène à formuler ainsi la question primordiale à trancher en appel : le rejet de la motion en certification est-il le produit d'une erreur justifiant l'infirmité de la décision? La réponse à cette question dépend de celle de savoir si le juge saisi de la motion a commis des erreurs de principe : (1) en définissant comme il l'a fait le fondement des prétentions formulées dans l'exposé de la demande modifié, ce qui, ensuite, fait intervenir les causes d'action invoquées, le préjudice et les pertes (savoir les déboursés, les dommages-intérêts généraux et les dommages-intérêts majorés); (2) en concluant que le dossier n'établissait l'existence ni d'une question commune ni d'un groupe identifiable de demandeurs; et (3) en concluant qu'un recours collectif n'est pas la meilleure procédure.

#### IV. Analyse et décision

[34] Il existe de nombreuses idées fausses à propos des recours collectifs et du processus qui mène à la certification à titre de recours collectif, lequel est un processus d'examen préalable d'ordre procédural (par opposition à un processus qui ressortirait au droit substantiel). Au lieu de se concentrer sur les dispositions législatives pertinentes, les juristes acquièrent souvent leur compréhension du droit applicable en se reportant à l'interprétation et à la reformulation de ces dispositions par les tribunaux. Il arrive que le

libellé choisi par le législateur soit ainsi perdu. Il importe, à notre avis, de commencer l'analyse par un examen des dispositions pertinentes de la *Loi sur les recours collectifs*.

A. *Les dispositions législatives clefs accompagnées d'annotations*

[35] Le paragraphe 6(1) énonce cinq conditions préalables au prononcé d'une ordonnance de certification. Si un certain fondement factuel lui permet de conclure que l'on a satisfait à chaque condition, la Cour doit certifier l'instance :

**Certification of class proceeding**

**Certification de l'instance à titre de recours collectif**

6(1) The court shall certify a proceeding as a class proceeding on a motion under section 3 or 4 if, in the opinion of the court,

6(1) La cour saisie d'une motion visée à l'article 3 ou 4 certifie une instance à titre de recours collectif si elle est d'avis que les conditions suivantes sont réunies :

(a) the pleadings disclose or the Notice of Application discloses a cause of action,

a) les plaidoiries ou l'avis de requête révèlent une cause d'action;

(b) there is an identifiable class of two or more persons,

b) il existe un groupe identifiable de deux personnes ou plus;

(c) the claims of the class members raise a common issue, whether or not the common issue predominates over issues affecting only individual members,

c) les demandes des membres du groupe soulèvent une question commune, que celle-ci l'emporte ou non sur les questions touchant seulement les membres individuels;

(d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the dispute, and

d) le recours collectif serait la meilleure procédure pour que soit réglé de façon juste et efficace le litige;

(e) there is a person seeking to be appointed as representative plaintiff for the class who

e) il y a une personne qui cherche à être nommée comme représentant demandeur pour le groupe et qui :

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

(i) représenterait de façon juste et appropriée les intérêts du groupe,

(ii) has produced a plan for the class proceeding that sets out a workable

(ii) a présenté, pour le recours collectif, un plan proposant une méthode

method of advancing the class proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the class proceeding, and

efficace de faire avancer le recours collectif au nom du groupe et d'aviser les membres du groupe de l'existence du recours collectif,

(iii) does not have, with respect to the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members.

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les questions communes.

[36] Certaines caractéristiques de ces dispositions nécessitent une mise en évidence immédiate. On satisfait à l'alinéa 6(1)a) si l'exposé de la demande modifié révèle « une » cause d'action. Autrement dit, il suffit que cette plaidoirie révèle une cause d'action valable; le critère ne consiste pas à savoir si chacune des causes d'action plaidées est valable en droit. Donc, à supposer, par pure hypothèse, que l'exposé de la demande modifié ne révèle pas de cause d'action pour rupture de contrat, violation de devoirs fiduciaux et « fraude en equity », la certification ne pourrait être refusée dès lors que l'on reconnaît qu'une cause d'action fondée sur la responsabilité délictuelle est invoquée. Cela dit, il n'est pas évident et manifeste à nos yeux que l'exposé de la demande modifié n'énonce aucune cause d'action valable, dans aucun des domaines du droit qui y sont soulevés, et chacune des causes d'action qui y sont énoncées est examinée sous la rubrique « Analyse et décision ». Nous nous livrons à cet exercice parce que, peut-on penser, il peut y avoir une façon plus libérale d'aborder l'attribution de dommages-intérêts généraux pour souffrance morale et anxiété lorsqu'il y a rupture de contrat, violation de devoirs fiduciaux et « fraude en equity ».

[37] De même, il n'est pas nécessaire que plusieurs questions communes soient formulées. L'alinéa 6(1)c) exige seulement que les demandes formulées soulèvent « une » question commune.

[38] En ce qui concerne les sous-alinéas 6(1)e)(i), (ii) et (iii), le dossier fait état d'une base factuelle suffisante pour conclure que les conditions préalables qui y sont énoncées sont remplies. Pour dire les choses clairement, nous sommes convaincus que les appelants : (1) ont produit une méthode satisfaisante pour faire avancer le litige; (2) ne

sont pas en situation de conflit d'intérêts; et (3) représenteraient de façon juste et appropriée les intérêts du groupe. Il n'y a rien de plus à dire sur ce point.

[39] Le paragraphe 6(2) énumère les considérations qui doivent éclairer la décision en ce qui concerne la question de savoir si le recours collectif est le meilleur moyen de régler le litige. Aux fins de déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen, le juge saisi de la motion doit tenir compte du fait que l'objectif consiste à « régler de façon juste et efficace le litige » :

**6(2)** In determining whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the dispute, the court shall consider

**6(2)** Afin de déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de régler de façon juste et efficace le litige, la cour tient compte des facteurs suivants :

(a) whether questions of fact or law common to the class members predominate over any questions affecting only individual members,

a) la question de savoir si les questions de fait ou de droit qui sont communes aux membres du groupe l'emportent ou non sur celles touchant seulement les membres individuels;

(b) whether a significant number of the class members have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate proceedings,

b) la question de savoir s'il existe un nombre important de membres du groupe qui ont véritablement intérêt à poursuivre des instances séparées;

(c) whether the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceedings,

c) la question de savoir si le recours collectif comprend des demandes qui ont été ou qui sont l'objet d'autres instances;

(d) whether other means of resolving the claims are less practical or less efficient,

d) l'aspect pratique ou l'efficacité des autres moyens de régler les demandes;

(e) whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means, and

e) la question de savoir si la gestion du recours collectif crée de plus grandes difficultés que l'adoption d'un autre moyen;

(f) any other matter the court considers relevant.

f) toute autre question que la cour estime pertinente.

[40] Le paragraphe 7(2) confirme que l'ordonnance de certification ne constitue pas une décision sur le fond :

7(2) An order certifying a proceeding as a class proceeding is not a determination of the merits of the proceeding.	7(2) L'ordonnance certifiant une instance à titre de recours collectif ne constitue pas une décision sur le fond de l'instance.
---	---

Le juge saisi d'une motion qui étudie le fond du litige « outrepass[e] le rôle de filtrage des requêtes qui est le sien au stade de l'autorisation » (voir l'arrêt *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] A.C.S. n° 1 (QL), au par. 4). Comme nous le montrerons, la décision qui fait l'objet du présent appel contrevient à ce principe.

[41] L'article 9 énonce un certain nombre d'objections qui ne peuvent, en soi, être accueillies, que ce soit individuellement ou collectivement, pour étayer un refus de certifier :

<b>Certain matters not bar to certification</b>	<b>Questions n'empêchant pas la certification</b>
---	---

9 The court shall not refuse to certify a proceeding as a class proceeding by reason only of one or more of the following:	9 La cour ne doit pas refuser de certifier une instance à titre de recours collectif en se fondant uniquement sur l'un ou plusieurs des motifs suivants :
--	---

(a) the relief claimed includes a claim for damages that would require individual assessment after determination of the common issues;	a) les mesures de redressement demandées comprennent une demande en dommages-intérêts qui exigerait, une fois les questions communes décidées, une évaluation individuelle;
--	---

(b) the relief claimed relates to separate contracts involving different class members;	b) les mesures de redressement demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe;
---	--

(c) different remedies are sought for different class members;	c) des mesures de redressement différentes sont demandées pour différents membres du groupe;
--	--

(d) the number of class members or the identity of each class member is not	d) le nombre de membres du groupe ou l'identité de chaque membre du groupe
---	--

ascertained or may not be ascertainable;	n'est pas établi ou ne peut l'être;
(e) the class includes a subclass whose members have claims that raise common issues not shared by all class members.	e) il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les membres ont des demandes qui soulèvent des questions communes que ne partagent pas tous les autres membres du groupe.

En l'espèce, le juge saisi de la motion ne pouvait refuser la certification pour la simple raison que les mesures de redressement demandées comprenaient une demande en dommages-intérêts qui exigerait, une fois les questions communes décidées, une évaluation individuelle (al. 9a)). De même, dans une instance comme celle qui nous occupe en l'espèce, le fait que « des mesures de redressement différentes sont demandées pour différents membres du groupe » (al. 9c)) et qu'il existe au sein du groupe un sous-groupe dont les membres ont des demandes qui soulèvent des questions communes que ne partagent pas tous les autres membres du groupe (al. 9e)) ne constitue pas une réponse à une motion en certification. Les articles 29 (« Décision sur les questions visant certains individus ») et 30 (« Évaluation individuelle de la responsabilité ») sont fondamentaux à cet égard. À notre avis, la décision qui fait l'objet du présent appel ne s'accorde pas avec les principes et voies de droit énoncés aux art. 9, 29 et 30.

[42] Le paragraphe 10(1) précise les caractéristiques essentielles de l'ordonnance de certification :

<b>Contents of certification order</b>	<b>Contenu de l'ordonnance de certification</b>
<b>10(1)</b> A certification order shall	<b>10(1)</b> L'ordonnance de certification :
(a) describe the class in respect of which the order was made by setting out the class's identifying characteristics,	a) décrit le groupe à l'égard duquel l'ordonnance a été rendue en précisant les traits caractéristiques du groupe;
(b) appoint the representative plaintiff for the class,	b) nomme le représentant demandeur pour le groupe;
(c) state the nature of the claims asserted on behalf of the class,	c) indique la nature des demandes présentées au nom du groupe;

- |  |  |
|--|--|
| (d) state the relief sought by the class,  | d) indique les mesures de redressement demandées par le groupe;  |
| (e) set out the common issues for the class,   | e) énonce les questions communes du groupe;  |
| (f) state the manner in which and the time within which a class member may opt out of the class proceeding,                                    | f) indique la façon dont les membres du groupe peuvent se retirer du recours collectif et la date limite pour ce faire;  |
| (g) state the manner in which and the time within which a person who is not a resident of New Brunswick may opt into the class proceeding, and | g) indique la façon dont les personnes qui ne sont pas des résidents du Nouveau-Brunswick peuvent participer au recours collectif et la date limite pour ce faire; |
| (h) include any other provisions the court considers appropriate.  | h) comprend toute autre disposition que la cour estime appropriée.   |

[43] Il est clair, à la lecture du par. 10(4), qu'une ordonnance de certification n'est pas coulée dans le béton pour toute la durée du litige. Les modifications dans l'intérêt de la justice sont obligatoires :

- |  |   |
|--|---|
| <b>10(4)</b> At any time, the court may amend a certification order on the motion of a party or a class member or on its own motion. | <b>10(4)</b> La cour peut, de sa propre initiative ou sur motion présentée par une partie ou par un membre du groupe, modifier à tout moment une ordonnance de certification. |
|--|---|

[44] Le paragraphe 29(1) et l'article 30 énoncent une procédure permettant de trancher certaines questions, y compris celle de la responsabilité, qui ne visent que certains membres du groupe, ce qui peut être le cas, en l'espèce, des membres du groupe se trouvant dans la situation de l'appelant James Bliss Wilson. Nous reviendrons sous peu sur cet aspect de l'instance :

<b>Determination of issues affecting certain individuals</b>	<b>Décision sur les questions visant certains individus</b>
--	---

- |   |   |
|---|---|
| <b>29(1)</b> If the court determines common issues in favour of a class or subclass and determines that there are issues, other than those that may be determined under section 34, that are applicable only to certain | <b>29(1)</b> Si la cour statue sur les questions communes en faveur d'un groupe ou d'un sous-groupe et décide qu'il y a des questions, à l'exception de celles pouvant être décidées en vertu de l'article 34, qui ne |
|---|---|

individual class or subclass members, the court may visent que certains membres individuels du groupe ou du sous-groupe, la cour peut prendre les mesures suivantes :

(a) determine those individual issues in further hearings presided over by the judge who determined the common issues or by another judge of the court, a) rendre une décision sur les questions individuelles dans d'autres audiences présidées par le juge qui a statué sur les questions communes ou par un autre juge de la cour;

(b) appoint one or more persons, including one or more independent experts, to conduct a reference into those individual issues under the Rules of Court and report back to the court, or b) nommer une ou plusieurs personnes, y compris un ou plusieurs experts indépendants, pour qu'ils procèdent à un renvoi sur ces questions individuelles en vertu des *Règles de procédure* et qu'ils présentent un rapport à la cour;

(c) with the consent of the parties, direct that those individual issues be determined in any other manner. c) avec le consentement des parties, ordonner que ces questions individuelles soient décidées d'une autre façon.

[...]

[...]

#### **Individual assessment of liability**

#### **Évaluation individuelle de la responsabilité**

30 Without limiting section 29, if, after determining common issues in favour of a class or subclass, the court determines that the defendant's liability to individual class or subclass members cannot reasonably be determined without proof by those individual class or subclass members, section 29 applies with the necessary modifications to the determination of the defendant's liability to those class or subclass members.

30 Sans que soit limitée la portée générale de l'article 29, si, après avoir statué sur les questions communes en faveur d'un groupe ou d'un sous-groupe, la cour décide que la responsabilité du défendeur envers les membres individuels du groupe ou du sous-groupe ne peut être raisonnablement établie sans que ces membres aient à en faire la preuve individuellement, l'article 29 s'applique, avec les adap[ta]tions nécessaires, pour établir la responsabilité du défendeur envers eux.

[45] Le paragraphe 31(1) énonce les conditions préalables à l'attribution d'un montant global de dommages-intérêts en faveur des membres d'un groupe ou d'un sous-groupe :

**Division B**  
**Aggregate Awards**

**Aggregate monetary awards**

**31(1)** The court may make an order for an aggregate monetary award in respect of all or any part of a defendant's liability to class or subclass members and may give judgment accordingly if

(a) monetary relief is claimed on behalf of some or all class or subclass members,

(b) no questions of fact or law other than those relating to the assessment of monetary relief remain to be determined in order to establish the amount of the defendant's monetary liability, and

(c) in the opinion of the court, the aggregate or a part of the defendant's liability to some or all class or subclass members can reasonably be determined without proof by individual class or subclass members.

**31(2)** Before making an order under subsection (1), the court shall provide the defendant with an opportunity to make submissions to the court in respect of any matter relating to the proposed order, including but not limited to the following:

(a) submissions that contest the merits or amount of an award under that subsection; and

(b) submissions that individual proof of monetary relief is required due to the individual nature of the relief.

**Section B**  
**Montant global des dommages-intérêts**

**Montant global des dommages-intérêts**

**31(1)** La cour peut rendre une ordonnance fixant le montant global des dommages-intérêts concernant la totalité ou une partie de la responsabilité pécuniaire d'un défendeur envers les membres d'un groupe ou d'un sous-groupe et rendre un jugement en conséquence, si :

a) une réparation pécuniaire est demandée au nom de certains membres ou de tous les membres du groupe ou du sous-groupe;

b) seules des questions de fait ou de droit se rapportant à l'évaluation de la réparation pécuniaire restent à être décidées afin de fixer le montant de la responsabilité pécuniaire du défendeur;

c) selon la cour, la totalité ou une partie de la responsabilité du défendeur envers certains membres ou tous les membres du groupe ou du sous-groupe peut raisonnablement être établie sans que des membres du groupe ou du sous-groupe aient à en faire la preuve individuellement.

**31(2)** Avant de rendre l'ordonnance prévue au paragraphe (1), la cour permet au défendeur de lui présenter des observations concernant toute question qui touche l'ordonnance proposée, y compris, notamment :

a) des observations sur le bien-fondé ou sur le montant des dommages-intérêts pouvant être accordés en vertu de ce paragraphe;

b) des observations sur la nécessité d'une preuve individuelle de la réparation pécuniaire étant donné la nature individuelle de ces mesures.

B. *La démarche à adopter aux fins de l'interprétation et l'application de la législation relative aux recours collectifs*

[46] Les dispositions de la *Loi sur les recours collectifs* doivent recevoir une interprétation qui favorise la réalisation de ses objets : faciliter l'accès à la justice, modifier des comportements préjudiciables et économiser les ressources judiciaires. La Cour suprême du Canada a souligné qu'on a « toujours favorisé une interprétation et une application larges » des conditions d'autorisation du recours collectif sous le régime du droit québécois (voir les arrêts *Marcotte c. Longueuil (Ville)*, 2009 CSC 43, [2009] 3 R.C.S. 65, au par. 22, et *Infineon Technologies*, au par. 60). Comme l'a indiqué la Cour suprême dans ces deux arrêts, la jurisprudence a voulu « faciliter l'exercice » des recours collectifs comme moyen d'atteindre le double objectif de la dissuasion et de l'indemnisation des victimes. Malgré le libellé particulier de la législation québécoise en matière de recours collectifs, il n'existe aucun principe établi qui justifierait une démarche moins libérale en ce qui concerne l'interprétation et l'application de l'art. 6 de la *Loi sur les recours collectifs* de notre province : voir les arrêts *Hollick*, aux par. 14 à 16; *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, aux par. 26 à 29; et *Cloud c. Canada (Attorney General)*, [2004] O.J. No. 4924 (C.A.) (QL), au par. 37, autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [2005] C.S.C.R. n° 50; et la décision *Bryson*, le juge McNally, au par. 7.

[47] Au fond, la décision qui fait l'objet du présent appel est le reflet d'une interprétation exagérément étroite et d'une application moins que libérale des dispositions législatives qui régissent la certification.

C. *Les normes de contrôle*

[48] Il va de soi que le pouvoir d'intervention de notre Cour est assujéti à des normes de contrôle qui, pour la plupart, nous obligent à une grande déférence envers les conclusions du juge saisi d'une motion (voir, par exemple, l'arrêt *AIC Limitée*, au par. 65). Dans l'arrêt *Canada (Attorney General) c. Anderson*, 2011 NLCA 82, [2011] N.J. No. 445 (QL), la Cour a ainsi décrit les normes de contrôle applicables :

[TRADUCTION]

Le premier critère à remplir pour les fins de la certification qui est énoncé au par. 5(1) de la *Loi* et qui consiste à savoir si les plaidoiries révèlent une cause d'action, [TRADUCTION] « appelle des décisions sur des questions de droit et la norme de contrôle qui s'applique à ce critère est donc celle de la décision correcte » : voir l'arrêt *Ring*, au par. 34. Tous les autres critères énumérés au par. 5(1) font intervenir des questions mixtes de droit et de fait et il faut faire preuve d'une grande déférence envers les décisions du juge saisi de la demande de certification sur ces questions. Elles ne peuvent être infirmées en l'absence d'une erreur manifeste et dominante, à moins que le juge de première instance n'ait clairement commis une erreur de principe isolable en déterminant une norme juridique applicable ou en appliquant cette norme, auquel cas l'erreur peut constituer une erreur de droit et la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Voir l'arrêt *Ring*, aux par. 6 à 8. [par. 38]

Voir, aussi, les arrêts *Cloud*, au par. 46, et *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, [2007] O.J. No. 4406 (QL), au par. 23, autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [2008] C.S.C.R. n° 15.

D. *Les questions à trancher*

[49] Le juge saisi de la motion a invoqué trois raisons pour refuser la certification : (1) le défaut d'établir l'existence d'un groupe « identifiable »; (2) le défaut de définir une « question commune pratique »; et (3) le défaut d'établir qu'un recours collectif serait la meilleure procédure pour instruire l'affaire. Toutefois, avant d'examiner les motifs que le juge saisi de la motion a donnés aux fins de justifier ce refus, certaines observations s'imposent en ce qui concerne la façon dont il a abordé la question de savoir si l'exposé de la demande modifié « révé[er] une cause d'action », ne serait-ce que parce que ce sujet a fait l'objet d'une discussion dans les mémoires et les observations orales présentés en appel.

(1) La présence d'une cause d'action dans les plaidoiries

[50] Dans l'arrêt *Sun-Rype Products Ltd.*, la Cour suprême du Canada rappelle aux juges saisis d'une demande de certification que la première condition énoncée dans la *Loi* (celle voulant que les plaidoiries, ou actes de procédure, révèlent une cause d'action) doit être examinée suivant la norme de preuve appliquée dans l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, [1990] A.C.S. n° 93 (QL) :

L'al. 4(1)a) de la *CPA* exige que les actes de procédure révèlent une cause d'action. Cette analyse s'effectue selon la norme de preuve appliquée dans *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, à la p. 980, à savoir que le demandeur répond à l'exigence à moins qu'il ne soit manifeste que sa demande ne peut être accueillie, à supposer que tous les faits invoqués soient vrais (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 20 (« *Alberta Elders* »); *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 25). [par. 31]

[51] Les motifs du juge saisi de la motion donnent à penser qu'il était conscient du critère à appliquer aux fins de décider si les plaidoiries « révèlent une cause d'action » ou non. À ce propos, voici ce qu'il a dit :

[TRADUCTION]

Pour qu'une action soit certifiée à titre de recours collectif, elle doit révéler une cause d'action. Le critère du caractère « évident et manifeste », quand il s'agit de révéler une cause d'action, sert à déterminer si les recours collectifs projetés peuvent être instruits. (Voir *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959.) Pour une demande de certification, le demandeur a la charge de démontrer de façon claire, d'après les faits invoqués dans l'exposé de la demande, qu'une cause d'action valable est plaidée (voir *Brogaard c. Canada (Attorney General)*, [2002] B.C.J. No. 1775), mais ce critère est très peu exigeant. (Voir *Hollick c. Toronto (Ville)*, susmentionné.) [par. 35]

Toutefois, le juge saisi de la motion est allé au-delà de l'exposé de la demande modifié et il a examiné la preuve par affidavit versée au dossier pour conclure qu'il était évident et

manifeste que les demandes en dommages-intérêts pour souffrance morale et anxiété ne pourraient être accueillies au procès. Il en était ainsi parce que, selon son appréciation de la preuve, quel qu'ait été le préjudice autre que corporel qui avait pu être subi, ce préjudice n'avait pas atteint le degré minimal de préjudice psychologique ou psychiatrique nécessaire pour être indemnisable.

[52] À notre avis, le juge saisi de la motion a examiné la mauvaise question. Dans le cadre d'une motion en certification, la question n'est pas de savoir s'il est vraisemblable que les demandes soient accueillies sur le fond au procès mais plutôt celle de savoir si une cause d'action est officiellement invoquée dans les plaidoiries (voir les arrêts *Hollick*, au par. 16, et *Vivendi Canada Inc.*, au par. 4). La question à trancher sous le régime de l'al. 6(1)a) de la *Loi sur les recours collectifs* doit l'être sur la seule base des plaidoiries comme c'est le cas dans le cadre d'une motion déposée en vertu de la règle 23.01(1)b) en vue de la radiation d'une plaidoirie qui ne révèle aucune cause d'action raisonnable. Le cadre analytique applicable a été énoncé dans l'arrêt *Sewell c. Compagnie d'assurance ING du Canada*, 2007 NBCA 42, 314 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 330 :

Les principes qui orientent la décision à rendre sur la motion en radiation présentée par un défendeur en application de la règle 23.01(1)b) sont solidement établis et peuvent se résumer comme suit : (1) la seule question qu'aient à trancher les tribunaux est celle de savoir s'il est évident et manifeste que l'exposé de la demande ne révèle pas les éléments essentiels d'une cause d'action soutenable en droit, conclusion à laquelle ils n'arriveront que dans les cas les plus manifestes; (2) parallèlement, sauf circonstances exceptionnelles, les tribunaux doivent tenir pour prouvés tous les faits énoncés dans l'exposé de la demande et s'abstenir d'un examen qui déborderait la plaidoirie même et les documents auxquels elle renvoie (*Hogan c. Doiron et al.* (2001), 243 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 263, [2001] A.N.-B. n° 382 (QL), 2001 NBCA 97, par. 38, et *Boisvert c. LeBlanc* (2005), 294 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 325, [2005] A.N.-B. n° 561 (QL), 2005 NBCA 115, par. 21). Passer ces limites transmueraient une motion présentée en application de la règle 23.01(1)b) en une demande de jugement sommaire fondée sur la règle 22, cadre approprié pour déterminer avant le procès si une demande a un fondement factuel;

(3) il y a lieu de donner une interprétation généreuse de l'exposé de la demande pour faire montre de souplesse devant les lacunes de rédaction qu'il pourrait présenter; (4) lorsqu'une interprétation généreuse de ses dispositions ne rétablit pas la plaidoirie, il convient de permettre toute modification opportune (règle 27.10(1) et *LeDrew et al. c. Conception Bay South (Town)* (2003), 231 Nfld. & P.E.I.R. 61, [2003] N.J. No. 276 (QL), 2003 NLCA 56). [...] [par. 26]

[53] Une motion en certification ne doit pas être transformée en une motion en jugement sommaire, laquelle se rapporte au fond de l'action. Les juristes qui ont une expérience concrète de la procédure judiciaire savent fort bien qu'aucun demandeur n'est tenu de recueillir toute la preuve pertinente avant d'engager une action en dommages-intérêts. En effet, le processus qui consiste à recueillir la preuve se poursuit à mesure que le litige progresse. Dans une certaine mesure, cette réalité est à l'origine de l'opinion qui veut que la rigueur du critère qui régit la délivrance d'un jugement sommaire en vertu de la règle 22.04 témoigne de la conviction de longue date que « sauf dans les cas manifestes, le meilleur mécanisme de recherche de la vérité demeure le procès » (voir l'arrêt *Cannon c. Lange et al.* (1998), 203 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 121, [1998] A.N.-B. n° 313 (C.A.) (QL), au par. 17). Pour passer du général au particulier, on s'attendrait à ce que les membres du groupe proposé continuent à recueillir des éléments de preuve se rapportant à la responsabilité et aux dommages subis à mesure que l'instance progressera. Ainsi, il se peut, par exemple, que certains membres du groupe proposé aient subi depuis l'audience devant le tribunal d'instance inférieure ou subissent encore des examens médicaux ou psychologiques et il se pourrait qu'on en arrive à la conclusion que certaines des personnes examinées, sinon toutes, ont effectivement été atteintes d'une maladie psychologique ou psychiatrique médicalement reconnue par suite des événements décrits dans l'exposé de la demande modifié.

(a) *Les demandes en responsabilité délictuelle formulées contre l'Hôpital régional et le D<sup>r</sup> Menon*

[54] Nous commençons l'analyse de cette question en soulignant que certaines instances en responsabilité délictuelle fondées sur une faute ou négligence systémique,

dont quelques-unes concernaient des fournisseurs de soins de santé, ont été certifiées à titre de recours collectifs. Dans l'affaire *Rumley*, des élèves d'un pensionnat qui prétendaient avoir été agressés sexuellement par des membres du personnel ont obtenu la certification à titre de recours collectif de leur action fondée sur des allégations de faute ou négligence systémique, soit « l'absence de procédures de gestion et de fonctionnement qui auraient vraisemblablement empêché l'agression » (par. 30). Voir aussi : (1) l'arrêt *Anderson c. Wilson*, [1999] O.J. No. 2494 (C.A.) (QL), instance concernant des patients non contaminés (entre autres patients) dont on prétendait qu'ils avaient subi des souffrances morales après avoir été avisés d'une possible contamination par l'hépatite B; (2) l'arrêt *Healey c. Lakeridge Health Corporation*, 2011 ONCA 55, [2011] O.J. No. 231 (QL) (certification se rapportant à des patients non contaminés qui avaient subi des souffrances morales après que le fournisseur de soins de santé les avait informés qu'ils avaient peut-être contracté la tuberculose et devraient subir des tests); et (3) l'affaire *Cloud*, dans laquelle d'anciens élèves d'un pensionnat pour autochtones ont cherché à recouvrer des dommages-intérêts pour le motif, notamment, que l'école n'avait instauré aucune procédure de gestion et de fonctionnement aux fins de prévenir les agressions.

[55] Cela dit, nous devons nous concentrer avant tout sur les causes d'action formulées dans l'exposé de la demande modifié.

[56] La demande en responsabilité délictuelle formulée contre l'Hôpital régional est fondée sur une faute ou une négligence directe de sa part. On sollicite également un jugement contre l'Hôpital régional relativement à la responsabilité du fait d'autrui qu'il doit assumer au titre des [TRADUCTION] « pertes et dommages causés par le D<sup>r</sup> Menon ».

[57] Au paragraphe 65 de l'exposé de la demande modifié, on prétend que [TRADUCTION] « la responsabilité [de l'Hôpital régional] est engagée envers les demandeurs pour le délit de négligence », sa conduite n'ayant pas [TRADUCTION] « satisfait à la norme de diligence raisonnable à laquelle elle devait satisfaire dans les circonstances, le manquement ayant été généralisé ou systémique » (c'est nous qui

soulignons). On prétend expressément que l'Hôpital régional a fait preuve de négligence pour ce qui concerne l'embauchage du D<sup>r</sup> Menon, la vérification de ses titres de compétence au fil des ans ainsi que sa réponse aux rapports selon lesquels le travail du médecin n'était pas conforme aux normes. Une des principales doléances est que l'Hôpital régional a été négligent en n'établissant pas de système pour que le service et le laboratoire de pathologie fonctionnent en toute sécurité, notamment des programmes d'assurance de la qualité et des procédures opérationnelles normalisées. Les précisions données dans les plaidoiries en ce qui concerne la conduite non conforme de l'Hôpital régional brossent un tableau montrant que l'incompétence, sinon la témérité, a pénétré pratiquement tous les aspects de la dotation en personnel et de l'organisation du service et du laboratoire de pathologie ainsi que leur fonctionnement pendant plusieurs années :

[TRADUCTION]

- (a) l'hôpital a engagé le D<sup>r</sup> Menon malgré l'avis contraire du vice-président des services médicaux, le docteur John Mackay;
- (b) il a fait une vérification insuffisante des antécédents du médecin et a minimisé l'importance ou fait fi des avertissements et mises en garde provenant de ses employeurs précédents, y compris l'Hôpital de Saint John;
- (c) il a reconnu à tort les titres de compétence du D<sup>r</sup> Menon avant de l'engager et par la suite, il a régulièrement (du moins annuellement) vérifié ses titres de compétence de façon insuffisante et en violation des règlements administratifs;
- (d) il a passé outre à l'avis du comité d'examen des titres qui voulait qu'on ne propose au D<sup>r</sup> Menon qu'un contrat pour une période de probation d'un an et l'a nommé directeur du laboratoire sans l'avis du comité;
- (e) il a choisi de retarder sa réponse ou de ne pas remédier aux lacunes connues et signalées dans la façon dont le D<sup>r</sup> Menon rédigeait les rapports de pathologie ainsi que dans l'exactitude de ses rapports de pathologie;

- (f) il a choisi de fermer les yeux ou de ne pas enquêter sur les lacunes, les inexactitudes et les retards des rapports de pathologie;
- (g) il a choisi de fermer les yeux sur les retards à accomplir le travail ainsi que sur les conflits d'intérêts imputables au fait que le D<sup>r</sup> Menon s'absentait pour poursuivre des intérêts commerciaux privés;
- (h) il a choisi de ne pas contrôler les erreurs de diagnostic que contenaient les rapports de pathologie du D<sup>r</sup> Menon, de ne pas enquêter sur ces erreurs et de ne pas y remédier adéquatement;
- (i) il a choisi de renouveler le contrat du D<sup>r</sup> Menon, de ne pas suspendre ou superviser ses privilèges ou de ne pas les accompagner de conditions;
- (j) il a établi et maintenu un programme d'assurance de la qualité insuffisant ou n'a établi aucun programme d'assurance de la qualité pour le service de pathologie;
- (k) il a choisi d'établir un programme inadéquat d'examen par les pairs ou de n'établir aucun programme valable d'examen par les pairs pour le service de pathologie;
- (l) il a choisi de ne pas veiller au mentorat périodique du personnel médical, y compris le personnel du service de pathologie, comme moyen de contrôler et d'assurer la qualité;
- (m) il a établi des procédures opérationnelles normalisées insuffisantes ou n'a établi aucune procédure opérationnelle normalisée pour le service de pathologie;
- (n) il a établi, à l'hôpital, un comité d'étude des dossiers médicaux inadéquat ou n'a établi aucun comité d'étude des dossiers médicaux qui fût utile pour superviser et contrôler le travail du personnel médical, y compris le personnel du service de pathologie, ou pour prendre des mesures disciplinaires à son endroit;

- (o) il a établi une politique inadéquate ou n'a établi aucune politique en vue d'assurer une formation minimale continue du personnel médical, y compris le personnel du service de pathologie;
- (p) il a choisi de ne pas tenir compte des préoccupations et plaintes formulées à propos d'une communication inefficace ou de l'absence de toute communication valable entre le personnel technique et le personnel du service de pathologie;
- (q) il a choisi de ne pas s'engager dans un programme de vérification externe de la compétence;
- (r) il a créé une atmosphère qui a découragé l'amélioration continue de la qualité;
- (s) il a choisi de se doter d'une politique inadéquate ou de n'adopter aucune politique valable en matière de conflits d'intérêts ou de conflits d'intérêts éventuels imputables à la poursuite d'intérêts commerciaux privés de la part des membres du personnel, y compris le personnel du service de pathologie;
- (t) il a établi une politique inadéquate ou n'a établi aucune politique valable afin d'identifier les cas nécessitant une remédiation à l'endroit des membres du personnel, y compris le personnel du service de pathologie, lorsque d'autres organismes comme le Collège ont refusé d'agir;
- (u) il a écarté des plaintes concernant la compétence professionnelle du personnel du service de pathologie;
- (v) il a reconnu les titres de compétence d'un pathologiste qui avait des déficiences sur le plan médical et n'était pas compétent.

[58] Ces allégations font intervenir les obligations dont les hôpitaux sont depuis longtemps tenus envers leurs patients : (1) l'obligation d'engager du personnel compétent; (2) l'obligation, après l'embauchage, de mettre en place des systèmes qui visent à contrôler et à maintenir la compétence du personnel; et (3), ce qui est le plus important, l'obligation de mettre en œuvre les systèmes nécessaires pour que les

différents services de l'hôpital fonctionnent en toute sécurité. La décision de notre Cour dans l'affaire *Comeau c. Hôpital régional de Saint-Jean*, 2001 NBCA 113, 244 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 201, est directement pertinente :

[TRADUCTION]

Dans l'ouvrage intitulé *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, précité, à la page 367, on trouve l'énoncé suivant des devoirs et obligations les plus courants dont un hôpital est tenu envers les malades :

1. Embaucher du personnel compétent et contrôler le maintien de cette compétence.
2. Donner des directives adéquates et assurer une supervision suffisante.
3. Fournir des installations et du matériel convenables.
4. Établir les systèmes nécessaires pour que l'hôpital soit exploité en toute sécurité. [par. 56]

Voir aussi l'ouvrage de Jocelyn Downie, Timothy Caulfield et Colleen Flood, directeurs de la rédaction, intitulé *Canadian Health Law and Policy*, 4<sup>e</sup> éd. (Markham (Ont.) : LexisNexis, 2011) aux p. 147 et 148; la décision *Bateman et al. c. Doiron et al.* (1991), 118 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 20, [1991] A.N.-B. n<sup>o</sup> 714 (C.B.R.) (QL), confirmée (1991), 141 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 321, [1993] A.N.-B. n<sup>o</sup> 598 (C.A.) (QL); et l'ouvrage de Gilbert Sharpe, intitulé *The Law & Medicine in Canada*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1987) aux p. 123 à 125. Corrélativement, dans l'arrêt *Yepremian et al. c. Scarborough General Hospital et al.*, [1980] O.J. No. 3592 (C.A.) (QL), la majorité a souligné que le public était en droit de s'attendre à ce qu'un hôpital :

[TRADUCTION]

[...] ait choisi son personnel médical avec le plus grand soin, ait vérifié les titres de compétence de chaque candidat, ait fait en sorte que le personnel existant fasse une recommandation dans chaque cas, ne fasse aucune nomination pour une période de plus d'un an à la fois et examine à intervalles réguliers la façon dont son personnel s'acquitte de son travail [...] [par. 36]

[59] Les détails de la faute ou de la négligence qui sont fournis au paragraphe 65 de l'exposé de la demande modifié se rapportent aux normes de conduite dont est tenu un hôpital et qui sont décrites au paragraphe précédent des présents motifs, lesquelles normes sont toutes bien acceptées dans la jurisprudence. À vrai dire, il n'y a pas grand-chose d'inédit dans la demande fondée sur la faute ou la négligence formée contre l'Hôpital régional.

[60] Cela étant posé, on trouve au paragraphe 66 de l'exposé de la demande modifié une imputation d'agissements qui est peu commune : l'Hôpital régional aurait été négligent [TRADUCTION] « en n'informant pas les demandeurs et les membres du groupe le plus tôt possible, savoir au plus tard en février 2007, du risque de maladie auquel ils étaient exposés ». La doléance qui en découle est que les demandeurs ont été privés de [TRADUCTION] « la possibilité de solliciter des soins médicaux au plus tôt ». Aucun précédent judiciaire n'a été invoqué à l'appui de cette facette de la demande en responsabilité délictuelle. Il se peut qu'aucun précédent ne soit nécessaire. De toute façon, il est à tout le moins permis de penser que les hôpitaux ont envers leurs patients une obligation d'information du genre de celle qui est décrite au paragraphe 66.

[61] À la lumière de ce qui précède, nous concluons qu'il est loin d'être évident et manifeste que l'exposé de la demande modifié ne révèle pas l'existence d'une cause d'action en responsabilité délictuelle contre l'Hôpital régional. Nous examinerons maintenant la demande pour faute ou négligence formulée contre le D<sup>r</sup> Menon.

[62] Les représentants demandeurs proposés font valoir, au paragraphe 73 de l'exposé de la demande modifié, sous la rubrique [TRADUCTION] « Faute ou négligence », que le D<sup>r</sup> Menon avait envers eux l'obligation de maintenir ses compétences, obligation qu'il a ainsi violée :

[TRADUCTION]

- (a) il n'a pas établi de programmes d'assurance de la qualité en anatomopathologie pendant qu'il était directeur des laboratoires, et n'a pas notamment :

- (i) demandé de contre-expertises sur tous les diagnostics de malignité auprès de ses collègues pathologistes ou de collègues exerçant dans des sous-spécialités;
  - (ii) participé à des programmes de vérification externe de la compétence;
- (b) il ne fournissait pas ses résultats dans des délais raisonnables ce qui a retardé le traitement clinique et a causé d'importantes souffrances morales et de graves préjudices corporels aux patients;
- (c) il n'a pas suivi le programme d'assurance de la qualité mis sur pied par le nouveau chef du service de pathologie (le D<sup>r</sup> Strzelczak) en 2004 après avoir été démis de ses fonctions de chef du service de pathologie, malgré des plaintes fréquentes de retard déraisonnable à fournir ses résultats, d'absentéisme et de manque de consultation sur les cas de malignité;
- (d) il n'a pas informé le chef du service de pathologie ou n'a pas mentionné, lors des demandes annuelles de renouvellement de ses privilèges qu'il adressait au comité d'examen des titres, qu'il avait des problèmes de santé, y compris des cataractes, qui compromettaient sa capacité de faire un examen macroscopique convenable des spécimens et de se servir du microscope, ou a minimisé l'importance de ses problèmes de santé;
- (e) il n'a pas pris part aux mises au point, à la formation continue, à l'examen externe des tests professionnels ou à d'autres programmes externes de contrôle de la qualité afin de garantir le niveau de compétence auquel s'attendaient ses patients;
- (f) il n'a pas assuré un contrôle adéquat ni même quelque contrôle que ce soit en ce qui concerne les normes de qualité du laboratoire;
- (g) il ne produisait pas de lames additionnelles pour confirmer les diagnostics;

- (h) il n'était pas suffisamment présent et disponible pour assurer un service de soutien essentiel en pathologie;
- (i) il ne communiquait ni convenablement ni efficacement avec ses subalternes, la direction ou qui que ce soit;
- (j) il n'a pas assuré la collégialité au sein du service de pathologie;
- (k) il n'a pas respecté les protocoles applicables;
- (l) il n'a pas, en général, tenu des dossiers exacts et convenables;
- (m) il n'a pas [maintenu] son propre projet consistant à inventer un scanner médical à l'écart de ses attributions au travail;
- (n) il n'a pas convenablement utilisé ou rangé les lames dont il se servait pour poursuivre ses propres projets [...]

Le paragraphe 73 prend fin sur une doléance plus générale selon laquelle le D<sup>f</sup> Menon ne possédait pas les compétences et les connaissances attendues par ses patients pour satisfaire à la norme d'un anatomopathologiste compétent ou d'un chef de la pathologie compétent.

[63] Au paragraphe 74 de l'exposé de la demande modifié, on prétend que le D<sup>f</sup> Menon [TRADUCTION] « avait envers les patients l'obligation de maintenir ses compétences ». On affirme également qu'il s'agissait d'une obligation délictuelle et que le D<sup>f</sup> Menon pouvait prévoir [TRADUCTION] « que le défaut de sa part de maintenir ses compétences, qui a donné lieu à une remise en question générale de ses diagnostics en pathologie chirurgicale et à la nécessité de recommencer ou de réinterpréter ses analyses, allait causer des souffrances morales aux patients concernés » (c'est nous qui soulignons).

[64] Le droit est clair. Le D<sup>r</sup> Menon, comme tout médecin, avait l'obligation d'apporter à sa tâche un degré raisonnable de compétence et de connaissance et il devait exercer un degré raisonnable de prudence. Plus précisément, il avait l'obligation [TRADUCTION] « de faire preuve de ce degré de prudence et de compétence que l'on peut raisonnablement attendre d'un praticien ordinaire et prudent ayant la même expérience et réputation » et, puisqu'il se présentait comme un spécialiste en pathologie, « on requ[érait] de lui un plus grand degré de compétence que d'un autre qui ne préten[dait] pas à cette qualification en raison de son habileté et de son entraînement en un domaine particulier » (voir les arrêts *Crits and Crits c. Sylvester et al.*, [1956] O.J. No. 526 (C.A.) (QL), le juge d'appel Schroeder, au par. 13, conf. [1956] R.C.S. 991, [1956] A.C.S. n° 71 (QL); *Thompson c. Creaghan and Miramichi Hospital* (1983), 46 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 271, [1983] A.N.-B. n° 159 (QL), au par. 33, et *Beshara c. Dysart* (1998), 207 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 14, [1998] A.N.-B. n° 480 (C.A.) (QL), au par. 8). Cette formulation consacrée de la norme de diligence applicable reflète la responsabilité qu'impose le code de déontologie à chaque médecin de « [p]ratiquer l'art et la science de la médecine avec compétence » et de « [c]hercher à approfondir toujours [son] savoir afin de préserver et d'améliorer [ses] connaissances, compétences et attitudes professionnelles » (voir le *Code de déontologie* de l'AMC, en ligne à l'adresse : <http://policybase.cma.ca/dbtw-wpd/PolicyPDF/PD04-06F.pdf>, aux par. 5 et 6). Néanmoins, il ne faut pas passer outre au fait que plusieurs détails de la faute ou de la négligence qui sont fournis au paragraphe 73 de l'exposé de la demande modifié se rapportent aux devoirs et obligations du D<sup>r</sup> Menon à titre de chef du service de pathologie et de directeur du laboratoire clinique, postes qui, peut-on penser, supposaient, sur le plan de la compétence, toute une gamme de devoirs et d'obligations qui allaient au-delà de ceux d'un pathologiste.

[65] Nous sommes respectueusement d'avis qu'il est loin d'être évident et manifeste que le D<sup>r</sup> Menon, à titre de chef du service de pathologie, de directeur du laboratoire clinique et de pathologiste en poste à l'hôpital, n'avait pas [TRADUCTION] « envers les patients l'obligation de maintenir ses compétences » comme le précise l'exposé de la demande modifié. Il n'est pas non plus évident et manifeste à nos yeux que

les détails ou précisions formulés au paragraphe 73 de l'exposé de la demande modifié ne font pas état d'une faute ou d'une négligence susceptible d'action.

[66] Dans ses motifs de décision, le juge saisi de la motion a adopté une conception étroite de la portée de l'action sous-jacente :

[TRADUCTION]

Le D<sup>r</sup> Menon admet aussi qu'il existe des causes d'action valables à plaider dans les circonstances qui se rapportent à ses fonctions administratives de chef de la pathologie, dont l'hôpital est responsable en droit, ou dans le cas où le défaut du D<sup>r</sup> Menon de s'en acquitter aurait causé un préjudice à des patients individuellement. En l'espèce, ce défaut doit avoir un lien avec la norme de diligence que devait respecter le D<sup>r</sup> Menon et doit avoir entraîné un préjudice individuel pour un ou plusieurs patients.

Dans les affaires où on invoque la négligence, il n'y a pas d'obligation générale de maintenir la compétence; il s'agit de savoir si le D<sup>r</sup> Menon n'a pas respecté la norme de diligence qu'on attendait de lui lorsqu'il a effectué un examen pathologique des tissus d'un demandeur donné et, dans l'affirmative, si cette violation a causé un préjudice à ce demandeur. Cela doit être prouvé de façon individuelle et non pour tout le groupe. [par. 61 et 62]

[67] Cette conception de la situation ne concorde pas avec un des éléments clefs des prétentions formulées au nom de tous les membres du groupe proposé : un recours pour faute médicale en milieu hospitalier fondé sur des défaillances systémiques qui ont eu une incidence sur l'ensemble du groupe (au titre, par exemple, des déboursés ainsi que d'une souffrance morale et d'une anxiété indemnifiables). Les représentants demandeurs proposés sollicitent, au nom de chaque membre du groupe proposé, une indemnisation pour ces défaillances systémiques, que le diagnostic pathologique du D<sup>r</sup> Menon ait été exact ou non. Au bout du compte, c'est le fait que le juge saisi de la motion a perdu de vue la véritable nature du fondement même des demandes déposées au nom de tous les membres du groupe proposé ainsi que l'ampleur des mesures de redressement demandées (y compris les déboursés et les dommages-intérêts généraux pour une souffrance morale et une anxiété suffisamment intenses pour justifier une

indemnisation) qui est en grande partie responsable des erreurs de principe qui ont entaché son analyse fondée sur l'art. 6 de la *Loi*.

[68] De plus, la formule « obligation de compétence » n'est pas magique. Il aurait peut-être fallu l'éviter mais, à notre avis, le débat concernant son acceptabilité comme fondement de la responsabilité rate la cible. Il est clair que cette expression se rapporte à la faute ou à la négligence, dont les détails sont énoncés au paragraphe 73 de l'exposé de la demande modifié. Les détails ou précisions qui y sont fournis se rapportent à des actes et omissions susceptibles d'engager la responsabilité en matière délictuelle. Quoi qu'il en soit, il est à tout le moins permis de soutenir que la compétence en pathologie n'est pas une question qui est du ressort exclusif des organismes professionnels compétents. L'argumentation pertinente peut se résumer ainsi : (1) tout professionnel a l'obligation de maintenir un niveau minimal de compétence dans son champ d'activité; (2) tout manquement à cette obligation élémentaire qui cause un préjudice peut avoir une incidence négative sur un grand nombre de bénéficiaires de services professionnels; (3) tout manquement de cette nature est justiciable devant un tribunal judiciaire et peut donner lieu à une conclusion de responsabilité et à l'attribution de dommages-intérêts; et (4) plus précisément, si l'on constate que le travail d'un pathologiste à un hôpital a été d'une qualité systématiquement inférieure aux normes sur une longue période, à telle enseigne que sa compétence est remise en question, ce pathologiste devrait s'attendre à ce que son employeur ou son mandant prenne des mesures dans le but de saisir l'ampleur du problème et d'éviter que les patients qui lui ont été adressés ne subissent un préjudice. Ces mesures pourraient notamment consister en un examen exhaustif de son travail et en la notification de cet examen aux patients en question. Ces mesures prévisibles peuvent fort bien faire éprouver de la souffrance morale et de l'anxiété aux patients concernés et les obliger à faire des déboursés pour assurer le suivi, notamment au titre des consultations médicales.

[69] De plus, les postulats suivants ne sont pas manifestement erronés : (1) l'Hôpital régional avait l'obligation, en matière délictuelle, de choisir du personnel médical compétent, y compris un chef du service de pathologie et directeur du laboratoire

clinique compétent; (2) il avait également l'obligation, en matière délictuelle, de mettre en place des systèmes visant à contrôler la compétence du D<sup>r</sup> Menon dans toutes les facettes de son travail à l'Hôpital régional de Miramichi et, lorsque cela était justifié, d'exiger des mesures correctives; (3) l'Hôpital régional et le D<sup>r</sup> Menon, à titre de chef du service de pathologie et de directeur du laboratoire clinique, avaient tous deux l'obligation d'établir un système pour que le service et le laboratoire de pathologie fonctionnent en toute sécurité à l'Hôpital régional de Miramichi, le tout dans le but d'empêcher les défaillances institutionnelles décrites dans l'exposé de la demande modifié; (4) le D<sup>r</sup> Menon, à titre de chef du service de pathologie et de directeur du laboratoire clinique, avait l'obligation de s'acquitter de ses multiples attributions de façon compétente; et (5) la compétence dans l'un ou l'autre de ces champs de responsabilité n'est pas du ressort exclusif des organismes professionnels compétents, à supposer qu'elle soit de leur ressort. Le chef d'un service de pathologie et directeur d'un laboratoire clinique a l'obligation de maintenir un niveau minimal de compétence dans l'exécution de ses attributions et tout manquement à cette obligation qui cause un préjudice peut engager sa responsabilité devant un tribunal judiciaire. Plus précisément, si le travail du chef d'un service de pathologie et directeur d'un laboratoire clinique n'est pas conforme aux normes pendant une longue période, il se peut que sa compétence soit mise en doute. Si cela se produit, il doit s'attendre à ce que l'hôpital prenne des mesures afin de saisir l'ampleur du problème et d'éviter que les patients ne subissent un préjudice. Les mesures correctives pourraient, selon toute attente, consister notamment en un réexamen global des analyses pathologiques effectuées dans le service et dans le laboratoire qu'il dirige ainsi qu'en une notification de ce réexamen aux patients. Ce processus pourrait fort bien être source de souffrance morale et d'anxiété pour les patients et les obliger à faire des déboursés au titre des consultations médicales de suivi.

[70] Nous estimons qu'il est loin d'être évident et manifeste que l'exposé de la demande modifié ne révèle pas l'existence d'une cause d'action en responsabilité délictuelle contre le D<sup>r</sup> Menon, en sa qualité de chef du service de pathologie, de directeur du laboratoire clinique ou d'anatomopathologiste en poste à l'hôpital.

[71] En ce qui concerne la demande fondée sur la responsabilité du fait d'autrui, elle est formulée, bien que de façon imparfaite, au paragraphe 67 de l'exposé de la demande modifié :

[TRADUCTION]

**Responsabilité du fait d'autrui**

67. La responsabilité de l'[Hôpital régional] est généralement et systématiquement engagée. L'[Hôpital régional] est également responsable du fait d'autrui pour l'ensemble des pertes ou dommages causés par le [D<sup>r</sup> Menon] parce qu'il l'a parrainé auprès du Collège, a accepté ses titres de compétence et l'a maintenu au sein de son personnel médical alors qu'il n'était pas un pathologiste compétent.

[72] Le juge saisi de la motion a conclu [TRADUCTION] « [qu'] [é]tant admis qu'il existe une cause d'action contre le D<sup>r</sup> Menon pour négligence, rupture de contrat ou violation de devoir fiduciaire, l'[H]ôpital [régional] pourrait être responsable du fait d'autrui envers les demandeurs » (par. 45). Il a tiré cette conclusion malgré le fait que la demande contre l'Hôpital régional qui est fondée sur la responsabilité du fait d'autrui, telle qu'elle est formulée au paragraphe 67 de l'exposé de la demande modifié, est loin, tant s'en faut, d'être un modèle de clarté. En effet, le paragraphe 67 donne effectivement des précisions sur la responsabilité directe de l'Hôpital régional. Pourtant, on peut raisonnablement inférer d'une interprétation libérale de l'exposé de la demande modifié que les détails de la faute ou de la négligence du D<sup>r</sup> Menon, y compris son défaut de mettre en œuvre des programmes convenables d'assurance de la qualité et de contrôle de la qualité, sont fournis pour servir de fondement à l'imputation de la responsabilité du fait d'autrui à l'Hôpital régional.

(c) *Les demandes contre l'Hôpital régional et le D<sup>r</sup> Menon fondées sur la rupture de contrat et la violation de devoirs fiduciaires et la demande contre l'Hôpital régional pour fraude en equity*

[73] Les demandeurs ont également plaidé que la responsabilité de l'Hôpital régional est engagée pour rupture de contrat, violation de devoirs fiduciaires et « fraude en

equity ». Ces allégations sont formulées aux paragraphes 68 à 72 de l'exposé de la demande modifié :

[TRADUCTION]

**La rupture de contrat**

68. Le [D<sup>r</sup> Menon] a un rapport contractuel aux fins de la prestation de services médicaux aux demandeurs et à d'autres patients. Un des objets importants du rapport contractuel est d'apporter aux demandeurs et aux membres du groupe la tranquillité d'esprit ainsi qu'un avantage psychologique. Ce rapport contractuel comportait comme condition implicite que l'[Hôpital régional] emploierait du personnel compétent, ayant reçu une formation convenable et convenablement supervisé pour les fins de ses analyses pathologiques, qu'il se doterait d'un programme acceptable d'assurance de la qualité, qu'il exercerait les contrôles voulus et s'assurerait que le personnel médical chargé d'interpréter les analyses pathologiques aurait un niveau d'expertise et de spécialisation suffisant, dans l'exercice de ses obligations contractuelles découlant de l'examen, du diagnostic et du traitement des demandeurs et des membres du groupe. L'[Hôpital régional] a manqué à cette obligation contractuelle.

69. Une autre des conditions implicites de ce rapport contractuel était que l'[Hôpital régional] aviserait rapidement et de façon appropriée les demandeurs et d'autres patients de la découverte d'erreurs dans les analyses et de la décision de s'engager dans une nouvelle analyse des échantillons de tissus, d'une manière visant à réduire au minimum l'inquiétude et les craintes que les patients éprouveraient.

70. L'exactitude et la fiabilité des analyses pathologiques ont notamment comme objet de procurer la tranquillité d'esprit au patient. Étant donné la nature du rapport contractuel, il était prévisible ou les parties pouvaient raisonnablement prévoir que les manquements de l'[Hôpital régional] aux obligations contractuelles énoncées aux présentes causerait de la souffrance morale aux demandeurs et à d'autres patients.

### **La violation de devoirs fiduciaux**

71. L'[Hôpital régional] tient lieu de fiduciaire aux demandeurs et aux membres du groupe et il a l'obligation d'agir en toute bonne foi, d'être franc et honnête envers les demandeurs et les membres du groupe et de ne pas leur cacher de renseignements. Les représentants demandeurs répètent ce qui précède et affirment que l'[Hôpital régional] a violé les obligations de divulgation de nature fiduciaire qui existent entre l'[Hôpital régional] et ses patients. L'[Hôpital régional] a exercé son pouvoir discrétionnaire exclusif lorsqu'il a décidé de ne pas informer rapidement les demandeurs et les membres du groupe des problèmes de diagnostic éventuels. Ce faisant, l'[Hôpital régional] a fait passer ses propres intérêts avant ceux des demandeurs et des membres du groupe. Il l'a fait d'une manière qui porte atteinte aux intérêts des demandeurs et des membres du groupe en privant ces derniers de l'information sur leurs troubles médicaux et, partant, de la possibilité de solliciter des soins médicaux au plus tôt. Les demandeurs et les autres membres du groupe étaient particulièrement vulnérables et étaient à la merci de l'[Hôpital régional] dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire exclusif. Il était impossible aux demandeurs et aux autres membres du groupe de savoir que l'[Hôpital régional] ne s'était pas assuré que les analyses diagnostiques soient complètes et exactes si l'[Hôpital régional] ne les en informait pas.

### **La fraude en equity**

72. Compte tenu de la relation fiduciaire entre l'[Hôpital régional] et les demandeurs et membres du groupe qui est décrite ci-dessus, la conduite qu'a adoptée l'[Hôpital régional] en ne divulguant pas aux demandeurs et aux membres du groupe, à la première occasion, les problèmes de diagnostic éventuels était inique et a constitué une fraude en equity commise à l'endroit des demandeurs et des membres du groupe.

Nous examinons ces trois causes d'action dans l'ordre inverse.

[74] L'objection, en ce qui concerne la « fraude en equity » ressortit, à notre sens, uniquement à la forme. L'appellation « fraude en equity » est sans doute peu appropriée, mais cela ne veut pas dire que les agissements décrits aux paragraphes 71 et

72 de l'exposé de la demande modifié, savoir la dissimulation inique de renseignements essentiels concernant l'état de santé des patients, ne sont pas susceptibles d'action.

[75] En ce qui concerne la demande en dommages-intérêts pour violation de devoirs fiduciaux, ses éléments constitutifs plaidés sont les suivants : (1) l'Hôpital régional tenait lieu de fiduciaire à ses patients qui étaient [TRADUCTION] « particulièrement vulnérables » et à sa merci [TRADUCTION] « dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire exclusif » parce qu'ils ne pouvaient pas savoir qu'il ne s'était pas [TRADUCTION] « assuré que les analyses diagnostiques soient complètes et exactes si l'[Hôpital régional] ne les en informait pas »; (2) de ce fait, l'Hôpital régional avait envers ses patients l'obligation d'agir en toute bonne foi, ce qui l'obligeait à se montrer franc et honnête et à divulguer rapidement des renseignements relatifs à leur état de santé qui étaient essentiels à leur bien-être; (3) l'Hôpital régional a manqué à son obligation d'agir de bonne foi en choisissant de dissimuler pendant une période d'une durée inique les problèmes que posait le travail du D<sup>r</sup> Menon en sa qualité de chef du service de pathologie, de directeur du laboratoire clinique et de pathologiste en poste à l'hôpital; (4) ce faisant, l'Hôpital régional a fait passer ses propres intérêts avant ceux de ses patients; et (5) il s'en est suivi qu'il y a eu atteinte aux intérêts des membres du groupe proposé.

[76] Les conditions auxquelles doit satisfaire une cause d'action fondée sur la violation de devoirs fiduciaux, ou manquement à une obligation fiduciaire, dans les situations non visées par les catégories existantes, sont énoncées dans l'arrêt *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261. Comme l'explique le sommaire de l'arrêt, il faut établir : (1) que le fiduciaire [fiducial] s'est engagé, expressément ou implicitement, à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire ou des bénéficiaires; (2) qu'il existe une personne ou un groupe de personnes définies vulnérables au contrôle du fiduciaire; et (3) que l'exercice, par le fiduciaire, de son pouvoir discrétionnaire ou de son contrôle aura une incidence défavorable sur un intérêt juridique ou un intérêt pratique important du bénéficiaire ou des bénéficiaires. Bien entendu, dans le contexte qui nous occupe, la question est de savoir si l'exposé de la

demande modifié révèle l'existence d'une cause d'action pour violation de devoirs fiduciaux, ou manquement à une obligation fiduciaire. À notre avis, les conditions énoncées dans l'arrêt *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society* sont plaidées dans l'exposé de la demande modifié. Autrement dit, il n'est pas évident et manifeste que l'exposé de la demande modifié ne révèle pas l'existence d'une cause d'action pour violation de devoirs fiduciaux.

[77] En ce qui concerne les demandes en responsabilité contractuelle, les parties pertinentes de l'exposé de la demande modifié sont libellées de façon plutôt générale et, de toute façon, elles ne devraient pas être interprétées comme s'il s'agissait des dispositions d'une loi pénale. Il est du devoir de la Cour d'interpréter ces parties d'une façon généreuse dans le but de rendre justice selon le droit applicable, en tenant compte du rôle de filtrage limité que joue la certification. Il est possible de retenir, en ce qui concerne les paragraphes 68 et 70 en particulier, une interprétation raisonnable selon laquelle ils se rapportent non seulement à un contrat implicite entre les membres du groupe proposé et les intimés, collectivement ou individuellement, mais aussi à n'importe quel contrat prévoyant la prestation de services liés à la pathologie intervenu entre les intimés. Quoiqu'il en soit, si cela avait été nécessaire, nous aurions été disposés à permettre les modifications nécessaires à l'exposé de la demande modifié conformément à la règle 62.21(4). En ce qui concerne les contrats se rapportant à la prestation de services liés à la pathologie intervenus entre les intimés, un membre de notre formation a soulevé à l'audience la question de l'applicabilité et de l'incidence de l'art. 4 de la *Loi sur la réforme du droit*, L.R.N.-B. 2011, ch. 184, et a donné aux parties la possibilité de présenter des observations à cet égard.

[78] S'agissant, en premier lieu, de l'hypothèse voulant qu'il existe un rapport contractuel entre les membres du groupe proposé et l'Hôpital régional, nous sommes d'avis qu'il est à tout le moins permis de soutenir que les premiers, à titre de patients, étaient parties à un contrat (réputé ou implicite) avec ce dernier, contrat dont on serait fondé à penser qu'il comprend les conditions précisées aux paragraphes 68 à 70 de l'exposé de la demande modifié. Après tout, on tient d'emblée pour acquis que lorsque

les échantillons prélevés sur les corps des membres du groupe ont été confiés à l'Hôpital régional, il était entendu qu'ils seraient examinés, interprétés et feraient l'objet d'un rapport d'une façon compétente et que les analyses pathologiques seraient effectuées au sein d'un service et d'un laboratoire dotés de mesures de protection satisfaisantes contre les défaillances systémiques du genre de celles qui sont décrites dans l'exposé de la demande modifié. De plus, les services que l'Hôpital régional a fournis aux membres du groupe proposé n'étaient pas gratuits. L'Hôpital régional a touché, pour ces services, une contrepartie à titre onéreux provenant du régime d'assurance-maladie. Cela dit, l'analyse doit aller au-delà de la démarche traditionnelle en matière de formation des contrats.

[79] D'ailleurs, il se peut que la jurisprudence pertinente ne reflète pas l'état actuel du droit dans notre province. Il en est ainsi parce que l'art. 4 de la *Loi sur la réforme du droit* est venu modifier les règles de droit ressortissant à la relativité, ou connexité, contractuelle :

#### **Privity of contract**

4(1) Unless the contract provides otherwise, a person who is not a party to a contract but who is identified by or under the contract as being intended to receive some performance or forbearance under it may enforce that performance or forbearance by a claim for damages or otherwise.

4(2) In proceedings under subsection (1) against a party to a contract, any defence may be raised that could have been raised in proceedings between the parties.

4(3) The parties to a contract to which subsection (1) applies may amend or terminate the contract at any time, but if by doing so, they cause loss to a person described in subsection (1) who has incurred expense or undertaken an obligation in the expectation that the contract would be performed, that person

#### **Connexité contractuelle**

4(1) Sauf stipulation contraire du contrat, une personne qui n'y est pas partie mais qui est identifiée par le contrat ou en vertu de celui-ci comme devant bénéficier de quelque exécution ou abstention en vertu du contrat peut faire exécuter le contrat ou l'abstention par une réclamation en dommages-intérêts ou autrement.

4(2) Dans les procédures prévues au paragraphe (1) contre une partie à un contrat, peut être soulevé tout moyen de défense qui aurait pu être soulevé dans les procédures entre les parties.

4(3) Les parties à un contrat auquel le paragraphe (1) s'applique peuvent modifier ou mettre fin au contrat en tout temps mais si, ce faisant, elles causent une perte à une personne décrite au paragraphe (1) qui a engagé des dépenses ou contracté une obligation dans l'expectative que le contrat serait exécuté, cette dernière peut recouvrer

may recover the loss from any party to the contract who knew or ought to have known that the expenses would be or had been incurred or that the obligation would be or had been undertaken.

4(3.1) For the purposes of subsection (1), a person who is identified by or under a contract as being intended to receive some performance or forbearance under it includes

(a) a person who is intended to receive the performance or forbearance only in certain circumstances, if those circumstances occur, and

(b) a person who is not named in the contract but is a member of a class of persons intended to receive the performance or forbearance.

sa perte d'une partie quelconque au contrat qui savait ou aurait dû savoir que les dépenses seraient ou étaient engagées ou que l'obligation serait ou avait été contractée.

4(3.1) Aux fins d'application du paragraphe (1), une personne qui est identifiée par un contrat ou en vertu de celui-ci comme devant bénéficier de quelque exécution ou abstention en vertu du contrat comprend :

a) une personne qui ne doit bénéficier de l'exécution ou de l'abstention que dans certaines circonstances, si elles surviennent;

b) une personne qui n'est pas nommée dans le contrat, mais qui appartient à une catégorie de personnes devant bénéficier de l'exécution ou de l'abstention.

[80]

On pourrait soutenir que les membres du groupe proposé, en leur qualité de patients, étaient les personnes devant bénéficier de tout contrat d'entreprise auquel l'Hôpital régional et le D<sup>r</sup> Menon, à titre de chef du service de pathologie, de directeur du laboratoire clinique et de pathologiste en poste à l'hôpital, étaient parties. Pour reprendre le libellé de l'al. 4(3.1)b), les membres du groupe proposé, bien qu'ils ne soient pas nommés dans le contrat, pourraient fort bien « [appartenir] à une catégorie de personnes devant bénéficier de l'exécution » de certaines des obligations de l'Hôpital régional en vertu de ce contrat. Aux termes du paragraphe 4(1), les membres du groupe proposé, parce qu'ils appartiennent à la catégorie de personnes dont il est question à l'al. 4(3.1)b) « [peuvent] faire exécuter le contrat [...] par une réclamation en dommages-intérêts ou autrement » (c'est nous qui soulignons). Pour une confirmation de l'applicabilité et de l'incidence de l'art. 4 de la *Loi sur la réforme du droit* dans d'autres contextes d'ordre contractuel, voir les arrêts *Walsh c. Nicholls et CGU, Compagnie d'Assurance du Canada*, 2004 NBCA 59, 273 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 203, le juge Drapeau, juge en chef du Nouveau-Brunswick, qui rendait décision au nom de la Cour, au par. 49, et *Day & Ross*

*Inc. c. Beaulieu*, 2005 NBCA 25, 280 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 201, le juge d'appel Robertson, qui rendait décision au nom de la Cour, au par. 11.

[81] En ce qui concerne le D<sup>r</sup> Menon, les représentants demandeurs proposés prétendent qu'en sa qualité de chef du service de pathologie, de directeur du laboratoire clinique et d'anatomopathologiste en poste à l'hôpital, il était engagé dans un rapport contractuel implicite qui l'obligeait à maintenir ses compétences, ce qui, à toutes fins utiles, signifiait que l'on s'attendait à ce qu'il évite les défaillances qui sont exposées dans le détail au paragraphe 73 de l'exposé de la demande modifié. À cet égard, il vaut la peine de souligner, une fois encore, que lorsque les échantillons prélevés sur le corps des membres du groupe proposé ont été confiés au D<sup>r</sup> Menon, il était entendu qu'ils seraient examinés, interprétés et feraient l'objet d'un rapport d'une façon compétente. En outre, et en réalité, chaque fois qu'il s'occupait d'un échantillon, le D<sup>r</sup> Menon s'occupait d'un patient bien précis. Comme nous l'avons vu, ce patient s'attendait sûrement à ce que l'analyse pathologique soit effectuée par un service et un laboratoire dotés de mesures de protection satisfaisantes contre les défaillances systémiques du genre de celles qui sont décrites dans l'exposé de la demande modifié. Cette analyse ainsi que le service et le laboratoire en question relevaient des attributions du D<sup>r</sup> Menon et ses services n'étaient pas dispensés gratuitement. Il recevait une contrepartie à titre onéreux provenant du régime d'assurance-maladie. Selon l'exposé de la demande modifié, il était prévisible que le défaut du D<sup>r</sup> Menon [TRADUCTION] « de maintenir ses compétences qui a donné lieu à une remise en question générale de ses diagnostics en pathologie chirurgicale et à la nécessité de recommencer ou de réinterpréter ses analyses, allait causer des souffrances morales [à ses] patients ». Un des éléments clefs de ce rapport contractuel consistait dans le fait d'apporter [TRADUCTION] « la tranquillité d'esprit ainsi qu'un avantage psychologique » (voir le par. 68). Manifestement, ce moyen vise à faire intervenir l'arrêt *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3, comme option de rechange, si besoin était, à la demande en responsabilité délictuelle, et à ainsi ouvrir la voie à une démarche plus libérale en ce qui concerne l'attribution de dommages-intérêts généraux pour préjudice autre que corporel. Tel est le cas, également, des demandes fondées sur la violation de devoirs fiduciaux.

[82] Il se peut que le paragraphe 4(1) de la *Loi sur la réforme du droit* permette aux membres du groupe proposé de faire exécuter, par une réclamation en dommages-intérêts, certaines des obligations dont le D<sup>r</sup> Menon était tenu en vertu du ou des contrats, exprès ou implicites, intervenus avec l'Hôpital régional. Cela serait le cas si les demandeurs, bien qu'ils ne soient pas nommés dans un contrat de cette nature, sont jugés « [appartenir] à une catégorie de personnes devant bénéficier de l'exécution » des services que devait fournir le D<sup>r</sup> Menon en vertu de ce contrat à titre de chef du service de pathologie, de directeur du laboratoire clinique et d'anatomopathologiste en poste à l'hôpital.

[83] Finalement, on prétend au paragraphe 74 de l'exposé de la demande modifié que le D<sup>r</sup> Menon avait une obligation de compétence, qui est exposée au paragraphe 73, du fait des règles de droit régissant les devoirs fiduciaux. À cet égard, nous ne pouvons faire mieux que de nous reporter aux observations que nous avons faites relativement à la demande pour violation de devoirs fiduciaux formée contre l'Hôpital régional. Bien que la cause d'action fondée sur la violation de ces devoirs par le D<sup>r</sup> Menon puisse être inédite, il n'est pas évident et manifeste qu'elle n'est pas susceptible d'être reconnue en droit.

(c) *Les mesures de redressement demandées, l'accent étant mis sur les déboursés et les dommages-intérêts pour souffrance morale et anxiété*

[84] L'exposé de la demande modifié énonce la proposition générale voulant que toute perte résultant de la violation de leurs obligations par les défendeurs fût prévisible. Les représentants demandeurs proposés prétendent que toute perte [TRADUCTION] « découlant de la modification des diagnostics du D<sup>r</sup> Menon ou d'une erreur dans ces diagnostics peut donner lieu à un recours en dommages-intérêts, qu'elle soit ou non imputable à un manquement du D<sup>r</sup> Menon à la norme de diligence applicable, pour le motif que si l'[Hôpital régional] ne l'avait pas parrainé, n'avait pas accepté ses titres de compétence et ne l'avait pas maintenu au sein de son personnel médical, alors qu'il était un pathologiste incompetent, et si le D<sup>r</sup> Menon s'était acquitté de son obligation de maintenir ses compétences, ses erreurs individuelles, qu'elles aient ou non

été commises en violation de la norme, n'auraient pas été commises » (c'est nous qui soulignons).

[85] L'exposé de la demande modifié expose dans le détail la perte et le préjudice qu'ont subis les membres du groupe proposé, que leur diagnostic pathologique initial ait été exact ou non :

[TRADUCTION]

76. Les détails de la perte ou du préjudice subis par les demandeurs et les membres du groupe sont notamment les suivants :

- (a) souffrances, douleurs, diminution de la qualité de la vie, préjudice d'agrément et diminution de l'espérance de vie;
- (b) souffrance morale, frustration, anxiété, mécontentement, tracas, tension, exaspération, affliction, désagrément, tous suffisamment intenses pour justifier une indemnisation;
- (c) perte de foi et de confiance envers la pathologie et la fiabilité des analyses diagnostiques en matière de soins de santé en général;
- (d) perte actuelle et future de revenus et perte de capacité de gagner un revenu;
- (e) coûts passés et futurs des soins;
- (f) privation de la compagnie conjugale et perte de conseils, de soins et de compagnie;
- (g) déboursés.

77. Les détails de la perte ou du préjudice subis par les membres du groupe, que leur diagnostic pathologique initial ait été exact ou non, sont notamment les suivants :

- (a) souffrances, douleurs, diminution de la qualité de la vie, préjudice d'agrément et diminution de l'espérance de vie;

- (b) souffrance morale, frustration, anxiété, mécontentement, tracas, tension, exaspération, affliction et désagrément;
- (c) perte de foi et de confiance envers la pathologie et la fiabilité des analyses diagnostiques en matière de soins de santé en général;
- (d) perte actuelle et future de revenus et perte de capacité de gagner un revenu;
- (e) coûts passés et futurs des soins;
- (f) privation de la compagnie conjugale et perte de conseils, de soins et de compagnie;
- (g) déboursés.

78. De plus, par suite des examens pathologiques déficients effectués à l'Hôpital régional de Miramichi et du défaut des défendeurs de prendre les mesures voulues pour prévenir ou minimiser l'incidence de ces examens pathologiques déficients, les membres du groupe qui sont les épouses, les maris, les parents, les enfants, les frères ou les sœurs de personnes défuntes ont également subi des dommages reconnus sous le régime de la *Loi sur les accidents mortels*, L.R.N.-B. 1973, ch. F-7. Les dommages-intérêts à ce titre sont notamment les suivants :

- (a) les pertes pécuniaires résultant du préjudice porté à ces personnes défuntes, les frais engagés dans l'intérêt de celles-ci et les frais de déplacement engagés pour leur rendre visite pendant leur traitement et leur convalescence;
- (b) une indemnité raisonnable au titre de la perte de revenus et de la valeur des services infirmiers, domestiques ou autres fournis à ces personnes maintenant défuntes;
- (c) un montant compensatoire au titre de la perte de compagnie subie et du chagrin éprouvé;
- (d) les frais d'obsèques et d'inhumation normaux du défunt.

### **Les dommages-intérêts majorés**

79. Dans la poursuite de leurs activités, les défendeurs ont fait preuve d'une insouciance grave et déréglée ainsi que d'un mépris flagrant envers la santé, la sécurité et les intérêts pécuniaires des demandeurs et des membres du groupe. Les défendeurs ont sciemment compromis les intérêts des demandeurs et des membres du groupe, pour satisfaire uniquement leurs propres fins. De plus, après que l'[Hôpital régional] a été mis au courant des antécédents du D<sup>f</sup> Menon, des lacunes dans la communication des résultats et dans la procédure suivie au laboratoire de pathologie à l'Hôpital régional de Miramichi ainsi que des dangers en résultant pour la santé physique et psychologique des demandeurs et des membres du groupe, l'[Hôpital régional] n'a pas pris de mesures correctives; il n'a pas relayé ces renseignements aux demandeurs et aux membres du groupe rapidement, ni entièrement et dans certains cas, du tout.

80. Les actes susmentionnés des défendeurs sont en eux-mêmes susceptibles d'action en négligence, en responsabilité contractuelle et pour violation de devoirs fiduciaux selon les prétentions formulées aux présentes et les demandeurs et les membres du groupe ont donc droit à des dommages-intérêts majorés en rapport avec la conduite outrageante des défendeurs.

[C'est nous qui soulignons.]

En ce qui concerne le paragraphe 80, le par. 3(1) de la *Loi sur la réforme du droit* vaut la peine d'être examiné. On y lit qu'une faute donnant en soi ouverture à une poursuite civile indépendante n'est pas nécessaire pour qu'une demande en dommages-intérêts majorés, ou alourdis, puisse être accueillie.

[86] L'exposé de la demande modifié prend fin sur la demande de mesures de redressement suivante :

[TRADUCTION]

- (a) une ordonnance portant certification de l'instance à titre de recours collectif au nom de tous les patients dont les échantillons ont fait l'objet d'analyses pathologiques au laboratoire de l'[Hôpital régional] entre 1995 et 2007;

- (b) des dommages-intérêts généraux;
- (c) des dommages-intérêts particuliers;
- (d) des dommages-intérêts majorés;
- (e) les frais supportés pour aviser les membres du groupe du recours collectif proposé et gérer ce recours dans leur intérêt;
- (f) des intérêts conformément aux dispositions de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, et aux *Règles de procédure*, Règlement du Nouveau-Brunswick 82-73;
- (g) toute autre mesure de redressement que la Cour estimera juste. [par. 81]

[87] Comme nous l'avons dit, nous estimons que le juge saisi de la motion a mal qualifié et erronément décrit l'action engagée au nom de tous les membres du groupe proposé contre le D<sup>r</sup> Menon en disant qu'il s'agissait tout simplement d'un banal recours pour une faute médicale consistant en de la négligence dans l'examen et l'évaluation d'échantillons précis. Les prétentions formulées au nom de tous les membres du groupe proposé contre le D<sup>r</sup> Menon et l'Hôpital régional sont fondées sur des défaillances systémiques qui ont eu une incidence sur l'ensemble du groupe. En fait, les demandes formulées contre le D<sup>r</sup> Menon reflètent fidèlement celles formulées contre l'Hôpital régional relativement à l'omission présumée de mettre en place des systèmes visant à prévenir le niveau inacceptable de travail non conforme aux normes qui est lui-même à l'origine de la décision de l'Hôpital régional de réanalyser les échantillons et de faire parvenir aux membres du groupe proposé l'avis de réanalyse. L'action engagée au nom de tous les membres du groupe proposé n'est pas axée sur des demandes contre le D<sup>r</sup> Menon pour négligence dans l'évaluation d'un échantillon précis : cette action repose sur un moyen faisant état de faute médicale en milieu hospitalier fondé sur des défaillances systémiques qui ont eu une incidence sur l'ensemble du groupe (au titre, par exemple, des déboursés ainsi que d'une souffrance morale et d'une anxiété indemnifiables).

[88] Cela ne veut pas dire que les membres du groupe proposé ne peuvent présenter de demandes additionnelles ressortissant à la négligence dont a fait preuve le D<sup>f</sup> Menon dans l'examen et l'évaluation de leurs échantillons. À cet égard, il vaut la peine de mentionner l'histoire particulière de James Bliss Wilson, dont il est fait état aux paragraphes 52 à 64 de l'exposé de la demande modifié :

[TRADUCTION]

Le représentant demandeur James Bliss Wilson

52. Des analyses pathologiques ont été effectuées à trois reprises différentes, à l'Hôpital régional de Miramichi, sur des échantillons de tissus prélevés sur la personne du demandeur susmentionné, dans la région de la prostate.

53. Les premières biopsies ont été faites le 8 janvier 2004. À ce moment-là, six échantillons ont été analysés et selon les résultats obtenus, il y avait absence de malignité.

54. Les deuxièmes biopsies ont été pratiquées le 30 novembre 2005. À ce moment-là, huit autres échantillons ont été analysés et selon les résultats obtenus, il n'y avait toujours aucune malignité.

55. Les troisièmes biopsies ont été pratiquées le 29 janvier 2007. À ce moment-là, onze échantillons ont été analysés et selon les résultats obtenus, trois échantillons révélaient la présence d'un adénocarcinome et quatre échantillons ont indiqué la présence d'une néoplasie intra-épithéliale, peu différenciée.

56. En 2007 et 2008, environ, la docteure Rosemary Henderson a effectué un réexamen des analyses pathologiques auparavant effectuées sur les deux premières séries d'échantillons prélevés sur le demandeur en question en 2004 et 2005. Le demandeur n'a jamais été informé par lettre que ce réexamen avait lieu.

57. Le réexamen des analyses pathologiques a montré qu'un échantillon provenant des biopsies pratiquées en 2004 révélait la présence d'un adénocarcinome et deux échantillons provenant des biopsies pratiquées en 2005 révélaient la présence d'un adénocarcinome. Le réexamen pathologique des échantillons prélevés en 2005 a également

montré que chez le demandeur, le cancer était présent des deux côtés de la prostate.

58. Par suite du diagnostic incorrect posé relativement aux biopsies pratiquées en 2004 et en 2005, le demandeur n'a reçu aucun traitement contre le cancer de la prostate jusqu'à ce que ce cancer soit finalement diagnostiqué le 29 janvier 2007 ou vers cette date.

59. Le demandeur déclare que si les biopsies pratiquées en 2004 et en 2005 avaient fait l'objet d'un diagnostic exact, le cancer de la prostate aurait été diagnostiqué à ce moment-là, il aurait subi une intervention chirurgicale en vue de l'ablation de la prostate et il n'aurait eu besoin d'aucun autre traitement.

60. Par suite du diagnostic inexact établi relativement aux échantillons prélevés en 2004 et en 2005, le demandeur a dû recevoir quatre injections d'hormones, une tous les trois mois, pendant une période d'un an, la dernière injection ayant été donnée en novembre 2007. Ces traitements n'auraient pas été nécessaires si un diagnostic exact avait été posé relativement aux biopsies pratiquées en 2004 et en 2005.

61. Le demandeur a également dû subir deux traitements de curiethérapie et vingt-deux séances de radiothérapie par suite du diagnostic incorrect. Ces traitements non plus n'auraient pas été nécessaires si un diagnostic exact avait été posé relativement aux biopsies pratiquées en 2004 et en 2005.

62. Par suite des séances de radiothérapie, le demandeur a ultérieurement dû subir un raclage de l'urètre en raison d'une obstruction de l'écoulement de l'urine. Il lui a également fallu utiliser une sonde de Foley, une cystite s'est constituée et il prend des médicaments tous les jours pour faciliter la miction. Ces problèmes ne seraient pas apparus si un diagnostic exact avait été établi relativement aux biopsies initiales du demandeur.

63. Le demandeur a été choqué d'apprendre qu'il avait le cancer et il a dû subir des interventions douloureuses, et qui n'auraient pas été nécessaires autrement, en raison du diagnostic incorrect posé relativement aux biopsies initiales.

64. Le demandeur n'a plus confiance dans les traitements reçus à l'Hôpital régional de Miramichi en particulier et dans le système de soins de santé du Nouveau-Brunswick en général.

Nous marquons une pause pour exprimer l'opinion que ni le fait que les questions communes peuvent ne s'appliquer qu'à certains membres du groupe proposé, comme M. Wilson, ni le fait que d'autres mesures procédurales ressortissant à la responsabilité et au quantum puissent être nécessaires pour rendre justice à certains membres ne sont une raison valable de refuser la certification (voir les art. 9, 29 et 30 de la *Loi sur les recours collectifs*). Cela nous amène à la question de savoir si l'exposé de la demande modifié révèle l'existence d'une action pour souffrance morale et anxiété indemnifiables.

[89] Dans ses motifs de décision, le juge saisi de la motion mentionne des demandes pour la souffrance morale et l'anxiété que tous les membres du groupe proposé auraient éprouvées du fait qu'ils ont été informés de la nature incertaine de leur véritable état de santé, incertitude qui a subsisté jusqu'à ce qu'ils soient informés des résultats de la réanalyse de leurs échantillons. Toutefois, il se reporte ensuite à la preuve par affidavit versée au dossier et conclut qu'aucun des trois représentants du groupe proposés n'avait reçu un diagnostic de [TRADUCTION] « trouble psychologique ou psychiatrique reconnu ». Selon sa conception du dossier, la preuve indiquait qu'au plus, ils avaient éprouvé la crainte d'un diagnostic initial erroné et s'étaient inquiétés du résultat. Après avoir mentionné les arrêts *Healey* et *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, le juge saisi de la motion s'est penché sur le fond de l'action et sur les chances pour qu'elle soit accueillie au procès et il en est arrivé à la conclusion [TRADUCTION] « [qu']il est clair et évident que les demandeurs ne pourraient pas réussir à établir contre l'hôpital les causes d'action pour souffrance morale en l'absence d'un préjudice corporel » et qu'« [a]ucune preuve n'[avait] été présentée à cet égard » (par. 46 à 53). Comme nous l'avons indiqué, cet examen du fond de l'action repose sur des considérations qui dépassent la portée du processus de certification (voir les arrêts *Hollick*, au par. 16, et *Vivendi Canada Inc.*, au par. 4).

[90] Dans l'affaire *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, qui concernait une requête en radiation de l'exposé de la demande au motif qu'il ne révélait aucune cause d'action fondée, requête présentée en vertu d'une règle de procédure semblable à la règle 23 en vigueur dans notre province, les demandeurs avaient prétendu avoir subi des dommages par suite des souffrances morales, de la colère, de la dépression et de l'anxiété que leur avait causées l'inconduite de certains agents de police. Les défendeurs avaient prétendu que même si les demandeurs parvenaient à établir l'existence des autres éléments constitutifs du délit, il aurait été évident et manifeste que l'action fondée sur la faute dans l'exercice d'une charge publique était vouée à l'échec parce que les dommages allégués ne donnaient pas ouverture à indemnisation. La Cour a rejeté cet argument pour les motifs suivants :

Bien que les tribunaux soient prudents lorsqu'il s'agit de protéger le droit individuel à un certain bien-être mental, l'octroi d'une indemnité pour des dommages relevant de cette catégorie n'est pas étranger au droit de la responsabilité délictuelle. Dans l'état actuel du droit, le fait que l'appelant ait subi ou vécu un trouble émotionnel ne suffit pas. Il est néanmoins bien établi que le demandeur qui souffre d'une « maladie visible et prouvable » ou de « dommages physiques ou psychopathologiques perceptibles » peut réclamer une indemnité pour problèmes psychiatriques : voir par exemple *Guay c. Sun Publishing Co.*, [1953] 2 R.C.S. 216, et *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99. En conséquence, même si les demandeurs pouvaient démontrer qu'ils ont souffert de problèmes psychiatriques – sous forme d'anxiété ou de dépression –, ils devraient tout de même prouver que ces problèmes découlaient de l'inconduite alléguée et qu'ils étaient d'une importance telle qu'ils justifiaient l'octroi d'une indemnité. Les questions relatives à la causalité et à l'importance des problèmes psychiatriques devront toutefois être tranchées au procès. Au stade des actes de procédure, il suffit que les demandeurs allèguent dans leur déclaration que l'inconduite alléguée leur a causé des souffrances morales, de la colère, de la dépression et de l'anxiété. [par. 41]

[C'est nous qui soulignons.]

[91] Logiquement, le demandeur qui va plus loin et qui prétend dans sa plaidoirie être la victime d'une inconduite susceptible d'action et avoir, du fait de cette

inconduite, éprouvé une souffrance morale et une anxiété suffisamment intenses pour justifier une indemnisation a invoqué une cause d'action valable. Dans l'exposé de la demande modifié, les appelants prétendent que tous les membres du groupe proposé ont éprouvé une souffrance morale et une anxiété [TRADUCTION] « suffisamment intenses pour justifier une indemnisation » par suite des transgressions et omissions des intimés. À supposer que ces allégations soient vraies, il ne fait aucun doute à nos yeux que l'exposé de la demande modifié révèle une cause d'action en dommages-intérêts pour souffrance morale et anxiété. Pour dire les choses différemment, il n'est pas évident et manifeste que l'exposé de la demande modifié ne révèle aucune cause d'action contre les deux intimés pour les dommages en question. Comme le souligne la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Succession Odhavji*, « [l]es questions relatives à la causalité et à l'importance des problèmes psychiatriques devront [...] être tranchées au procès » (par. 41). En l'espèce, la question de la causalité et celle du caractère indemnisable des dommages devront être examinées après que les questions communes ressortissant à la responsabilité que nous définissons ci-dessous auront été instruites.

[92] Nous ajouterions néanmoins qu'à notre avis, la question de savoir si des dommages-intérêts sont recouvrables pour un préjudice psychologique qui n'est pas une maladie médicalement reconnue continue de se poser, du moins dans le contexte d'un recours collectif pour des défaillances systémiques dans la prestation de services de santé pour un éventuel cancer ou d'éventuelles maladies connexes. Plusieurs commentateurs ont fait valoir de solides arguments en faveur d'une interprétation selon laquelle l'arrêt *Mustapha* a assoupli le critère préliminaire. Ce qui est sans doute révélateur, la juge en chef McLachlin n'a pas, dans l'arrêt *Mustapha*, employé la formule « trouble psychiatrique reconnu » malgré que cette norme ait été mentionnée dans au moins un des mémoires déposés. Quoi qu'il en soit, le débat relatif à l'application du critère préliminaire du « trouble psychiatrique reconnu » ou du « préjudice psychologique grave et de longue durée » (*Mustapha*) à une instance comme celle qui nous occupe en l'espèce soulève deux questions fondamentales : (1) la question de savoir si l'expression « désagréments, angoisses et craintes ordinaires que toute personne vivant en société doit régulièrement accepter, fût-ce à contrecœur » (c'est nous qui soulignons) (voir l'arrêt

*Mustapha*, au par. 9) peut désigner ce qu'une personne raisonnable exposée au risque d'un cancer ou d'une maladie connexe éprouverait au moment où on l'informe que ses échantillons doivent être réanalysés parce que l'on entretient des doutes quant au diagnostic précédemment communiqué; et (2) la question de savoir si l'incidence de cette réévaluation et de ce qu'elle suppose peut, en toute justice, être assimilée à des « contrariétés » somme toute « mineures et passagères » (voir l'arrêt *Mustapha*, au par. 9).

[93] De plus, et d'une façon plus générale, la norme du « trouble psychiatrique reconnu » a été critiquée, notamment par des tribunaux de première instance et certains commentateurs appartenant au milieu universitaire qui estiment qu'elle est trop restrictive, trop prudente et sans rapport avec les tendances à l'expansion du droit moderne de la négligence (voir l'ouvrage de Philip H. Osborne, intitulé *The Law of Torts*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto : Irwin Law, 2007) à la p. 82). Cette critique sommaire semble encore plus irrésistible dans le contexte des recours collectifs, où certaines des considérations de politique générale (par exemple la crainte d'éventuelles demandes frauduleuses) qui sont à l'origine de l'acceptation du critère préliminaire par les tribunaux ne jouissent pas d'un grand appui (voir l'article de Louise Bélanger-Hardy, intitulé « Reconsidering the 'Recognized Psychiatric Illness' Requirement in Canadian Negligence Law » (2013) 38:2 *Queen's LJ* 583). Il est difficile d'imaginer comment il se pourrait que le vaste complot qui serait nécessaire pour faire valoir des prétentions frauduleuses de préjudice psychologique touchant l'ensemble du groupe ne soit pas facilement découvert.

[94] Cela dit, il n'est pas nécessaire de s'emmêler dans ce débat avant que soient tranchées les questions communes ressortissant à la responsabilité qui ont été identifiées ci-dessus. Après tout, et comme nous l'avons souligné, les membres du groupe sollicitent davantage que des dommages-intérêts généraux pour les souffrances morales et l'anxiété communes à tous. Supposons, par pure hypothèse, que le juge saisi de la motion avait le droit de conclure qu'en fait aucun des représentants demandeurs n'a éprouvé de souffrance morale ou d'anxiété suffisamment intense pour être indemnisable en droit. Une conclusion de cette nature ne mettrait pas nécessairement fin à la poursuite de

l'action en vertu de la *Loi sur les recours collectifs*, comme le juge saisi de la motion semble l'avoir pensé. Il en est ainsi pour au moins deux raisons.

[95] Premièrement, l'exposé de la demande modifié comprend une demande au titre des [TRADUCTION] « déboursés ». Par suite des mesures correctives que l'Hôpital régional a prises en réponse à ce qu'il estimait être l'ampleur inquiétante du travail non conforme aux normes accompli par le D<sup>r</sup> Menon, on s'attendait à ce que chaque membre du groupe proposé consulte un médecin pour obtenir des renseignements, des conseils et des mesures de suivi. Ce processus supposait nécessairement certains déboursés au titre, par exemple, des déplacements et d'autres frais accessoires. Pour les gens aisés, les montants en question peuvent sembler négligeables, mais pour les pauvres et pour la classe moyenne, ils ne le sont pas. Il est permis de penser que chaque membre du groupe proposé a une cause d'action en vue du recouvrement de ces déboursés. Par conséquent, même si la demande en dommages-intérêts généraux pour souffrance morale et anxiété ne pouvait être accueillie au procès, la demande d'indemnisation au titre des déboursés demeurerait et nécessiterait une décision. Le refus de certifier ferme la porte à l'indemnisation au titre des déboursés, du moins dans le cadre d'un recours collectif. Ce résultat est insoutenable.

[96] Deuxièmement, certains éléments donnent à penser que certains membres du groupe proposé ont subi un préjudice particulièrement grave, en plus d'un préjudice corporel, par suite de la faute ou de la négligence imputée dans l'exposé de la demande modifié. Les prétentions de ces membres devraient subsister et être instruites par voie de recours collectif même si l'on devait conclure que des dommages-intérêts ne sont pas recouvrables pour des souffrances morales et une anxiété « régulières » ou « courantes » éprouvées par l'ensemble du groupe. Là encore, la décision qui fait l'objet de l'appel ferme la porte à une indemnisation au titre de ces prétentions, du moins dans le cadre d'un recours collectif. Ce résultat est lui aussi insoutenable.

(2) Le groupe

[97] Les appelants ont proposé le groupe suivant :

[TRADUCTION]

- a) les patients, y compris leur succession, dont les échantillons de tissus ont fait l'objet d'exams médicaux visant à dépister le cancer ou des maladies connexes dont les résultats ont été transmis par le [D<sup>r</sup> Menon], à [l'Hôpital régional], pendant la période du groupe, et que [l'Hôpital régional] a fait réanalyser par la suite;
- b) les enfants, les parents et les conjoints (définis par la *Loi sur les accidents mortels*) des patients décédés (leur succession);
- c) la « période du groupe » est définie comme allant du 1<sup>er</sup> janvier 1995 au 7 février 2007 ou toutes autres dates approuvées par la Cour;
- d) les autres personnes que la Cour identifie et dont elle ordonne l'inclusion dans le groupe.

[98] À l'audience devant notre Cour, les appelants ont convenu de radier l'alinéa d) et d'enlever l'expression [TRADUCTION] « ou toutes autres dates approuvées par la Cour ». Bien entendu, il sera loisible au juge qui sera saisi du recours collectif d'approuver d'autres dates et d'ajuster la définition du groupe si les intérêts de la justice l'exigent.

[99] Quoi qu'il en soit, le juge saisi de la motion a conclu que le groupe proposé ne satisfaisait pas aux conditions énoncées à l'al. 6(1)b) (définition du groupe) pour les motifs suivants :

[TRADUCTION]

[...] Cette définition devrait constituer un fondement permettant raisonnablement d'identifier les membres du groupe de façon objective. Selon cette présentation, il serait difficile pour n'importe lequel des 15 700 patients dont les

biopsies ont été réexaminées de déterminer s'il fait partie de ce groupe ou non. Qui saurait, sans avoir consulté un expert, si ses échantillons de tissus ont fait l'objet d'examens pathologiques [TRADUCTION] « visant à dépister le cancer ou des maladies connexes »?

[...]

Selon la définition des causes d'action donnée par notre Cour, les patients ne peuvent pas tous faire une demande contre le D<sup>r</sup> Menon ou contre l'hôpital. Dans cette définition, on ne trouve pas de paramètres relatifs à la poursuite, permettant d'identifier les personnes qui sont liées par son résultat et qui devraient être avisées. La définition est exagérément large.

Bien que l'hôpital et le D<sup>r</sup> Menon aient admis que les plaidoiries en l'espèce révèlent une cause d'action valable, la preuve de ces assertions fragmente inévitablement l'affaire en demandes individuelles. Le fait d'aviser tous les membres du groupe proposé par les demandeurs perturberait des personnes qui n'ont pas droit à une indemnisation. Cela aggraverait également les problèmes que présentent déjà les questions communes proposées, comme nous l'expliquerons. [par. 75, 77 et 78]

[100] Dans l'ensemble, l'arrêt *Hollick* jette de la lumière sur les conditions auxquelles doit satisfaire un groupe identifiable pour les fins de l'al. 6(1)*b*). Nous les résumerions ainsi : (1) il faut établir que l'appartenance au groupe proposé peut être vérifiée au moyen d'un critère objectif, sans avoir à examiner le fond de l'action (par. 17); (2) il doit exister un lien rationnel entre le groupe proposé et les questions communes énoncées (par. 19); et (3) les demandeurs ont l'obligation, qui n'est pas très lourde, de montrer que le groupe n'est pas inutilement large et qu'on ne pourrait lui donner une définition plus étroite sans exclure arbitrairement des personnes ayant le même intérêt dans le règlement des questions communes (par. 20 et 21).

[101] La condition voulant qu'il existe un « groupe identifiable » donne lieu à une interconnexion ou une interdépendance appréciable entre le critère énoncé à l'al. 6(1)*b*) (définition du groupe) et celui énoncé à l'al. 6(1)*c*) (questions communes).

Comme le dit la Cour d'appel de l'Ontario de l'arrêt *Cloud* : [TRADUCTION] « [...] la détermination des questions communes dépend souvent en partie de la définition du groupe identifiable et réciproquement. Cette interdépendance particulière trouve sa confirmation dans la condition selon laquelle il doit exister un lien rationnel entre le groupe identifiable et les questions communes. L'examen des questions communes doit donc tenir compte du groupe identifiable tout comme l'examen du groupe identifiable s'est effectué à la lumière des questions communes » (par. 48).

[102] Le juge saisi de la motion a conclu que l'on n'avait pas satisfait à la condition voulant qu'il existe un « groupe identifiable » parce que, a-t-il estimé, il serait difficile aux patients de déterminer s'ils font ou non partie de ce groupe puisqu'ils ne sauraient pas si leurs échantillons avaient fait l'objet d'examens pathologiques visant à dépister un cancer ou des maladies connexes sans consulter un expert, vraisemblablement leur médecin de famille. Il s'est également dit d'avis que le groupe proposé ne correspondait pas aux paramètres de la poursuite et que sa définition était exagérément large. Finalement, le juge saisi de la motion a dit ceci : « Le fait d'aviser tous les membres du groupe proposé par les demandeurs perturberait des personnes qui n'ont pas droit à une indemnisation. Cela aggraverait également les problèmes que présentent déjà les questions communes proposées, comme nous l'expliquerons » (par. 78). À notre avis, la première préoccupation exprimée dans l'énoncé susmentionné n'a manifestement aucune importance dans le cadre d'une analyse fondée sur des principes et sa prise en compte indique une erreur de principe. Mais il y a plus.

[103] Dès lors qu'il avait conclu que les appelants n'avaient établi l'existence d'aucune question commune conformément à l'al. 6(1)c), le juge du procès ne pouvait plus, en toute logique, discerner le lien rationnel entre le groupe proposé et les questions communes dont il est fait mention dans l'arrêt *Hollick*. Comme nous l'avons vu, toutefois, on prétend au nom de tous les membres du groupe proposé qu'ils sont victimes de défaillances systémiques évitables. De plus, la question de savoir si les intimés avaient des devoirs juridiques et étaient tenus d'obligations juridiques à l'endroit du groupe proposé et celle de savoir s'il y a eu violation de ces devoirs et obligations étant donné la manière dont le service et le laboratoire de pathologie étaient établis et fonctionnaient

sont des questions qui se situent au cœur même de la demande de chaque membre du groupe fondée sur ces défaillances systémiques. Il existe un lien évident entre les membres du groupe proposé et ces questions communes. Si le juge saisi de la motion avait appliqué à bon droit le critère pour trancher la question des « questions communes », il n'aurait pas pu ne pas voir qu'elles existaient et il ne fait aucun doute à nos yeux qu'il aurait reconnu l'existence d'un lien rationnel entre les membres du groupe proposé et les questions communes, ce qui est un des éléments essentiels du critère voulant qu'il existe un « groupe identifiable ».

[104] Les appelants, ce qui n'a rien d'étonnant, contestent la conclusion du juge saisi de la motion selon laquelle le groupe proposé contrevient au critère de l'« objectivité » parce qu'il est possible que les membres aient à consulter un expert pour déterminer si leurs échantillons avaient été analysés afin de dépister un cancer ou des maladies connexes. Selon ce que prétendent les appelants, le critère de l'« objectivité » n'est pas touché, même dans cette éventualité. Nous souscrivons sans hésiter à cette prétention. L'appartenance au groupe proposé est définie à l'aune de la condition objective qui veut que le membre du groupe soit une personne [TRADUCTION] « dont les échantillons de tissus ont fait l'objet d'examen médicaux visant à dépister le cancer ou des maladies connexes dont les résultats ont été transmis par le [D<sup>r</sup> Menon], à [l'Hôpital régional], pendant la période du groupe, et que [l'Hôpital régional] a fait réanalyser par la suite ». À notre avis, le groupe proposé n'est pas illimité et il est circonscrit par des critères objectifs.

[105] De plus, et comme nous l'avons souligné sans doute plus souvent que cela n'était nécessaire, on prétend au nom de tous les membres du groupe proposé qu'ils ont subi un préjudice autre que corporel suffisamment intense pour justifier une indemnisation et ont été contraints à faire des déboursés par suite d'une négligence ou d'une faute, d'une rupture de contrat et de la violation de devoirs fiduciaires. Tous les membres du groupe proposé ont un intérêt commun à ce que soit résolue la question de savoir si les intimés avaient les obligations et étaient tenus des devoirs énoncés dans

l'exposé de la demande modifié. Un groupe plus restreint exclurait inévitablement des personnes qui ont ce même intérêt.

[106] Nous estimons que l'on a satisfait au critère ressortissant au « groupe identifiable » et le juge saisi de la motion a commis une erreur de principe en arrivant à la conclusion inverse, qui, à notre avis, est déraisonnable. Cette conclusion ne saurait, de ce fait, être maintenue.

(3) Les questions communes

[107] Il y a lieu de répéter les « questions communes » que les appelants ont formulées :

[TRADUCTION]

- a) [L'Hôpital régional] a-t-il une obligation, en matière contractuelle ou délictuelle ou en tant que fiduciaire, de s'assurer des titres de compétence d'un personnel médical compétent?
- b) Dans l'affirmative, [l'Hôpital régional] a-t-il violé cette obligation, et, si oui, à quelle date?
- c) [Le D<sup>f</sup> Menon] avait-il une obligation de compétence, en matière contractuelle ou délictuelle ou en tant que fiduciaire?
- d) Dans l'affirmative, [le D<sup>f</sup> Menon] a-t-il violé cette obligation, et, si oui, à quelle date?
- e) Les défendeurs, ou l'un d'eux, sont-ils redevables, en matière délictuelle ou contractuelle ou pour violation de devoir fiducial, de dommages-intérêts pour souffrance morale?
- f) Dans l'affirmative, les dommages-intérêts pour souffrance morale devraient-ils être évalués de façon globale, et si oui, quel est le montant total des dommages-intérêts pour souffrance morale?
- g) Un montant de dommages-intérêts majorés est-il justifié, et dans l'affirmative, peut-il être évalué de façon globale, et si oui, quel est ce montant?

- h) Les défendeurs sont-ils solidairement responsables des mesures réparatoires auxquelles peut donner lieu la conduite décrite dans l'exposé de la demande [modifié]?

Comme nous le verrons, nous sommes d'avis qu'il faut modifier les questions ressortissant à la responsabilité qui sont proposées afin d'éviter toute perte de temps imputable à de l'incertitude.

[108] Le juge saisi de la motion a conclu que les appelants n'avaient pas identifié de question commune susceptible d'étayer la certification après s'être reporté aux paragraphes 39 et 40 de l'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc.*, au paragraphe 18 de l'arrêt *Hollick* et aux paragraphes 29 et 39 de l'arrêt *Rumley*. Pour faciliter la compréhension du débat sur ce point, nous reproduisons les extraits susmentionnés de la « trilogie » :

- (a) L'arrêt *Western Canadian Shopping Centres Inc.*

Deuxièmement, il faut des questions de fait ou de droit communes à tous les membres du groupe. Les critères de communauté ont toujours été une source de confusion pour les tribunaux. Il faut aborder le sujet de la communauté en fonction de l'objet. La question sous-jacente est de savoir si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique. Une question ne sera donc « commune » que lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe. Il n'est pas essentiel que les membres du groupe soient dans une situation identique par rapport à la partie adverse. Il n'est pas nécessaire non plus que les questions communes prédominent sur les questions non communes ni que leur résolution règle les demandes de chaque membre du groupe. Les demandes des membres du groupe doivent toutefois partager un élément commun important afin de justifier le recours collectif. Pour décider si des questions communes motivent un recours collectif, le tribunal peut avoir à évaluer l'importance des questions communes par rapport aux questions individuelles. Dans ce cas, le tribunal doit se rappeler qu'il n'est pas toujours possible pour le

représentant de plaider les demandes de chaque membre du groupe avec un degré de spécificité équivalant à ce qui est exigé dans une poursuite individuelle.

Troisièmement, en ce qui concerne les questions communes, le succès d'un membre du groupe signifie nécessairement le succès de tous. Tous les membres du groupe doivent profiter du succès de l'action, quoique pas nécessairement dans la même mesure. Le recours collectif ne doit pas être autorisé quand des membres du groupe sont en conflit d'intérêts. [par. 39 à 40]

(b) L'arrêt *Hollick*

Une question plus difficile se pose, celle de savoir si « les demandes [...] des membres du groupe soulèvent des questions communes », comme l'exige l'al. 5(1)c) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. Dans *Western Canadian Shopping Centres*, je dis que la question sous-jacente est « de savoir si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique ». Par conséquent, une question n'est commune « que lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe » (par. 39). Par ailleurs, une question n'est « commune » au sens voulu que s'il s'agit d'un « élément [...] important » des demandes de chaque membre du groupe. [par. 18]

(c) L'arrêt *Rumley*

Il ne serait ni juste ni efficace de certifier une action en fonction de questions qui ne sont communes que si on les énonce en termes très généraux. Une telle action se diviserait inévitablement en instances individuelles. Le fait que la poursuite ait d'abord été certifiée en tant que recours collectif ne ferait que rendre l'instance moins juste et moins efficace. [par. 29]

Le dernier facteur consiste à déterminer « si l'administration du recours collectif créerait des difficultés plus grandes que celles qui surviendront vraisemblablement dans le cas où la réparation est sollicitée par d'autres moyens » : al. 4(2)e). À ce sujet, il est nécessaire de souligner la vulnérabilité particulière des demandeurs en l'espèce. Les membres du groupe sont sourds, aveugles ou

les deux. Le recours en justice est toujours un processus difficile, mais je suis convaincue qu'il sera extrêmement difficile pour les membres du groupe en l'espèce. Permettre que la poursuite prenne la forme d'un recours collectif peut contribuer à mitiger les difficultés des membres du groupe. Je suis donc entièrement d'accord avec la conclusion du juge Mackenzie selon laquelle [TRADUCTION] « [l]es barrières à la communication auxquelles les élèves faisaient face au moment des présumées agressions et auxquelles ils font face actuellement dans le processus judiciaire favorisent une procédure commune pour expliquer l'importance de ces barrières et recueillir des preuves pertinentes ». Il ajoute : « [l]e recours collectif devrait contribuer à combiner l'expertise requise pour aider les élèves à communiquer leur témoignage de façon efficace » (p. 9). [par. 39]

[109] En toute déférence, il est difficile, sinon impossible, de dégager de ces extraits une justification raisonnable à la conclusion selon laquelle le dossier ne révèle aucune « question commune ». Cela dit, les préoccupations qui ont pu influencer le juge saisi de la motion peuvent se résumer ainsi :

- (a) Les questions communes formulées par les appelants ne permettraient pas d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique. Il est évident que cette préoccupation a pesé dans la balance en raison de la compréhension étroite qu'avait le juge de ce qui devait fonder l'action engagée au nom de tous les membres du groupe proposé. Cette conception étroite de la nature de leurs demandes ressort du paragraphe 94 des motifs de jugement :

[TRADUCTION]

Chaque demandeur, dans les circonstances particulières de son cas, doit faire la preuve que le D<sup>f</sup> Menon a mal interprété son premier échantillon de tissus, c'est-à-dire qu'il n'a pas atteint la norme de diligence attendue d'un pathologiste raisonnable et prudent dans les circonstances, que son non-respect de la norme de diligence attendue de lui a entraîné le préjudice subi personnellement par le demandeur, et que le préjudice subi est indemnisable en droit. Tels sont les éléments essentiels pour prouver le bien-fondé d'une poursuite pour négligence.

- (b) Bien que les « questions communes » proposées soient énoncées en termes généraux, l'action se diviserait inévitablement en instances individuelles et la certification rendrait l'instance moins juste et moins efficace.
- (c) La résolution des questions communes n'est pas nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe proposé et les questions communes énoncées ne sont pas « communes » au sens voulu, savoir qu'elles ne constituent pas un élément important de ces demandes.

[110] Le juge saisi de la motion a commis une erreur en concluant que l'on n'avait pas satisfait aux conditions énoncées à l'al. 6(1)c) et les raisons qu'il a invoquées à l'appui de cette conclusion témoignent d'une appréciation erronée du dossier et de certaines erreurs de principe. Comme nous le verrons, certaines des préoccupations du juge du procès ressortissent à la question de savoir si le recours collectif est le meilleur moyen ou la meilleure procédure plutôt qu'à celle des « questions communes ».

[111] Les demandes formulées au nom de tous les membres du groupe proposé, qu'elles le soient en responsabilité délictuelle, pour rupture de contrat ou pour violation de devoirs fiduciaux, sont fondées, du moins en partie, sur des allégations selon lesquelles le D<sup>r</sup> Menon, à titre de chef du service de pathologie, de directeur du laboratoire clinique et de pathologiste en poste à l'hôpital, et l'Hôpital régional ont laissé le service et le laboratoire de pathologie fonctionner pendant bon nombre d'années sans les systèmes nécessaires pour qu'ils le fassent en toute sécurité (voir l'ouvrage intitulé *Legal Liabilities of Doctors and Hospitals in Canada*, à la p. 367, que la Cour a cité en marquant son approbation au par. 56 de l'arrêt *Comeau*). Ces systèmes auraient notamment consisté en des programmes d'assurance de la qualité et de contrôle de la qualité adéquats. On prétend que des défaillances systémiques ont permis que le travail non conforme effectué par le D<sup>r</sup> Menon passe inaperçu et ne fasse l'objet d'aucune mesure corrective pendant des années. Peu après que le problème a été connu, l'Hôpital régional a conclu qu'un examen du travail du D<sup>r</sup> Menon était indiqué. En temps utile, il a été décidé que tous les échantillons analysés afin de dépister un cancer ou des maladies

connexes pendant que le D<sup>r</sup> Menon avait exercé sa charge devaient être réexaminés. On prétend au nom de tous les membres du groupe proposé qu'en raison du fait qu'ils ont été informés que de nouvelles analyses étaient effectuées pour dépister un cancer ou des maladies connexes, ils ont éprouvé des souffrances morales suffisamment intenses pour être indemnisables en droit et ont dû faire des déboursés. Bien entendu, et comme nous l'avons mentionné, on prétend également dans l'exposé de la demande modifiée que l'hôpital a dissimulé des renseignements médicaux importants pendant une période d'une durée inique et que certains membres ont subi un préjudice corporel.

[112] Dans l'affaire *Rumley*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait approuvé la certification, une des questions communes étant ainsi formulée : « La défenderesse a-t-elle été négligente ou a-t-elle contrevenu à son obligation de fiduciaire en ne prenant pas des mesures raisonnables dans le fonctionnement ou la gestion de l'école pour protéger les élèves contre des fautes de nature sexuelle de la part d'employés, de mandataires ou d'autres élèves ? » (par. 21). Dans cette affaire, la demande reposait sur la négligence systémique : l'absence de procédures de gestion et de fonctionnement qui auraient vraisemblablement empêché les agressions. La juge en chef McLachlin, qui rendait jugement au nom de la Cour, a rejeté l'appel interjeté à l'encontre de la certification et a reconnu que « les membres du groupe ont un intérêt commun dans la question de savoir si l'appelante a contrevenu à une obligation de diligence. Aucun membre du groupe ne peut obtenir gain de cause dans les demandes fondées sur la négligence et la violation d'une obligation de fiduciaire sans démontrer l'existence d'une obligation et d'une violation. La résolution de ces questions est donc 'nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe' [...] » (par. 27). Chose importante, du moins pour les fins qui nous occupent, la Cour a rejeté la doléance selon laquelle la question de savoir si le comportement de l'école était en-deçà d'une norme acceptable était une question qui était « inévitablement de nature individuelle et [...] cette question n'[était] pas susceptible d'être résolue d'une façon générale qui [fût] applicable à tous les membres du groupe » (par. 28). La Cour suprême du Canada a estimé que les questions communes proposées se rapportaient à la négligence systémique, soit la négligence ne se rapportant pas à une victime en particulier, mais aux victimes en tant

que groupe et qu'il était possible de déterminer le caractère raisonnable des actes ou omissions de l'école indépendamment de la situation individuelle des membres du groupe (voir, également, la décision *M.C.C. c. Canada (Attorney General)*, [2003] O.J. No. 2698 (C. sup. Ont.) (QL), au par. 60, le juge Cullity).

[113] La même chose est vraie en l'espèce. Ainsi, la question de savoir si les intimés étaient tenus, à l'endroit du groupe proposé, d'obligations juridiques qui ont été violées en raison de la façon dont les intimés ont dirigé et fait fonctionner le service et le laboratoire de pathologie à l'Hôpital régional est une partie nécessaire et importante des demandes de chaque membre du groupe. Personne ne peut réussir à obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice subi en raison de la façon dont le service et le laboratoire ont fonctionné pendant la période du groupe sans établir l'existence de ces obligations ainsi que leur violation. La décision sur ces questions tranchera en fait une partie substantielle des demandes de chaque membre.

[114] Étant donné la façon dont l'action est formulée, il ne fait aucun doute à nos yeux que la détermination de la nature et de l'étendue des obligations juridiques des intimés et la résolution de la question de savoir si elles ont été violées contribueront pour beaucoup à ce qu'une décision soit rendue sur le fond. On ne saurait nier l'importance de la décision sur ces questions ressortissant à la responsabilité dans la résolution du litige sous-jacent. De même, il nous semble peu contestable que les questions communes se rapportant aux obligations juridiques des intimés et à leur violation, le cas échéant, sont loin d'être négligeables lorsque envisagées dans le contexte de l'instance dans son ensemble.

[115] Tout bien considéré, nous ne pouvons que qualifier le défaut du juge saisi de la motion de discerner les questions communes, au mieux, d'erreur de principe et au pire, de déraisonnable et de manifestement erroné. Quoiqu'il en soit, sa conclusion à cet égard ne peut être maintenue. Nous sommes d'avis que les conditions énoncées à l'al. 6(1)c) sont remplies.

(4) Le recours collectif est-il le meilleur moyen de régler le litige?

[116] Dans l'arrêt *AIC Limitée*, le juge Cromwell, qui rendait le jugement unanime de la Cour suprême du Canada, a énoncé, aux paragraphes 19 à 49, les principes qui s'appliquent aux fins de déterminer si le recours collectif est le meilleur moyen de régler le litige. Il reconnaît également, comme nous le reconnaissons aussi d'emblée, que la décision du juge saisi de la motion sur la question du meilleur moyen commande « une déférence spéciale parce qu'elle suppose l'appréciation et la mise en balance de plusieurs facteurs » (par. 65). Toutefois, comme l'explique le juge Cromwell, la déférence ne saurait mettre une décision sur cette question à l'abri d'une révision si elle est entachée d'erreurs de principe déterminantes.

[117] Le juge saisi de la motion a ainsi justifié sa conclusion selon laquelle le recours collectif n'était pas la « meilleure procédure » :

[TRADUCTION]

Il est question de ces deux notions, comme il en a été fait mention ci-dessus [aux par. 27 et 28 de *Hollick*], à l'al. 6(1)d) et au par. 6(2) de notre *Loi sur les recours collectifs*. Le juge d'appel Rosenberg, dans l'arrêt *Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, résume comme suit les principes applicables qui sont énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hollick* :

[TRADUCTION]

(1) La recherche du meilleur moyen devrait être effectuée du point de vue des trois principaux avantages des recours collectifs : l'économie des ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements.

(2) Il faut donner une interprétation large au « meilleur moyen », expression qui vise à exprimer deux idées : le recours collectif serait-il un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance? Le recours collectif serait-il préférable aux autres procédures que sont la jonction ou la réunion d'instances, la cause type ou tout autre moyen de régler le litige?

(3) On doit déterminer le meilleur moyen en examinant les questions communes en contexte, c'est-à-dire qu'il faut considérer l'importance des questions communes par rapport à l'ensemble des revendications.

Quand on applique ces principes à la présente instance, le recours collectif proposé ne satisfait pas à ces critères. Pour constituer la meilleure procédure, il doit être une procédure juste, efficace et pratique, préférable à toute autre méthode de règlement des demandes.

La question de la norme de diligence est primordiale pour le règlement du litige, et elle ne peut pas être tranchée au moyen d'un recours collectif, pour les motifs exposés ci-dessus. Du fait que le D<sup>f</sup> Menon est partie à l'affaire, la norme de diligence est propre à chaque patient, et la responsabilité doit être déterminée de façon individuelle. Après avoir déterminé la norme de diligence, on devrait ensuite déterminer pour chaque personne la causalité de fait et la causalité de droit (indirecte), et le montant des dommages-intérêts devrait ensuite être évalué, lui aussi, pour chaque personne.

Une grande quantité de travail à un procès sur les questions communes n'aurait aucune utilité pour un demandeur individuel et n'aurait guère d'avantages en fait d'économie des ressources judiciaires. Une procédure d'instance simplifiée régie par la règle 79, si le montant maximal prévu pour les instances simplifiées à la règle 80 est dépassé, serait la meilleure procédure. [par. 105 à 108]

[118] La proposition selon laquelle des instances individuelles simplifiées régies par la règle 79 ou des actions en petites créances [TRADUCTION] « sera[ient] la meilleure procédure » procède de deux erreurs d'appréciation intimement liées. La première est que l'exposé de la demande modifié ne révèle rien de plus que des demandes individuelles fondées sur une faute médicale banale relativement à chaque membre du groupe proposé. L'exposé de la demande modifié fait beaucoup plus que ça : il formule, au nom de tous les membres du groupe proposé, un plaidoyer de faute médicale en milieu hospitalier fondé sur des défaillances systémiques qui ont eu une incidence sur l'ensemble du groupe (au titre, par exemple, des déboursés ainsi que d'une souffrance

morale et d'une anxiété indemnifiables). La deuxième erreur d'appréciation est que le dossier ne révèle pas de questions communes, les demandes étant toutes individuelles et devant être tranchées sur la base de considérations qui ne transcendent pas la situation d'un demandeur donné. Comme nous nous sommes efforcés de le démontrer, c'est précisément la conclusion inverse qui est justifiée.

[119] À notre avis, le dossier révèle l'existence de « questions communes » au sens de l'al. 6(1)c). Cette conclusion ainsi que les principes énoncés dans l'arrêt *AIC Limitée* militaient fortement en faveur de la conclusion selon laquelle le recours collectif serait le meilleur moyen en l'espèce (voir, à ce propos, les commentaires du juge Cullity aux paragraphes 69 et 70 de la décision *M.C.C.* et ceux du juge d'appel Goudge aux paragraphes 76 et 77 de l'arrêt *Cloud*).

[120] En effet, la balance de la justice penche lourdement du côté de la reconnaissance du recours collectif comme meilleur moyen dès lors que les considérations énoncées aux al. 6(2)a), b), c), d) et e) sont prises en compte. Plus précisément, il ne fait aucun doute à nos yeux que l'instruction des questions communes dont nous avons constaté l'existence constituerait un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser les demandes formulées. L'analyse se rapportant aux questions communes permettrait d'approfondir les allégations d'inconduite de la part de l'Hôpital régional et du D<sup>r</sup> Menon qui ont été formulées, y compris les prétendus agissements concernant l'embauchage et la surveillance du médecin, ainsi que la direction, le fonctionnement et la supervision du service et du laboratoire de pathologie et la prestation des services de pathologie. Elle porterait également sur le bien-fondé et l'à-propos des mesures correctives prises par l'Hôpital régional. De même, l'analyse se pencherait sur ce que l'on attendait des membres du groupe en réaction aux avis de réanalyse des échantillons. Toutes ces questions peuvent être tranchées indépendamment des particularités de chaque membre du groupe. Par conséquent, l'instruction des questions communes isolées ci-dessus écarterait la nécessité d'établir la responsabilité plus d'une fois et nous sommes respectueusement d'avis que la résolution de ces questions communes contribuerait grandement à la juste résolution du litige sur le fond.

[121] Comme nous l'avons vu, un des éléments important des demandes de tous les membres du groupe proposé ressortit à la qualité des services fournis par le service et le laboratoire de pathologie, que le D<sup>r</sup> Menon dirigeait et supervisait, et plus précisément au défaut des défendeurs d'avoir adopté des politiques et pratiques qui auraient permis de se rendre compte plus tôt du travail que le D<sup>r</sup> Menon a accompli, prétend-on, avec incompetence et ce, d'une façon généralisée. Comme nous l'avons vu, la résolution de ces questions ne saurait être qualifiée d'anodine par rapport aux questions individuelles en litige et à la demande dans son ensemble. On se rappellera que dans l'affaire *Rumley*, la certification a été accordée et les questions communes ont été définies d'une manière semblable à celle que nous envisageons bien que, une fois les questions communes résolues, une décision sur les questions liées à la causalité et au préjudice subi puisse être nécessaire pour chaque membre. Les questions communes dont nous proposons qu'elles soient tranchées immédiatement « l'emportent [...] sur celles touchant seulement les membres individuels » (al. 6(2)a)). De plus, la résolution de ces questions communes contribuerait grandement, lorsque envisagées dans le contexte de l'instance dans son ensemble, à ce que « soit réglé de façon juste et efficace le litige » (al. 6(1)d) et par. 6(2)).

[122] Bien entendu, pour ce qui concerne l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice, il n'est pas nécessaire de recourir à la preuve pertinente pour constater que l'instruction, en une seule fois, des questions communes ressortissant à la responsabilité que nous avons identifiées contribuerait sensiblement à économiser les ressources judiciaires et que l'accès à la justice s'en trouverait facilité dans une mesure appréciable. On n'a qu'à songer à ce qu'il en coûte d'établir la responsabilité pour reconnaître qu'un membre du groupe proposé, quelles que puissent être ses ressources, répugnerait à assumer une aussi lourde charge dans le cadre d'une instance individuelle. À cet égard, une grande partie de ce que dit le juge Cromwell, aux paragraphes 50 à 65 de l'arrêt *AIC Limitée*, revêt une importance particulière pour les demandes formulées au nom de tous les membres du groupe proposé (au titre, par exemple, des déboursés). Pour les fins particulières qui nous occupent dans l'immédiat, il suffit de reproduire les parties clefs des paragraphes 50 à 52 :

En l'espèce, deux obstacles potentiels à l'accès à la justice se dressent. Le premier, d'ordre financier, est lié à la nature de la demande. Il s'agit d'un recours collectif portant sur de petites créances. Le juge saisi de la motion a estimé que le montant des demandes individuelles était trop modeste pour qu'un recours individuel soit viable (par. 62). Cet obstacle réside donc dans la non-viabilité des recours individuels. Dans un cas comme celui qui nous occupe, l'accès à la justice commande l'accès à une voie de droit susceptible de permettre l'indemnisation équitable – et possible sur le plan financier – des membres du groupe quant à leurs demandes pécuniaires individuelles, si elles sont établies. Le deuxième obstacle est lié au premier. La nature de la demande est telle qu'il n'existe peut-être pas d'autre moyen équitable de permettre aux membres du groupe d'exercer leurs droits et de mener au règlement des questions communes d'un groupe pouvant compter plus d'un million de membres. Ainsi, dans un tel cas, l'action en justice classique ne sert pas l'accès à la justice, ni du point de vue substantiel, ni du point de vue procédural.

Or, le recours collectif proposé élimine ces obstacles. Il permet à un groupe de faire valoir un ensemble de demandes individuelles qu'il serait autrement impossible pour des raisons d'ordre financier de soumettre aux tribunaux et il fournit aux membres du groupe une voie de droit équitable. Le recours collectif assure une ample protection de leurs droits par le truchement de certains mécanismes, dont le critère qui exige la nomination d'un représentant qui « représenterait de façon équitable et appropriée les intérêts du groupe », a préparé un plan efficace pour faire avancer l'instance au nom du groupe et n'a aucun conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe (*LRC*, al. 5(1)e).

Comme je l'ai déjà indiqué, il n'existe pas d'autre solution judiciaire réaliste en l'espèce. [...] [par. 50 à 52]

[123] Pour ce qui concerne l'objectif consistant dans la modification des comportements, nous estimons que la poursuite de l'action à titre de recours collectif pourrait fort bien avoir une incidence bénéfique sur la façon dont les professionnels du secteur de la santé sont engagés et sur la façon dont les laboratoires des hôpitaux sont dirigés et les services des laboratoires fournis, du moins dans notre province.

[124] Finalement, et soit dit en tout respect, nous ne saurions souscrire à la conclusion du juge saisi de la motion selon laquelle on n'a pas satisfait au critère du meilleur moyen ou de la meilleure procédure. Sa conclusion procède d'importantes erreurs d'appréciation du dossier et d'erreurs de principe. Elle ne peut être maintenue.

V. Conclusion et dispositif

[125] Les conditions énoncées dans la *Loi* aux fins de la certification d'une action à titre de recours collectif sont remplies et le juge saisi de la motion a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en rejetant la motion des appelants. L'appel est donc accueilli, avec dépens. Cette décision met particulièrement en évidence la nature de la réparation qu'il convient d'accorder à notre niveau. La question à débattre concerne la mesure dans laquelle notre Cour doit intervenir dans la détermination des conditions de l'ordonnance de certification.

[126] Après avoir mûrement réfléchi à ce propos, nous avons conclu que notre Cour devrait rendre une ordonnance de certification et non renvoyer toute l'affaire à la Cour du Banc de la Reine. Nous avons, au final, retenu cette démarche parce qu'à notre avis, il est dans l'intérêt supérieur de la justice que notre Cour contribue, dans la mesure où le permet son mandat en appel, au progrès du litige sous-jacent. Néanmoins, trois considérations nous ont incités à rendre une ordonnance qui diffère, à certains égards, de l'ordonnance demandée dans l'avis de motion modifié. En premier lieu, les conditions de l'ordonnance de notre Cour cherchent à refléter à la fois ce qui est contenu dans l'exposé de la demande modifié et dans la méthode proposée pour faire avancer le litige et ce qui en est omis. En deuxième lieu, il y a des questions que notre Cour est fondée à trancher et d'autres questions qu'elle ne peut pas ou ne doit pas trancher. En troisième lieu, sauf circonstances exceptionnelles, il vaut mieux laisser le soin de gérer les recours collectifs à la Division de première instance de la Cour du Banc de la Reine; celle-ci doit en effet avoir la possibilité d'acquiescer davantage d'expertise dans ce domaine important du droit. De plus, et chose plus importante encore, dans le cadre d'un recours collectif, il n'y a que

fort peu de choses, si tant est qu'il y en ait, qui ne peuvent faire l'objet d'un ajustement. La souplesse procédurale est essentielle pour qu'il puisse y avoir un réel accès à la justice.

[127] Plus précisément et pour les motifs exposés dans le texte qui précède, nous concluons que : (1) l'ordonnance de la Cour peut, à bon droit, préciser les conditions énumérées aux alinéas 10(1)*a*) (définition du groupe), 10(1)*b*) (nomination du représentant du groupe), 10(1)*c*) (énoncé de la nature des demandes), 10(1)*d*) (énoncé des mesures de redressement demandées) et 10(1)*e*) (énoncé des questions communes); (2) le groupe devrait être défini de la façon dont l'ont proposé les appelants à l'audience tenue en appel et suivant la formulation proposée ci-dessous; (3) les appelants devraient être nommés représentants du groupe; (4) certaines questions ressortissant à la responsabilité sont, à bon droit, désignées comme des questions communes qui doivent être tranchées avant que d'autres questions, y compris des questions ressortissant aux dommages-intérêts, le soient; et (5) il vaut mieux laisser à la Cour du Banc de la Reine le soin de se prononcer sur les autres conditions énoncées au par. 10(1).

[128] Aux termes de l'ordonnance de certification de la Cour :

(a) le « groupe » est composé des personnes suivantes :

- (i) les patients dont des échantillons de tissus ont fait l'objet d'analyses pathologiques visant à dépister le cancer ou des maladies connexes dont les résultats ont été transmis par le D<sup>r</sup> Rajgopal S. Menon à l'Hôpital régional, entre le 1<sup>er</sup> janvier 1995 et le 7 février 2007, et dont les échantillons de tissus ont été réanalysés par la suite sur l'initiative de l'Hôpital régional;
- (ii) les successions, enfants, parents et conjoints (au sens de la *Loi sur les accidents mortels*) des patients décédés;

(b) les appelants sont nommés représentants demandeurs pour le groupe;

- (c) la nature des demandes présentées au nom du groupe est décrite dans l'exposé de la demande modifié;
- (d) les mesures de redressement demandées par le groupe sont énoncées dans l'exposé de la demande modifié;
- (e) les questions communes sont les suivantes :
  - (i) les défendeurs ont-ils une obligation, en matière contractuelle ou délictuelle ou en tant que fiduciaires, de mettre en œuvre des mesures de protection convenables contre les défaillances systémiques décrites dans l'exposé de la demande modifié? Dans l'affirmative,
  - (ii) les défendeurs ont-ils violé cette obligation et, si oui, à quelle date? Et, notamment,
  - (iii) l'Hôpital régional a-t-il une obligation, en matière contractuelle ou délictuelle ou en tant que fiduciaire, de choisir un personnel médical compétent et de s'assurer de ses titres de compétence? Dans l'affirmative,
  - (iv) l'Hôpital régional a-t-il violé cette obligation et, si oui, à quelle date?
  - (v) le D<sup>r</sup> Menon avait-il une « obligation de compétence », telle qu'elle est définie dans l'exposé de la demande modifié, en matière contractuelle ou délictuelle ou en tant que fiduciaire? Dans l'affirmative,
  - (vi) le D<sup>r</sup> Menon a-t-il violé cette obligation et, si oui, à quelle date?

(vii) les défendeurs sont-ils solidairement responsables des mesures réparatoires sollicitées dans l'exposé de la demande modifié?

[129] On se rappellera que les demandeurs ont aussi demandé dans leur avis de motion modifié que les questions suivantes soient énoncées comme étant des questions communes : (1) Les défendeurs, ou l'un d'eux, sont-ils responsables, en matière délictuelle ou contractuelle ou pour violation de devoir fiduciaire, de dommages-intérêts pour souffrance morale? (2) Dans l'affirmative, les dommages-intérêts pour souffrance morale devraient-ils être évalués de façon globale, et si oui, quel est le montant total des dommages-intérêts pour souffrance morale? (3) Un montant de dommages-intérêts majorés est-il justifié, et dans l'affirmative, peut-il être évalué de façon globale, et si oui, quel est ce montant? Si nous avons conclu que ces questions devraient faire partie des questions communes à ce moment-ci, nous aurions légèrement modifié les questions communes proposées afin que les prétentions formulées au titre des déboursés soient examinées. Quoi qu'il en soit, et comme nous l'avons indiqué, il est préférable, à ce stade-ci, de séparer les questions ressortissant à la responsabilité qui sont définies ci-dessus des autres questions, y compris celles ressortissant aux dommages-intérêts. Notre crainte, pour le cas où toutes les questions seraient abordées simultanément, c'est que le litige pourrait s'enliser et peut-être même être frappé de paralysie.

[130] Une fois que les questions communes ressortissant à la responsabilité auront été tranchées, il se peut que l'instance prenne fin. Si elle ne prend pas fin, les parties pourront se concentrer plus clairement et plus facilement sur la détermination du préjudice indemnisable, des dommages-intérêts recouvrables et de leur quantum, s'il y a lieu.

[131] Cela dit, il existe une autre raison impérieuse de ne pas énoncer comme question commune la possibilité d'une ordonnance fixant le montant global des dommages-intérêts, du moins dans l'état actuel des choses. Cette raison est double.

[132] En premier lieu, on ne demande pas l'attribution d'un montant global de dommages-intérêts dans l'exposé de la demande modifié. La règle 27.06(10) est non

équivoque : lorsque dans une plaidoirie des mesures de redressement sont demandées, comme c'est le cas dans l'exposé de la demande modifié, la nature de ces mesures doit être spécifiée (voir l'arrêt *Succession de Michael Burke et 1021256 Ontario Inc. c. Royal & Sun Alliance du Canada, société d'assurance*, 2011 NBCA 98, 381 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 81, pour une application de cette règle fondamentale en matière de plaidoirie). Il n'y a rien dans l'exposé de la demande modifié qui précise qu'un montant global de dommages-intérêts fait partie des mesures de redressement demandées. De même, il n'y a rien dans cette plaidoirie qui donne à penser que son silence sur cette question est accidentel. Néanmoins, il est permis de soutenir qu'on pourrait passer outre à la nécessité de respecter la règle 27.06(10) si la méthode proposée pour faire avancer le litige traite d'une possible attribution d'un montant global de dommages-intérêts. Cette observation nous amène au deuxième volet de la raison pour laquelle il n'y a pas lieu d'énoncer cette question comme question commune à ce stade-ci.

[133] La méthode présentée par les appelants pour faire avancer le litige ne propose pas de méthode permettant de trancher une quelconque demande en vue de l'attribution d'un montant global de dommages-intérêts. Aucune proposition n'est formulée dans la méthode présentée pour faire avancer le litige en vue de l'évaluation raisonnée d'une indemnisation consistant en l'attribution d'un montant global de dommages-intérêts.

[134] Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire de décider si l'attribution d'un montant global de dommages-intérêts, au sens de l'art. 31 de la *Loi sur les recours collectifs*, serait même possible dans le cadre d'une action en dommages-intérêts découlant d'un préjudice corporel ou psychologique. Toute décision à cet égard devrait prendre en compte l'applicabilité de l'arrêt *Fulawka c. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, [2012] O.J. No. 2885 (QL), autorisation de pourvoi refusée [2012] C.S.C.R. n° 326 (QL), à notre législation bilingue en matière de recours collectifs.

[135] De plus, nous confirmons, même si cela n'est sans doute pas nécessaire, que les autres questions soulevées par l'avis de motion modifié doivent être tranchées par la Cour du Banc de la Reine et que celle-ci est pleinement autorisée, si cela est justifié, à

modifier l'ordonnance rendue aux présentes et à permettre que soient apportées aux plaidoiries et à la méthode présentée pour faire avancer le litige toutes les modifications qui peuvent être nécessaires dans l'intérêt de la justice. Comme nous l'avons dit dans nos remarques introductives, il n'y a que fort peu de choses, si tant est qu'il y en ait, qui ne peuvent faire l'objet d'un ajustement dans le cadre d'un recours collectif et la souplesse procédurale est essentielle pour qu'il puisse y avoir un réel accès à la justice.

[136] Finalement, nous condamnons chaque intimé à une masse de dépens de 12 500 \$, dont 10 000 \$ sont afférents à l'appel et payables sur-le-champ. Nous en sommes arrivés à ce moment global après avoir pris en considération le dossier, les actes accomplis au cours de l'instance, les mémoires ainsi que le degré de complexité et l'importance des questions soulevées et examinées. Le solde (2 500 \$) n'est pas exigible sur-le-champ, puisqu'il n'y a aucune raison de conclure que la motion en certification n'aurait pas dû être contestée (voir la règle 59.03(1)).

[137] Un dernier mot. Après que nous avons fait circuler une première version des présents motifs, notre collègue, le juge Robertson, a produit une opinion dissidente que nous avons attentivement examinée et prise en compte. En toute déférence, il n'y a rien dans cette opinion indéniablement réfléchie qui nous ait amenés à douter de la justesse des opinions exprimées dans le texte qui précède.

L'opinion dissidente du

JUGE JUGE ROBERTSON

I. Introduction

[138] Appliquant l'art. 6 de la *Loi sur les recours collectifs*, L.R.N.-B. 2011, ch. 125 (la *Loi*), le juge saisi de la motion a rejeté la demande de certification des appelants. Mes collègues ont conclu qu'il existe une erreur justifiant l'infirmité de sa décision. En toute déférence, j'arriverais à une conclusion différente et je rejetterais l'appel avec dépens.

[139] Très brièvement, le recours collectif envisagé est introduit au nom de 15 770 patients sur lesquels ont été pratiquées 23 080 biopsies qui ont fait l'objet d'un examen indépendant après que des préoccupations en matière de [TRADUCTION] « compétence » eurent été soulevées relativement à la prestation des services de pathologie à l'Hôpital régional de Miramichi. Initialement, les préoccupations avaient trait aux erreurs de diagnostic commises par le D<sup>r</sup> Menon qui, pendant près de dix ans, avait également occupé le poste de chef du service de pathologie de l'Hôpital. L'examen indépendant portait sur les rapports de pathologie qu'il avait rédigés de 1995 à 2007. Bien que des milliers de [TRADUCTION] « changements partiels » et des centaines de [TRADUCTION] « changements complets » aient été apportés aux rapports de biopsie du D<sup>r</sup> Menon, l'examen indépendant n'avait constaté que 101 patients pour lesquels il y avait eu un diagnostic erroné se rapportant au cancer. Dans dix de ces cas, on était passé d'un diagnostic de [TRADUCTION] « malin » à [TRADUCTION] « bénin ».

[140] Avant de rendre publiques les conclusions de l'examen effectué par un groupe indépendant de pathologistes, le gouvernement a pris un décret en conseil mettant sur pied une Commission d'enquête dont le mandat était d'étudier la prestation des services de pathologie pendant la période où le D<sup>r</sup> Menon travaillait à l'Hôpital. Les conclusions de la Commission restent une source d'embarras pour l'un comme pour

l'autre. Ces conclusions ont également servi d'interface aux appelants pour structurer les plaidoiries et les arguments juridiques qui ont mené au présent appel.

[141] Le recours collectif est intenté dans le but de recouvrer des dommages-intérêts pour les patients ayant des [TRADUCTION] « demandes modestes » au titre de la souffrance morale qu'ils ont subie en apprenant l'existence d'un examen indépendant, mais qui ont ensuite été informés qu'il n'y avait pas eu d'erreur de diagnostic dans leur cas. La presque totalité des 15 770 patients appartient à cette catégorie. Selon la méthode que les appelants ont proposée pour faire progresser le litige, l'indemnisation ne doit pas dépasser 12 500 \$ par personne, la somme maximale prescrite par la *Loi sur les petites créances*, L.N.-B. 2012, ch. 15. Pour les patients qui ont été avisés que leur rapport initial ferait l'objet de changements partiels ou complets, le montant revendiqué serait plus élevé, sans pour autant excéder la limite légale. En résumé, les appelants veulent obtenir jusqu'à 197 millions de dollars de dommages-intérêts au titre de la souffrance morale pour les patients qui n'ont pas reçu de diagnostics erronés. Il faut ajouter à ces nombres les demandes fondées sur la souffrance morale présentées par les personnes qui ont subi un grave préjudice à la personne en raison d'un diagnostic erroné. Les appelants estiment que ce groupe compte [TRADUCTION] « plusieurs dizaines » de patients. Bien entendu, des dommages-intérêts supplémentaires au titre des lésions corporelles sont revendiqués pour les membres de ce groupe restreint.

[142] La question fondamentale consiste à déterminer si les plaidoiries des appelants révèlent une cause d'action. Le critère juridique préliminaire est peu exigeant : [TRADUCTION] « la demande ne pourrait manifestement pas être accueillie ». Les appelants, en leur qualité de représentants demandeurs, qualifient le recours collectif de recours mettant en jeu [TRADUCTION] « [une] faute médicale en milieu hospitalier » et une [TRADUCTION] « violation systémique » d'une obligation de diligence reposant sur la notion de [TRADUCTION] « compétence ». Ce dernier terme est à son tour défini comme imposant aux médecins une obligation d'être compétents, d'une part, et une obligation correspondante aux hôpitaux de ne recruter et garder à leur service que les médecins qui satisfont à ce critère, d'autre part. Il ne fait aucun doute que l'obligation de

diligence invoquée est inédite. Toutefois, à l'instar du juge saisi de la motion, je la trouve aussi trop inédite. En effet, le droit n'a pas atteint un stade tel qu'il est soutenable que les médecins aient envers leurs patients une obligation de compétence telle qu'un manquement à cette obligation donnerait naissance à une responsabilité sans qu'il soit nécessaire de prouver la négligence. Corrélativement, les hôpitaux n'ont pas envers leurs patients une obligation correspondante d'engager et de retenir des médecins compétents, à défaut de quoi leur responsabilité envers le patient serait directement engagée sans nécessité de prouver la négligence du médecin.

[143] Il est également évident que l'action contractuelle pour souffrance morale fondée sur l'arrêt que la Cour suprême a rendu dans *Fidler c. Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie*, 2006 CSC 30, [2006] 2 R.C.S. 3, ne peut être accueillie. Dans l'arrêt *Fidler*, il y avait un contrat de consommation exprès en matière d'assurance prévoyant le versement de prestations d'invalidité de longue durée et assorti de ce qui équivaut à une clause implicite de protection contre la souffrance morale. L'application de cette clause implicite avait été déclenchée après que l'assureur eut refusé à tort de verser les prestations prévues pendant cinq ans. Dans la présente instance, les appelants plaident l'existence d'un contrat implicite assorti d'une clause implicite qui, dans un cas comme dans l'autre, sont façonnés pour s'adapter aux arguments des appelants. Si l'on accepte la possibilité que les relations entre l'hôpital et ses patients et entre un médecin et ses patients puissent atteindre le niveau contractuel, ce n'est pas le cas en l'espèce. Si l'on s'en remet au cadre énoncé dans l'arrêt *Fidler* et dans la jurisprudence ultérieure, il est exagéré de soutenir que le droit soit prêt à évoluer et à reconnaître l'existence, en milieu hospitalier, d'un contrat implicite assorti d'une clause implicite de protection contre la souffrance morale. Autrement, tous les patients qui passent de nombreuses heures dans la salle d'urgence de leur hôpital à attendre qu'on leur prodigue des soins médicaux pourraient alors soutenir qu'ils ont droit à des dommages-intérêts en matière contractuelle. Bref, et en toute déférence, les hôpitaux et les médecins ne sont pas liés par des contrats implicites visant à assurer [TRADUCTION] « la tranquillité d'esprit ».

[144] Il existe une raison évidente pour laquelle les appelants ont fondé leur action sur la responsabilité contractuelle. Dans une action en responsabilité délictuelle, en

effet, la condition préalable à laquelle il faut satisfaire pour recouvrer des dommages-intérêts pour souffrance morale est élevée lorsque le demandeur n'a pas également subi de lésions corporelles. La Cour suprême parle d'un préjudice psychologique « grave et de longue durée » et précise qu'il ne doit pas s'agir simplement des angoisses et des craintes ordinaires que toute personne vivant en société doit régulièrement accepter, fût-ce à contrecœur. La Cour d'appel de l'Ontario a traduit cette condition préalable en une obligation de fournir une preuve d'un trouble psychiatrique reconnu (une proposition qui est compatible avec les droits anglais et australien). Les appelants ont invoqué l'existence d'un contrat implicite renfermant une protection contre la souffrance morale en partant de l'hypothèse que le critère préliminaire est moins exigeant en matière contractuelle qu'en matière délictuelle. Cette hypothèse est importante en ce sens que si une ordonnance de certification est rendue, la jurisprudence de l'Ontario donne à penser que la présente action ne pourra pas survivre à une motion en jugement sommaire. Il en sera ainsi tant que le recours collectif sera fondé sur la responsabilité délictuelle et que les affidavits déposés par les représentants demandeurs resteront inchangés. Cependant, ce qui est important aux fins de statuer sur le présent appel, c'est la réalisation que l'hypothèse en question souffre d'un vice fatal. Comme on pouvait s'y attendre, le droit de la responsabilité délictuelle et le droit contractuel imposent tous les deux un critère préliminaire élevé en matière de recouvrement de dommages-intérêts au titre de la souffrance morale.

[145] Le fait que les appelants ont choisi de ne pas tenter leur recours collectif en se fondant sur l'existence d'une négligence « institutionnelle » ou « systémique » du type qui a été décrit dans l'arrêt *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184, a son importance. C'est ce que confirme l'examen des « questions communes » précisées dans le cadre de la motion en certification et des observations des appelants devant les deux tribunaux. Or, il n'appartient certainement pas à notre Cour de modifier la façon dont une partie a présenté sa cause. Ce sont les appelants qui, en connaissance de cause, ont ciblé l'obligation de compétence des médecins et, par exemple, les [TRADUCTION] « taux d'erreurs » du médecin comme preuve de son incompétence. De fait, s'il s'agissait en l'espèce de négligence systémique comme celle

de l'affaire *Rumley*, il n'aurait aucunement été nécessaire de s'étendre sur le « caractère inédit » et unificateur de la cause d'action. La raison qui a poussé les appelants à structurer leur recours collectif comme ils l'ont fait n'est pas difficile à cerner. Leurs plaidoiries et leurs arguments concordent avec les conclusions de la Commission d'enquête. Il va de soi que les intimés réitèrent leurs objections à l'utilisation que les appelants ont faite du rapport de la Commission. [La question est traitée plus loin.]

[146] Même s'il était conclu que les plaidoiries révèlent une cause d'action, on ne m'a pas convaincu que le juge saisi de la motion a commis une erreur en refusant la certification. Cela est dû aux critères supplémentaires qui sont énoncés dans la *Loi*. En particulier, il est impossible de passer outre aux conclusions que le juge saisi de la motion a tirées relativement aux exigences en matière de « communauté » et de « meilleure procédure ». J'arrive à la même conclusion de la manière suivante.

[147] La décision de rejeter l'appel est d'autant plus difficile à rendre lorsqu'elle vise des patients qui ont été victimes d'erreurs de diagnostic et ont subi de graves préjudices à la personne. Le recours collectif envisagé promeut-il raisonnablement leurs intérêts? À mes yeux, ce n'est pas le cas. Il est généralement accepté que les recours collectifs sont peu adaptés aux allégations de faute médicale, à plus forte raison lorsque la poursuite pour négligence est fondée sur des erreurs de diagnostic. Nous ne sommes pas en présence d'un recours collectif dans lequel un hôpital et un médecin sont par exemple poursuivis en justice parce que ce dernier a pratiqué une intervention chirurgicale désuète. Au demeurant, rien ne saurait remplacer l'obligation d'établir la responsabilité du médecin en se fondant sur les principes classiques qui régissent le droit de la négligence et, en particulier, ceux qui ont trait au lien de causalité. Les appelants se sont plutôt contentés de faire valoir que le D<sup>r</sup> Menon avait, envers ses patients, l'obligation de « maintenir ses compétences » et qu'il a manqué à cette obligation. L'omission de plaider que le D<sup>r</sup> Menon s'est rendu coupable de négligence au sens classique en raison d'erreurs de diagnostic signifie que les actions intentées pour lésions corporelles sont vouées à l'échec dès le départ. On arriverait à la même conclusion si la poursuite était fondée sur l'allégation de négligence systémique. Si tel est le cas, ce groupe de patients ne peut

obtenir réparation que pour les préjudices psychologiques subis, une réparation dont le montant pourrait néanmoins dépasser 12 500 \$. Quoi qu'il en soit, à mon humble avis, le recours collectif ne donne pas un réel accès à la justice à ce petit groupe de patients.

[148] Pour ce qui est des patients dont les demandes sont modestes, leur préoccupation est assurément d'obtenir que les résidents de la région de Miramichi aient accès à des soins médicaux appropriés, et non de se voir octroyer des dommages-intérêts symboliques. Il y a également un problème d'ordre pratique. Le recours collectif deviendra ingérable si les demandeurs obtiennent gain de cause à l'issue de l'instruction des questions communes. En effet, il faudrait éventuellement évaluer les dommages-intérêts auxquels ont droit chacun des 15 770 éventuels demandeurs dans une ville qui compte 18 000 habitants et un nombre relativement limité de médecins, de psychologues et d'adjudicateurs de la Cour des petites créances. C'est la raison pour laquelle les appelants ont cherché avec détermination à obtenir la certification de « dommages-intérêts globaux » comme question commune (des dommages-intérêts fixés à un montant global calculé sans qu'il soit nécessaire que chaque membre du groupe présente une preuve de sa situation particulière). La réponse simple est que l'état du droit est tel qu'il n'est plus permis de procéder à des évaluations globales relativement à des demandes de dommages-intérêts au titre de lésions corporelles ou de préjudices psychologiques. C'est le cas indépendamment de l'interprétation qui a été faite de l'al. 31(1)c) de la *Loi* et de la décision qui a été rendue dans l'arrêt *Fulawka c. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, [2012] O.J. No. 2885 (QL), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [2012] C.S.C.R. n° 326.

[149] Certes, un recours collectif a pour but d'entraîner une [TRADUCTION] « modification du comportement » chez les personnes qui se sont mal conduites et auraient continué à le faire si un recours collectif n'avait pas été intenté. Toutefois, dans la présente instance, on peut légitimement se demander si les objectifs de dissuasion et de réforme ont perdu leur force de persuasion lorsque le gouvernement a décidé de mettre sur pied la Commission d'enquête et de rendre publiques les transgressions d'une administration hospitalière. S'il l'on répond par l'affirmative, l'ordonnance de

certification est alors, au mieux, de nature punitive. Au pire, et avec le plus grand respect, il s'agit d'une autorisation temporaire de négocier un règlement.

[150] Il ne fait aucun doute que la jurisprudence de la Cour suprême a pour but de promouvoir les objectifs que sont l'économie des ressources judiciaires, l'accès à la justice et la dissuasion de comportements fautifs. Les trois arrêts-clés de la Cour encadrent toujours l'approche philosophique en matière de recours collectif : *Rumley*; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; et *Western Canadian Shopping Centres c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534. Dans cette perspective, nous savons que le critère en matière de certification est [TRADUCTION] « peu exigeant ». Toutefois, il doit sûrement arriver un moment où les tribunaux saisis d'une motion doivent tout faire pour ne pas être considérés comme de simple acteurs investis d'un pouvoir judiciaire auxquels on peut s'adresser pour obtenir des autorisations provisoires et exclusives permettant à des représentants demandeurs de négocier dans la province le règlement de demandes reposant sur un fondement précaire.

[151] Je reconnais que le droit a résisté à la tentation d'imposer des limites précises quant aux types de prétentions juridiques qui peuvent donner lieu à des recours collectifs. Toutefois, il est peut-être temps d'imposer des limites dans les litiges délictuels de masse mettant en cause des allégations de faute médicale dans des circonstances où les demandeurs n'ont pas subi de lésions corporelles et ne sollicitent que des dommages-intérêts pour souffrance morale. Autrement, on peut à bon droit se demander si la promotion des objets de la *Loi* ne se fait pas au détriment des intérêts et des attentes légitimes de personnes qui sont perçues comme des défendeurs à la bourse bien garnie (voir l'ouvrage de McCarthy Tétrault, *Defending Class Actions in Canada*, 3<sup>e</sup> éd.) (Toronto : CCH Canadian Ltd., 2011) à la p. 16, et l'article de R. Kozel et D. Rosenberg intitulé « Solving The Nuisance-Value Settlement Problem: Mandatory Summary Judgment » (2004) 90 Va. L. Rev. 1849).

## II. Le contexte

[152] L'intimée, la Régie régionale de la santé 7, était responsable de la prestation des services de santé offerts par l'Hôpital régional de Miramichi (ci-après appelé l'« hôpital »). L'hôpital a ouvert ses portes en décembre 1995, soit le mois où l'intimé, le D<sup>f</sup> Menon, a pris ses fonctions de chef du service de pathologie, poste qu'il a occupé jusqu'à sa destitution en avril 2004. Cette destitution a été précipitée par des préoccupations devant l'insuffisance de [TRADUCTION] « l'assurance de la qualité » dans la prestation des services de pathologie à l'hôpital et les conflits qui opposaient constamment le D<sup>f</sup> Menon aux administrateurs de l'hôpital et aux autres pathologistes. À compter du mois de février 1997, plusieurs collègues se sont plaints à l'interne des délais excessifs de communication des résultats ainsi que de l'insuffisance du contrôle de la qualité dans le laboratoire du D<sup>f</sup> Menon. En décembre 2006 et en janvier 2007, trois cas d'erreur de diagnostic de la part du D<sup>f</sup> Menon ont été constatés. Le 29 janvier 2007, l'un des cadres supérieurs de l'hôpital a déposé une plainte contre le D<sup>f</sup> Menon auprès du Collège des médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick. Il y était allégué que le D<sup>f</sup> Menon constituait une source de risque pour le public.

[153] Le 6 février 2007, le Collège a suspendu le permis d'exercice de la médecine du D<sup>f</sup> Menon (il a été rétabli depuis lors, sous réserve de certaines conditions). Immédiatement après, l'hôpital a résilié son contrat de travail. Le Collège a ensuite retenu les services de deux pathologistes pour procéder à un examen externe du travail du D<sup>f</sup> Menon. Un rapport a été déposé le 9 mai 2007. L'hôpital a ensuite demandé à l'une des pathologistes indépendants (la D<sup>re</sup> Henderson) d'effectuer un examen supplémentaire mais limité du travail du D<sup>f</sup> Menon. Cet examen a soulevé de sérieuses préoccupations au sujet du [TRADUCTION] « taux d'erreur » du D<sup>f</sup> Menon en ce qui concerne les biopsies du sein et de la prostate. La D<sup>re</sup> Henderson a examiné 226 cas et constaté ce qui suit : [TRADUCTION] « Sur l'ensemble de ces cas, 18 % présentaient une divergence suffisamment significative sur le plan clinique pour justifier un addendum au rapport d'analyse et 6 % étaient des diagnostics de cancer alors que le rapport de biopsie initial indiquait une absence de malignité ». Les résultats de l'examen effectué par la

D<sup>re</sup> Henderson ont été présentés dans un rapport daté du 17 avril 2008. À la suite de cet examen, l'hôpital a retenu les services d'un laboratoire ontarien pour examiner tout le travail du D<sup>r</sup> Menon en [TRADUCTION] « pathologie chirurgicale » de 1995 à 2007. Comme je l'ai indiqué plus haut, l'examen couvrait 15 770 patients et 23 080 biopsies.

[154] Le 22 février 2008, avant que cet examen externe ne soit terminé, le gouvernement du Nouveau-Brunswick a pris un décret en conseil établissant une « Commission d'enquête sur les services de pathologie à la Régie régionale de la santé de Miramichi ». Le 22 juillet 2008, les appelants ont intenté leur poursuite contre la Régie régionale de santé. Le Commissaire a rendu son rapport public le 10 décembre 2008. Armés de ses observations et de ses conclusions, les appelants ont modifié leur exposé de la demande le 7 octobre 2009. Le D<sup>r</sup> Menon a été joint comme défendeur. La responsabilité de l'hôpital a alors été reformulée comme étant à la fois [TRADUCTION] « directe » et [TRADUCTION] « du fait d'autrui ».

[155] L'action sous-jacente a été introduite au nom des 15 770 patients qui avaient été avisés que leurs biopsies allaient être [TRADUCTION] « réexaminées » en raison de préoccupations légitimes au sujet de la prestation des services de pathologie à l'Hôpital régional de Miramichi. L'examen indépendant du travail effectué par le D<sup>r</sup> Menon de 1995 à 2007 a porté sur 23 080 échantillons prélevés sur ces 15 770 patients. Cet examen a réparti chacun des 23 080 échantillons dans l'une des trois catégories suivantes : (1) [TRADUCTION] « aucun changement »; (2) [TRADUCTION] « changement partiel »; (3) [TRADUCTION] « changement complet ». La troisième catégorie a elle-même été sous-divisée en fonction du fait que le cancer avait été dépisté ou non. Sur les 23 080 échantillons, 5 267 ont donné lieu à des modifications des rapports de pathologie originaux. Les conclusions ont été complètement changées dans 370 de ces 5 267 cas; dans 101 cas où on n'avait pas diagnostiqué de cancer, le nouveau diagnostic a été positif, et dans 10 cas, le diagnostic est passé de positif à négatif.

[156] Je fais une pause pour traiter de deux questions accessoires. Premièrement, les appelants se sont élevés contre les chiffres que le juge saisi de la motion avait cités

dans ses motifs en en contestant la source. Or, il se trouve que ces chiffres se trouvent dans un communiqué de presse du gouvernement daté du 11 décembre 2008. Il reste que l'objection semble sans fondement. Ce sont les appelants qui ont introduit cet élément de preuve dans le dossier (quatrième affidavit supplémentaire de Michael Dull daté du 15 février 2011).

[157] La deuxième question est liée au fait qu'il n'y a rien dans le dossier, plaidoiries comprises, qui indique si le fait d'apporter un changement « partiel » ou « complet » au rapport de biopsie original a eu des répercussions sur la santé physique ou le plan de traitement d'un patient. De fait, on a toujours mis l'accent sur deux termes voisins : [TRADUCTION] « cancer » et [TRADUCTION] « diagnostic erroné ». Les appelants ont effectivement défini le « groupe » envisagé de demandeurs en indiquant qu'il s'agissait des patients dont des échantillons de tissus avaient fait l'objet d'exams médicaux visant à dépister le cancer ou des maladies connexes. On s'est plus particulièrement intéressé aux patients qui avaient reçu un diagnostic erroné et à ceux pour lesquels il n'y avait pas eu d'erreur. Il semble donc que les appelants font valoir que les patients qui ont été informés qu'un changement partiel ou complet avait été apporté à leur rapport de biopsie original ont subi un plus grand stress, et ont droit à des dommages-intérêts plus élevés, que ceux dont les rapports n'ont pas été modifiés du tout.

[158] Il y a trois représentants demandeurs. M. Gay a subi en 2004 une biopsie de l'avant-bras gauche en raison de la cicatrisation et de la décoloration dans la région d'une greffe de peau. Le D<sup>f</sup> Menon a examiné l'échantillon. L'examen indépendant effectué par la suite en 2008 n'a entraîné aucun changement dans le rapport de pathologie original. M. Gay a été avisé par son médecin de famille que sa biopsie était en voie d'être réexaminée, et il a ensuite été informé des résultats. M<sup>me</sup> Doyle a été informée par son médecin qu'une biopsie effectuée lors d'une opération en 1998 était en voie d'être réexaminée. Aucun changement de diagnostic n'a été apporté au rapport de pathologie original par suite du réexamen des échantillons (« négatif »). Le troisième demandeur, M. Wilson, a subi des prélèvements aux fins d'une biopsie en 2004 et 2005. Dans son rapport, le D<sup>f</sup> Menon a déclaré que ni l'un ni l'autre des échantillons ne montraient de

trace de cancer. Une troisième biopsie a été effectuée en 2007 par un autre pathologiste. Cette fois-ci, le résultat a révélé la présence d'un cancer. M. Wilson a immédiatement entrepris des traitements. Il avait terminé ces traitements lorsqu'il a été informé que les diagnostics qu'il avait reçus en 2004 et 2005 étaient erronés.

[159] Les appelants réclament tous les trois des dommages-intérêts pour souffrance morale parce qu'ils ont appris que leurs échantillons prélevés aux fins d'une biopsie faisaient l'objet d'un réexamen. Cependant, dans leurs affidavits respectifs, ni M. Gay, ni M<sup>me</sup> Doyle ne prétendent qu'ils ont fait une dépression ou reçu un diagnostic de dépression, qu'ils ont été traités par un psychiatre ou un psychologue ou que des médicaments leur ont été prescrits pour des problèmes liés à l'examen indépendant. L'affidavit de M. Wilson n'indique pas qu'il a été traité en raison du stress ou de l'anxiété qu'il a subi par suite de l'erreur de diagnostic ou de l'annonce que ses échantillons faisaient l'objet d'un réexamen.

[160] Après avoir examiné chacun des critères énoncés à l'art. 6 de la *Loi sur les recours collectifs*, le juge saisi de la motion a rejeté la demande de certification au motif que les appelants n'avaient pas réussi à établir l'existence d'un groupe identifiable, à définir des questions communes pratiques et gérables ni à établir qu'un recours collectif serait la meilleure procédure. Cette décision est publiée à 2012 NBBR 88, 389 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 150. Plutôt que d'énoncer les motifs qui sous-tendent chacune des conclusions du juge saisi de la motion, l'analyse qui suit porte sur les critères légaux pertinents, les conclusions pertinentes du juge saisi de la motion, s'il y a lieu, et les arguments invoqués en appel.

### III. Cause d'action – Alinéa 6(1)a)

[161] L'alinéa 6(1)a) de la *Loi* prévoit qu'une ordonnance de certification ne peut être accordée que si les plaidoiries révèlent une cause d'action. Bien que le juge saisi de la motion soit arrivé à cette conclusion, il a ensuite tiré, relativement aux « questions communes », des conclusions qui contredisaient effectivement sa décision antérieure (selon laquelle il n'y a pas d'obligation de compétence). En réponse à cette apparente

contradiction, les parties ont de nouveau présenté leurs arguments sur la question en appel. Il nous appartient donc de décider si les plaidoiries révèlent une cause d'action.

[162] Le paragraphe 24 de la « méthode proposée pour faire avancer le litige » des appelants nous informe que le recours collectif a pour objet d'indemniser deux groupes selon le montant de la réparation. Premièrement, il y a ceux dont les réclamations ne dépassent pas les limites fixées par la règle 80 des *Règles de procédure* aujourd'hui abrogée. Auparavant plafonné à 30 000 \$, le maximum prévu par la nouvelle *Loi sur les petites créances*, L.N.-B. 2012, ch. 15, est de 12 500 \$. On nous dit que le premier groupe est composé des patients qui ont présenté des « demandes modestes » au titre des [TRADUCTION] « souffrances morales ou psychologiques » qu'ils ont subies en apprenant l'existence d'un examen indépendant et en raison de l'incertitude entourant les résultats de cet examen. Ces patients sont loin d'avoir subi quoi que ce soit qui approche un grave préjudice à la personne, sans doute parce qu'ils n'ont pas été victimes d'une erreur de diagnostic ou n'ont donc pas dû subir d'autres traitements. Selon le dossier d'appel, la plupart des 15 770 patients appartiennent à cette catégorie. Le deuxième groupe est formé des patients qui ont eu de [TRADUCTION] « graves problèmes de santé provoqués par des erreurs de diagnostic ». Le montant de ces demandes excède le plafond des petites créances. De leur propre aveu, les appelants estiment que [TRADUCTION] « plusieurs dizaines » de patients veulent introduire une demande en responsabilité délictuelle au titre d'un grave préjudice à la personne. Il va de soi que les personnes qui ont reçu un diagnostic erroné quant à l'existence d'un cancer appartiennent à ce groupe.

[163] En ce qui concerne les demandes modestes au titre de la souffrance morale, les appelants sollicitent un maximum de 12 500 \$ en vertu de la *Loi sur les petites créances*. Les demandes de dommages-intérêts pour souffrance morale présentées par les personnes qui ont subi de graves lésions corporelles sont plus compliquées. Dans ces cas, le patient a en effet vécu un stress entre le moment où il a été informé du réexamen et la date à laquelle il a appris qu'il avait reçu un diagnostic erroné. Il faut ajouter à cela le stress qu'il a manifestement dû éprouver par la suite. Pour rendre les

choses encore plus compliquées, le cadre juridique qui sert à analyser les réclamations pour stress est différent selon que la négligence donne lieu ou non à une lésion corporelle. Les appelants affirment en outre que les dommages-intérêts devraient être calculés de façon globale (sous forme de montant forfaitaire global, sans qu'il soit nécessaire que chaque membre du groupe présente une preuve de sa situation particulière).

[164] La première question qui se pose est celle de déterminer si les plaidoiries révèlent une cause d'action. Il s'agit de la première des cinq exigences énoncées au paragraphe 6(1) de la *Loi*. Le critère établi consiste à se demander si « la demande ne pourrait manifestement pas être accueillie » : *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, au par. 63.

[165] À un moment donné, il était considéré en droit qu'en l'absence de lésions corporelles, il était impossible d'octroyer des dommages-intérêts pour souffrance morale [TRADUCTION] « en raison du caractère trop éloigné du préjudice ». Ce n'est plus le cas. Il est possible d'accorder des dommages-intérêts pour souffrance morale en vertu des principes soit du droit de la responsabilité délictuelle, soit du droit contractuel. Le droit de la responsabilité délictuelle reconnaît une cause d'action pour [TRADUCTION] « souffrance morale infligée par négligence ». Un demandeur peut être indemnisé s'il est en mesure de démontrer « qu'il était prévisible qu'une personne dotée d'une résilience ordinaire subirait un préjudice grave » (voir l'arrêt *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, au par. 18). Le demandeur doit également prouver que la souffrance morale qu'il a subie satisfait à un critère préliminaire élevé. Au nom de la Cour, la juge en chef McLachlin a déclaré : « Je n'entends pas donner ici une définition exhaustive de ce qu'est un préjudice indemnisable, mais seulement dire que [le préjudice psychologique] doit être grave et de longue durée, et qu'il ne doit pas s'agir simplement des désagréments, angoisses et craintes ordinaires que toute personne vivant en société doit régulièrement accepter, fût-ce à contrecœur » (par. 9). Voilà l'état du droit dans les cas où les souffrances subies par le demandeur ne découlent pas de lésions corporelles attribuables à la conduite du défendeur. Le droit reconnaît aussi l'octroi de dommages-intérêts pour souffrances morales lorsque le contrat conclu par les parties a

pour objet la « tranquillité d'esprit », c'est-à-dire [TRADUCTION] « la protection contre les souffrances morales ». La décision clef en la matière est l'arrêt *Fidler*.

[166] Comme je l'ai indiqué d'emblée, les appelants, en leur capacité de représentants demandeurs, qualifient le recours collectif envisagé de recours mettant en jeu une [TRADUCTION] « faute médicale en milieu hospitalier » et une [TRADUCTION] « violation systémique » d'une obligation de diligence reposant sur la notion de « compétence » (voir le par. 44 du mémoire des appelants). Selon les appelants, on entend par « compétence » l'obligation imposée aux médecins de maintenir leur compétence et l'obligation correspondante qu'ont les hôpitaux de n'engager et de ne garder à leur service que les médecins qui répondent à ce critère. Il est évident que la cause d'action unificatrice et la norme de diligence invoquées ont un [TRADUCTION] « caractère inédit ». Selon moi, elles sont également insoutenables. Il existe en effet une distinction cruciale entre l'incompétence professionnelle et la négligence professionnelle. La compétence est une notion réglementaire utilisée par les organismes de réglementation professionnelle, et non un critère ou une norme juridique d'évaluation de la responsabilité. En revanche, la norme de diligence que l'on attend de tout professionnel est un principe élémentaire en droit : [TRADUCTION] « faire preuve de ce degré de prudence et de compétence que l'on peut raisonnablement attendre d'un praticien ordinaire et prudent ayant la même expérience et réputation » (voir *Crits and Crits c. Sylvester et al.*, [1956] O.J. No. 526 (C.A.) (QL), conf. [1956] R.C.S. 991, [1956] A.C.S. n° 71 (QL)).

[167] Je suis d'accord avec le juge saisi de la motion : le droit de la négligence n'impose aucune obligation de compétence aux médecins ou aux professionnels, quels qu'ils soient. Le droit n'impose pas non plus aux hôpitaux l'obligation de recruter un personnel médical compétent de sorte que le manquement à cette obligation engage directement leur responsabilité dans une action en dommages-intérêts. De plus, il importe peu que l'action soit fondée sur la négligence, la rupture de contrat ou le manquement à un devoir fiduciaire. La compétence professionnelle est une question qui relève de l'organisme de réglementation approprié. Dans notre Province, c'est le Collège des

médecins et chirurgiens du Nouveau-Brunswick qui est investi de cette responsabilité. Certes, les auteurs de doctrine évoquent l'obligation des hôpitaux de recruter et de garder à leur service du personnel compétent. Toutefois, aucun d'eux ne suggère que les hôpitaux devraient être directement responsables des actes d'un médecin en l'absence de négligence de la part de ce dernier (voir *Yepremian et al. c. Scarborough General Hospital et al.*, [1980] O.J. No. 3592 (C.A.) (QL)).

[168] Qui plus est, mon opinion va dans le sens de la décision que notre Cour a rendue dans l'arrêt *Comeau c. Hôpital régional de Saint-Jean*, 2001 NBCA 113, 244 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 201. Dans cet arrêt, notre Cour a cité l'ouvrage d'Ellen I. Picard et Gerald Robertson intitulé *Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto : Carswell, 1996) à l'appui de la proposition générale voulant qu'un hôpital ait, entre autres, l'obligation de choisir du personnel compétent et de veiller à ce qu'il le reste. Cependant, une telle obligation était évoquée dans le contexte d'un hôpital qui avait été déclaré directement responsable du décès d'un patient dans des circonstances où l'hôpital avait omis de prendre des mesures raisonnables pour veiller à ce que son personnel médical se conforme à une politique de l'établissement. Si cette politique avait été suivie, le décès aurait pu être évité. Il est également important de ne pas oublier que Picard et Robertson emploient le terme [TRADUCTION] « compétence » dans le contexte de médecins qui effectuent un travail pour lequel ils ont reçu une formation.

[169] Bien entendu, la raison pour laquelle on évoque la responsabilité directe d'un hôpital relativement aux actes négligents des membres de son personnel est fondée sur l'hypothèse que l'hôpital ne peut être tenu responsable du fait d'autrui. Toutefois, il n'existe à ma connaissance aucune jurisprudence dans laquelle il a été conclu qu'un manquement à l'obligation d'engager du personnel compétent, c'est-à-dire du personnel qualifié, rend l'hôpital directement responsable des actes des personnes qui sont dûment autorisées à exercer leur profession et exercent la médecine dans un domaine pour lequel elles sont qualifiées. Finalement, on ne m'a cité aucun précédent proposant un cadre juridique qui permette d'évaluer la compétence de médecins dûment autorisés à pratiquer leur art dans le but de leur imposer une responsabilité, qu'elle soit de nature délictuelle ou contractuelle ou découle du droit régissant un fiducial.

[170] Les appelants répliquent en invoquant la première cause ontarienne qui a été certifiée comme recours collectif : *Anderson c. Wilson*, [1999] O.J. No. 2494 (C.A.) (QL). Cette cause est citée à l'appui de la proposition voulant que la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu l'existence d'une norme de diligence définie en fonction de la compétence. En toute déférence, je suis en désaccord. Cette affaire portait sur des procédures et des normes de lutte contre les infections adoptées par un groupe de cliniques de soins de santé dans des circonstances où un inspecteur en santé publique avait décelé un lien possible entre les cinq cliniques du défendeur et une épidémie d'hépatite B. La compétence d'un médecin pour exercer la médecine n'était pas en cause. En même temps, il serait fallacieux de ma part de ne pas évoquer l'importance de cette cause dont les faits sont semblables à ceux de la présente instance.

[171] Dans l'arrêt *Anderson*, un tribunal avait certifié un recours collectif dans lequel il était allégué que le défendeur avait suivi des procédures de stérilisation inappropriées. Il s'en était suivi une épidémie d'hépatite B qui avait entraîné la nécessité de tester tous les clients des différentes cliniques. Certains de ces tests s'étaient révélés positifs, d'autres négatifs. Le recours collectif était intenté par les deux groupes. Les clients dont les tests s'étaient révélés négatifs avaient demandé des dommages-intérêts pour souffrance morale. En appel devant la Cour divisionnaire, la partie de l'ordonnance de certification concernant les personnes qui n'avaient pas été infectées avait été annulée au motif que les plaidoiries ne révélaient pas de cause d'action. La Cour avait conclu que l'état actuel du droit ontarien était tel qu'il n'était pas possible d'obtenir des dommages-intérêts pour [TRADUCTION] « choc nerveux » en l'absence d'une maladie psychologique ou psychiatrique dûment diagnostiquée. La Cour d'appel avait infirmé cette décision. En raison de l'incertitude du droit, elle avait conclu qu'il n'était pas évident et manifeste que la réclamation au titre de la souffrance morale était vouée à l'échec. Bien entendu, la perception d'incertitude qui planait sur le droit ontarien a ensuite été levée dans l'arrêt *Healey c. Lakeridge Health Corp.*, 2011 ONCA 55, [2011] O.J. No. 231 (QL). Dans cet arrêt, la Cour d'appel, en interprétant l'arrêt *Mustapha*, est arrivée à la conclusion que pour obtenir des dommages-intérêts pour souffrance morale, il faut au préalable démontrer l'existence d'une [TRADUCTION] « maladie psychiatrique

reconnue ». Étant donné que le droit du Nouveau-Brunswick est muet sur ce point, il est inutile de s'engager plus loin sur cette voie aux fins de statuer sur le présent appel.

[172] Il est important de reconnaître que la cause d'action unificatrice, liée à la compétence du médecin, est déterminante pour le recours collectif des appelants. Cela s'explique par l'exigence en matière de « questions communes » qui est énoncée à l'al. 6(1)c) de la *Loi*. Le juge saisi de la motion doit conclure que le recours collectif soulève une ou plusieurs questions communes qui permettront d'éviter une duplication de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique. Cela oblige le juge saisi de la motion à se demander si un recours collectif est la meilleure procédure pour régler ces questions communes de façon juste et efficace. À cette fin, les appelants ont formulé les questions communes « clés » en fonction de la question de savoir si le D<sup>r</sup> Menon avait une obligation de compétence et si l'hôpital avait l'obligation de s'assurer des titres de compétence de son personnel et, corrélativement, s'ils ont manqué à ces obligations. Les appelants n'ont pas poursuivi le D<sup>r</sup> Menon pour souffrance morale infligée par négligence conformément aux principes classiques du droit de la responsabilité délictuelle. Ils n'ont pas non plus intenté une action pour [TRADUCTION] « négligence systémique » au sens de l'arrêt *Rumley*. Ce dernier point nécessite des explications supplémentaires.

[173] Il était loisible aux appelants de formuler la cause d'action sous-jacente contre l'hôpital en invoquant une négligence « institutionnelle » ou « systémique » sur la base de la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *Rumley*. Dans cette affaire, le recours collectif avait été intenté au nom d'anciens élèves d'un pensionnat qui avait été administré par le gouvernement de la Colombie-Britannique. Des enquêtes menées par le gouvernement avaient confirmé que des élèves avaient été victimes de sévices et de mauvais traitements affectifs. Le représentant demandeur avait allégué l'existence d'une [TRADUCTION] « négligence systémique », c'est-à-dire « l'absence de procédures de gestion et de fonctionnement qui auraient vraisemblablement empêché les agressions » (para. 18).

[174] Par analogie, on aurait pu faire valoir, par exemple, que l'hôpital avait l'obligation d'adopter des programmes d'assurance de la qualité dans le but de veiller à ce que les taux d'erreurs de diagnostic ne dépassent pas les normes acceptées et que, par suite de ce manquement, l'hôpital avait été obligé de retenir les services d'un laboratoire indépendant pour examiner le travail que le D<sup>f</sup> Menon avait effectué pendant les 12 années qu'il avait passées au sein de cet établissement. Sans ce manquement, il n'aurait pas été nécessaire de réexaminer ou de revoir 23 080 biopsies et, sans ce réexamen, les patients n'auraient pas été forcés d'éprouver une souffrance morale. Il semblerait qu'une telle approche cadre exactement avec le droit actuel de la négligence systémique. Toutefois, tel n'est pas l'argument qui a été invoqué devant le juge saisi de la motion ou devant notre Cour.

[175] Certainement, il ne nous appartient pas de remanier la preuve d'une partie au détriment de l'autre partie. Toutefois, même si l'on était disposé à accepter que la poursuite est un recours collectif pour négligence systémique au sens de l'arrêt *Rumley*, il existe encore un autre obstacle à surmonter. Les questions communes dont les appelants ont fait état dans leur motion en certification (et qui sont décrites au par. 212 des présents motifs) ne font aucunement mention des types de questions factuelles qui permettent de fonder une allégation de négligence systémique. Je reviens donc à ce qui a été plaidé devant notre Cour ainsi que devant le juge saisi de la motion. De fait, le mémoire d'appel des appelants renforce leur théorie du recours collectif sous-jacent :

[TRADUCTION]

Il s'agit en l'espèce d'un recours pour faute médicale en milieu hospitalier attribuable à des défaillances institutionnelles sur le plan de l'exercice de la médecine et de la procédure, c'est-à-dire un manquement systémique à une obligation. Le manquement à l'obligation de maintenir les compétences et de veiller au maintien des compétences est la cause d'action unificatrice et, corrélativement, la question commune unificatrice applicable à tout le groupe. [Mémoire des appelants, par. 44]

[176] Par souci de clarté, le passage qui suit est tiré des motifs du juge saisi de la motion. Il y cite le passage pertinent du mémoire des appelants :

[TRADUCTION]

Les demandeurs proposent, comme thème unificateur des questions communes, non pas la question de savoir si le D<sup>r</sup> Menon a été négligent dans l'exécution de tout acte médical particulier accompli en qualité de spécialiste en pathologie chirurgicale, mais la question de savoir s'il a violé l'obligation de diligence qu'il avait d'être compétent pour accomplir ces actes médicaux particuliers. [2012 NBBR 88, 389 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 150, au par. 87]

[177] Une raison évidente explique pourquoi les appelants ont décidé de ne pas plaider la négligence systémique dont il a été question plus haut. Le caractère unificateur et inédit de la cause d'action des appelants n'est pas alimenté par des appels à la réforme de la doctrine dans ce domaine du droit. Il est alimenté par le rapport cinglant qui a été rendu public après que le gouvernement eut mis sur pied la « Commission d'enquête sur les services de pathologie à la Régie régionale de la santé de Miramichi ». Le 8 décembre 2008, le Commissaire a publié son rapport et tiré des conclusions qui demeurent une source d'embarras pour l'hôpital et son pathologiste, le D<sup>r</sup> Menon. Le 7 octobre 2009, les appelants ont déposé un exposé de la demande modifié (avis de poursuite). Plusieurs des conclusions et observations du Commissaire qui sont liées à l'allégation d'« incompétence » sont devenues partie intégrante des plaidoiries des appelants et des observations qu'ils ont présentées devant notre Cour.

[178] Le juge saisi de la motion avait auparavant rendu une décision dans laquelle il indiquait que le rapport était admissible en preuve, mais que ses conclusions ne pouvaient servir à établir la responsabilité civile (voir 2010 NBBR 128, 361 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1, aux par. 6 à 16, demande en autorisation d'appel à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick refusée, 361 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 395, [2010] A.N.-B. n<sup>o</sup> 218 (QL)). Les appelants ont plaidé leur motion en certification et le présent appel en partant de l'hypothèse que cette décision ne s'appliquait pas aux procédures préalables au procès et qu'il leur était donc permis d'invoquer les conclusions du rapport. Les intimés n'ont pas renoncé à leurs objections. J'en traite dans les lignes qui suivent.

[179] En vertu de l'art. 43 de la *Loi sur la preuve*, L.R.N.-B. 1973, ch. E-11, mais en dépit des objections des intimés, le rapport a été admis en preuve à la condition expresse qu'aucune de ses conclusions ne pourrait être considérée comme obligatoire pour établir la responsabilité des intimés (voir 2010 NBBR 128, 361 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1). Bien que la demande d'autorisation d'interjeter appel de cette décision interlocutoire ait été rejetée, le juge d'appel Richard a conclu que la question pourrait être soulevée si la décision rendue sur la motion en certification était portée en appel (voir 361 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 395, [2010] A.N.-B. n<sup>o</sup> 218 (QL)). Toutefois, lors de l'audience de certification, les appelants ont soutenu qu'ils étaient en droit de se référer au rapport pour donner suite à la motion. L'hôpital intimé n'a pas abandonné sa position et il s'élève contre l'utilisation que les appelants font du rapport dans le cadre du présent appel. En particulier, l'hôpital soulève une objection contre le mémoire que les appelants ont déposé en appel. Ces objections méritent d'être prises en considération.

[180] Les trois premières pages du mémoire que les appelants ont présenté à notre Cour (l'exposé des faits) reprennent une série de passages et de conclusions qui sont tirés du rapport du Commissaire. Ces passages sont axés sur la compétence du D<sup>f</sup> Menon. Les appelants présentent ce qu'ils considèrent comme une récapitulation des [TRADUCTION] « lacunes sur le plan de la compétence dans les pratiques, les procédés et les systèmes ». Plus particulièrement, ils font état des points suivants : (1) la vérification du niveau actuel de compétence du D<sup>f</sup> Menon n'était pas approfondie ni même adéquate; (2) dans l'ensemble, ses services étaient insatisfaisants sur le plan tant de l'attention qu'il portait à l'exercice de ses fonctions que de son niveau de rendement; (3) le rendement professionnel général du D<sup>f</sup> Menon était insatisfaisant; et (4) la méthode d'octroi des privilèges à l'hôpital était informelle et ne comprenait pas une évaluation sérieuse de la compétence. Finalement, les appelants écrivent ce qui suit : [TRADUCTION] « C'est à bon droit que le juge a conclu que les allégations portaient sur les normes de compétence – un concept que le Commissaire a utilisé dans les passages susmentionnés ».

[181] À mon avis, l'objection de l'hôpital est fondée. Comme le juge saisi de la motion, je pense qu'aucune des conclusions ou observations que renferme le rapport ne peut être utilisée pour établir la responsabilité de l'hôpital ou du D<sup>r</sup> Menon. Corrélativement, ces conclusions ne sauraient être utilisées dans les procédures menant au procès, même si elles sont invoquées dans le but limité de renforcer les arguments en faveur de la certification. Cette opinion est compatible avec *Robb Estate c. St. Joseph's Health Care Centre*; *Rintoul c. St. Joseph's Health Centre*; *Farrow c. Canadian Red Cross Society*, [1998] O.J. No. 4419 (C.J. Ont.) (QL); *Robb c. St. Joseph's Health Centre*; *Rintoul c. St. Joseph's Health Centre*; *Farrow c. Canadian Red Cross Society*, [2001] O.J. No. 4605 (C.A.) (QL); *Robb c. St. Joseph's Health Care Centre*; *Rintoul c. St. Joseph's Health Centre*; *Farrow c. Canadian Red Cross Society*, [1998] O.J. No. 5394 (QL), conf. [2001] O.J. No. 4605 (C.A.) (QL).

[182] Dans l'affaire *Robb Estate*, le demandeur avait présenté lors de l'instruction une motion visant à obtenir que le Rapport de la Commission d'enquête sur l'approvisionnement en sang au Canada (le rapport Krever) et le Rapport du Commissaire à l'information John W. Grace soient admis comme preuve *prima facie* des faits contenus dans ces deux rapports. Les demandeurs prétendaient que les rapports étaient des documents publics et qu'à ce titre, ils étaient admissibles grâce à une exception à la règle du ouï-dire. Le juge du procès a exprimé son désaccord en faisant observer que [TRADUCTION] « l'exception à la règle du ouï-dire concernant les documents publics n'était jamais censée s'appliquer de façon à admettre en preuve lors d'un procès des documents comme le Rapport Krever » (par. 20). Son raisonnement était double : premièrement, dans la mesure où les conclusions du rapport étaient fondées sur des éléments de preuve qui pourraient être inadmissibles dans le cadre d'un procès civil, les défendeurs seraient lésés. Il leur serait impossible de vérifier les conclusions fondées sur la preuve contenues dans les rapports, de procéder à des contre-interrogatoires sur la teneur des rapports ni de savoir quelle était la preuve sur laquelle étaient fondées les conclusions particulières que renfermaient ces rapports (par. 23). Deuxièmement, ce serait contraire à l'ordre public. L'admission en preuve des rapports dans le cadre d'une procédure civile ultérieure aurait pour effet de transformer [TRADUCTION] « une

commission d'enquête en quelque chose qu'on n'avait jamais eu l'intention qu'elle soit » (par. 24). En effet, les enquêtes ont pour but d'informer le gouvernement sur une question déterminée; elles ne sauraient [TRADUCTION] « avoir pour fin secondaire de fournir une preuve dans des procédures civiles » (par. 24).

[183] En résumé, le mandat d'une commission d'enquête et la nature inquisitoire des procédures administratives sont incompatibles avec les règles de preuve en droit civil et le fardeau de la preuve qui, dans les actions civiles, incombe aux demandeurs qui veulent imposer au défendeur une responsabilité pour manquement à une obligation légale. En même temps, l'existence même du rapport du Commissaire est de notoriété publique, tout comme ses recommandations et ses conclusions finales. Par conséquent, il devrait être permis de citer le rapport dans la mesure où ces renvois ne portent pas sur des questions ayant pour objet d'établir certains faits critiques ou controversés à partir desquels d'éventuelles conclusions de droit sont finalement tirées. Dans la présente instance, la pertinence du rapport est limitée. Il nous informe que le gouvernement alors au pouvoir a reconnu la gravité du problème associé à la prestation des services de pathologie à l'hôpital ainsi que la nécessité d'une réforme en profondeur. Nous savons aussi que le gouvernement a officiellement donné suite au rapport. Chose plus importante encore, le rapport explique pourquoi les appelants ont fait preuve de détermination pour lier leur recours à une obligation/norme de diligence inédite : une obligation de compétence professionnelle et une obligation correspondante de ne recruter que des personnes qui satisfont à cette obligation.

[184] Les appelants soutiennent que leur action pour manquements à la norme de compétence ne peut pas être rejetée de façon sommaire; il existe en droit de la place pour des [TRADUCTION] « arguments inédits » à l'étape de la certification, comme c'est le cas à celle des plaidoiries. Je reconnais que la « requête en radiation ne saurait être accueillie à la légère » : *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, au par. 21. Selon la mise en garde lancée par la Cour suprême, le droit n'est pas immuable. Actions Des Des actions qui « semblaient [...] vouées à l'échec pourraient être accueillies demain ». C'est la raison pour laquelle le fait qu'une action en particulier

n'a pas encore été reconnue en droit n'est pas déterminant au stade d'une requête en radiation. Le tribunal doit plutôt se demander si, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, il est raisonnablement possible que l'action soit accueillie. On nous dit que l'approche doit être généreuse et permettre, dans la mesure du possible, l'instruction de toute demande inédite, mais soutenable.

[185] À mon avis, la défense dite du [TRADUCTION] « caractère inédit » opposée à une requête en radiation doit être soutenable en ce sens qu'elle doit être assortie d'une explication modeste de la nature et de la portée de ce qui est proposé et de son articulation avec les principes de droit existants. Par exemple, étant donné que l'argument inédit en cause met en jeu une nouvelle obligation/norme de diligence, il aurait été raisonnable de s'attendre à voir cité le critère *Anns/Cooper* en deux étapes (voir *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (Ch. des lords); *Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, [1984] A.C.S. n° 29 (QL); *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; et *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261). Autrement dit, pour présenter une cause défendable, le demandeur doit donner une certaine substance à son argument inédit.

[186] Pour ce qui est du cadre juridique servant à évaluer la compétence, les appelants s'en remettent aux dispositions de la *Loi médicale*, L.N.-B. 1981, ch. 87, et à la définition qui s'y trouve. Le juge saisi de la motion n'a pas trouvé cet argument convaincant. Il a également noté l'abondante preuve présentée relativement aux [TRADUCTION] « taux d'erreurs élevés en pathologie sur le plan systémique » et l'argument selon lequel ils constituaient une preuve de l'incompétence du médecin. À cet égard, le juge saisi de la motion a également admis en preuve un affidavit des appelants. Il avait pour but d'établir que le laboratoire de pathologie indépendant qui avait entrepris l'examen de toutes les biopsies avait lui-même [TRADUCTION] « sous-estimé » le taux d'erreur du D<sup>r</sup> Menon. En appel, les intimés ont maintenu leur objection à l'admissibilité de cet affidavit. Je me penche sur la question, ne serait-ce que pour montrer à quel point l'utilisation de taux d'erreurs pour évaluer la compétence professionnelle est une pente savonneuse.

[187] L'affidavit en question a été souscrit par Christine Rokosh, une infirmière enregistrée qui exerce en Alberta. Les appelants avaient demandé à M<sup>me</sup> Rokosh et à son équipe d'infirmières de réexaminer les rapports de pathologie pour lesquels le laboratoire indépendant avait trouvé un [TRADUCTION] « changement partiel » (4 897 cas). En date de l'affidavit, l'équipe de M<sup>me</sup> Rokosh avait examiné près de 50 % des rapports dans le but de dépister [TRADUCTION] « le cancer ou des maladies connexes présentant une anomalie ». M<sup>me</sup> Rokosh avait conclu que 49 % de ces rapports avaient fait l'objet d'une [TRADUCTION] « classification incorrecte ». Selon elle, ce qui avait été décrit comme un « changement partiel » aurait dû être classé comme un « changement complet »; de plus, [TRADUCTION] « certaines conclusions » devraient être placées dans la catégorie des cancers et, à leur tour, certaines de ces conclusions devraient passer de la catégorie [TRADUCTION] « bénin » à la catégorie [TRADUCTION] « malin ».

[188] Les intimés ont contesté l'admissibilité de l'affidavit pour deux motifs. Premièrement, seul un pathologiste est qualifié pour interpréter le rapport d'un autre pathologiste. Deuxièmement, l'examen auquel s'étaient livrées M<sup>me</sup> Rokosh et son équipe était substantiellement défectueux. La révision du réexamen ne comportait pas une nouvelle analyse des échantillons, mais se limitait au rapport de pathologie. Cependant, le juge saisi de la motion a admis l'affidavit à condition de lui [TRADUCTION] « accorder la valeur probante qui est considérée appropriée ». Malheureusement, le juge saisi de la motion n'a pas précisé quel poids, s'il en est, il avait donné à l'affidavit. À mon avis, le seul poids que l'on puisse accorder à l'affidavit ou la seule inférence que l'on puisse dûment en tirer est que le laboratoire indépendant qui a procédé aux réexamens a peut-être commis lui aussi des erreurs dans son analyse des biopsies originales. Il serait illogique de tirer toute autre inférence.

[189] Assurément, il est impossible de substituer les taux d'erreurs à l'obligation de prouver tous les éléments d'une poursuite en négligence classique. Les arguments inédits doivent être vraisemblables pour contrecarrer l'exigence légale selon laquelle une plaidoirie doit révéler une cause d'action. Autrement, la norme du caractère « évident et manifeste » dans le contexte des motions en certification pourrait facilement être

contournée. Je conclus qu'aucune de ces propositions n'est incompatible avec la jurisprudence invoquée devant notre Cour : voir *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, au par. 21; *Bryson c. Canada (Procureur général)*, 2009 NBBR 204, 353 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; et *Levasseur c. New Brunswick Securities Commission*, 2012 NBBR 137, [2012] A.N.-B. n<sup>o</sup> 134 (QL), par. 6 et 7.

[190] Ayant conclu qu'il est évident et manifeste que la cause d'action ne peut être accueillie du fait qu'elle repose sur l'obligation de compétence, je passe maintenant à l'action contractuelle en dommages-intérêts pour souffrance morale. Cette action repose sur les principes énoncés dans les décisions relatives à la « tranquillité d'esprit », à commencer par l'arrêt *Fidler*. Toutefois, je suis respectueusement d'avis que toute analogie avec cet arrêt est hors de propos. On se souviendra que dans cette cause, un assureur avait refusé pendant cinq ans de verser à la demanderesse les prestations d'invalidité de longue durée auxquelles elle avait droit. La Cour avait conclu qu'il est possible d'accorder des dommages-intérêts pour souffrance morale si l'un des objets du contrat vise à « assurer un avantage psychologique ». Toutefois, la Cour suprême a pris soin de limiter la portée de cette évolution du droit aux contrats promettant une protection contre la souffrance morale. L'arrêt *Fidler* est non seulement inapplicable, mais il se distingue facilement de la cause dont nous sommes saisis. Cette affaire portait sur un contrat de consommation qui était « exprès », et non « implicite ». Il était demandé à la Cour de déterminer si une clause implicite du contrat devait assurer la « tranquillité d'esprit » et si, par conséquent, le versement de dommages-intérêts était raisonnablement prévisible par les parties lors de la conclusion du contrat.

[191] Les appelants allèguent la violation d'un [TRADUCTION] « contrat implicite » conclu avec chacun des 15 770 patients de l'hôpital. En ce qui concerne l'hôpital, les [TRADUCTION] « clauses implicites » de ce [TRADUCTION] « contrat implicite » sont énoncées de la façon suivante. L'hôpital devait : (1) employer un personnel compétent; (2) adopter un programme adéquat d'assurance de la qualité; et (3) informer rapidement les demandeurs et les autres patients des erreurs de diagnostic et de la décision de réexaminer les biopsies de manière à réduire au minimum

[TRADUCTION] « l'inquiétude et la préoccupation que ressentiraient les patients ». La nature du contrat est décrite comme étant censée apporter la [TRADUCTION] « tranquillité d'esprit ». Les appelants allèguent que la nature de la relation contractuelle était telle [TRADUCTION] « que les parties pouvaient raisonnablement prévoir » que les violations des clauses implicites [TRADUCTION] « causeraient de la souffrance morale » aux appelants et aux autres patients.

[192] Les appelants soutiennent que chaque patient avait une relation contractuelle tant avec l'hôpital qu'avec le D<sup>r</sup> Menon et que chaque patient avait implicitement reçu la promesse d'une protection contre la souffrance morale. Le fait que les appelants se sont fondés sur l'arrêt *Fidler* est important. Il existe une hypothèse sous-jacente et implicite selon laquelle le critère préliminaire auquel il faut satisfaire pour obtenir des dommages-intérêts pour souffrance morale est quelque peu différent ou moins exigeant en droit contractuel qu'en droit de la responsabilité délictuelle. Si c'était le cas, il serait possible de contourner le critère préliminaire qui a été énoncé dans l'arrêt *Mustapha* et interprété dans l'arrêt *Healey*. Cependant, je suis d'avis qu'une telle hypothèse est sans fondement. Dans l'arrêt *Mustapha*, le demandeur avait plaidé à la fois la négligence et la rupture de contrat. En rejetant les deux allégations, la juge en chef McLachlin a observé qu'« il n'y [avait] aucune différence quant aux principes ou au résultat entre le droit de la négligence et le droit des contrats » (par. 19). Il faut également noter que dans l'arrêt *Fidler*, la demanderesse ne s'était pas contentée d'établir l'existence d'une simple violation de contrat. Elle avait produit une « preuve médicale volumineuse » attestant du stress qu'elle avait subi par suite du manquement de la compagnie d'assurance et les dommages-intérêts en cause étaient raisonnablement prévisibles par les parties lors de la conclusion du contrat (par. 59).

[193] Il est exact que dans l'arrêt *Fidler*, la Cour suprême n'a pas énoncé de critère préliminaire pour le recouvrement de dommages-intérêts fondés sur une souffrance morale découlant d'une rupture de contrat. Toutefois, le critère qui a été formulé par la suite dans l'arrêt *Mustapha* semble avoir comblé cette lacune. D'abord et avant tout, il est impossible d'obtenir des dommages-intérêts, en matière tant délictuelle

que contractuelle, sans preuve de perte. Cette réalité est extrêmement importante lorsque vient le moment de déterminer si l'octroi de [TRADUCTION] « dommages-intérêts globaux » devrait être certifié comme « question commune ».

[194] Dans la présente instance, les appelants invoquent l'existence de clauses implicites dans un contrat qui n'est ni exprès, ni évident. C'est la raison pour laquelle il est facile d'établir une distinction par rapport à des affaires comme *Collette c. Great Pacific Management Co.*, 2004 BCCA 110, [2004] B.C.J. No. 381 (QL), autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [2004] C.S.C.R. n° 174. En l'espèce, nous n'avons pas d'échange de promesses ni de transfert d'une contrepartie comme c'est le cas lorsque l'on passe un contrat portant sur des vacances ou l'achat d'assurance ou même de placements en valeurs mobilières. De plus, à mes yeux, la notion selon laquelle le D<sup>r</sup> Menon avait conclu un contrat avec des patients qu'il ne serait jamais appelé à rencontrer ou avec lesquels il n'aurait pas de communication est certainement exagérée. Où est la convention entre l'hôpital et ses patients? Où est la contrepartie? Assurément, la prestation de services de santé à la population du Nouveau-Brunswick n'a rien à voir avec le produit d'un contrat négocié. Autrement, tous les patients qui passent de nombreuses heures dans la salle d'urgence de leur hôpital pourraient alors soutenir que l'anxiété qu'ils éprouvent (« souffrance morale ») les habilite à intenter une poursuite pour manquement à une clause implicite d'un contrat implicite. Rares sont les gens qui n'ont pas déjà été en proie à un certain stress ou à une certaine frustration à cause de l'incertitude quant à leur sort pendant qu'ils attendaient que le personnel de l'hôpital leur prodigue des soins médicaux. Il s'agit là simplement d'un exemple des « désagréments, angoisses et craintes ordinaires que toute personne vivant en société doit régulièrement accepter, fût-ce à contrecœur ».

[195] En toute déférence, en se fondant sur un contrat implicite garantissant la « tranquillité d'esprit », les appelants s'en sont remis à un concept artificiel. Ce concept sert leurs intérêts dans la mesure où les clauses implicites du contrat implicite reflètent les arguments des appelants. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire de nature contractuelle et la notion selon laquelle les 15 770 patients ont tous conclu avec l'hôpital ou avec le D<sup>r</sup> Menon un contrat leur garantissant la « tranquillité d'esprit » est trop éloignée des

considérations de politique générale qui sous-tendent la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *Fidler*.

[196] Il est à mon avis « évident et manifeste » que la demande fondée sur la responsabilité contractuelle au titre de la souffrance morale ne peut être accueillie. Cette conclusion est fondée non pas sur la force de la preuve déposée par les appelants, mais plutôt sur la réponse apportée à une question de droit distincte. Il ne devrait pas être possible de conclure à l'existence implicite d'une clause de protection contre la souffrance morale dans un contrat inexistant. Il doit en effet y avoir des limites à la notion selon laquelle il est permis d'inclure implicitement une clause dans un contrat qui est lui-même implicite. Autrement, les juges seraient portés à jongler avec des arguments qui deviendraient circulaires et intéressés.

[197] Les appelants ont également plaidé le manquement à un devoir fiduciaire et la fraude en equity (« l'iniquité »). Pour autant que je puisse le déterminer, ces prétentions sont invoquées à l'appui de l'argument voulant que l'hôpital ait violé son obligation de divulguer en temps opportun les problèmes entourant la prestation des services de pathologie et les erreurs de diagnostic. Aux fins de statuer sur le présent appel, j'accepte l'existence d'une relation fiduciaire entre l'hôpital et ses patients. Pour autant que je puisse le déterminer, l'allégation sous-jacente est que l'hôpital a délibérément omis de dévoiler l'information relative aux analyses qui, si elle avait été divulguée en temps voulu, aurait donné à certains patients la possibilité d'obtenir plus rapidement des soins médicaux. Au paragraphe 66 de leur exposé de la demande modifié, les appelants allèguent que l'hôpital a fait preuve de négligence en n'informant pas le plus tôt possible les membres du groupe du risque de maladie auquel ils étaient exposés. Ils allèguent que la date pertinente est le mois de février 2007. Selon les appelants, en raison de cette omission, les membres du groupe ont été privés de la possibilité de demander des soins médicaux à une date précoce. Effectivement, les examens de la D<sup>re</sup> Henderson ne se sont déroulés que du mois de décembre 2007 au mois de janvier 2008. De plus, un mois seulement s'est écoulé entre la date à laquelle la D<sup>re</sup> Henderson a remis son rapport à l'hôpital et la date à laquelle l'hôpital a informé les médias (c.-à-d. le

public) du problème. Selon moi, les faits plaidés ne permettent pas de fonder une action pour fraude en equity ou violation de devoirs fiduciaux.

[198] À supposer que j'aie tort et que les plaidoiries révèlent une cause d'action soutenable, je conviens que le juge saisi de la motion a commis une erreur en concluant à l'impossibilité d'obtenir des dommages-intérêts pour souffrance morale. Le juge saisi de la motion est arrivé à cette conclusion parce que la preuve et les plaidoiries ne satisfaisaient pas au critère préliminaire élevé énoncé dans l'arrêt *Mustapha* que la Cour d'appel de l'Ontario a ensuite interprété dans l'arrêt *Healey*. Dans ce dernier arrêt, la Cour d'appel a interprété l'arrêt *Mustapha* comme ayant pour effet de maintenir, et non d'abaisser, le critère préliminaire auquel il faut satisfaire pour obtenir une indemnisation au titre d'un préjudice psychologique. La Cour est arrivée à la conclusion que des dommages-intérêts pour souffrance morale ne peuvent généralement être obtenus que si le demandeur établit qu'il a subi une maladie psychiatrique ou psychologique reconnue, une proposition qui est compatible avec les droits anglais et australien : voir *Frost c. Chief Constable of South Yorkshire*, [1999] 2 A.C. 455 (Ch. des lords), et *Tame c. New South Wales* (2002), 211 C.L.R. 317 (H.C. Aust.).

[199] Bien que la preuve par affidavit des appelants révèle qu'ils ont subi un certain niveau de stress et d'anxiété par suite du réexamen des échantillons, aucun d'eux n'a vraiment éprouvé un stress d'une intensité comparable à celui dont il est question dans *Mustapha* ou dans *Healey*. Le juge saisi de la motion a noté qu'aucun des demandeurs n'avait reçu un diagnostic de dépression ni été traité par un psychiatre ou un psychologue et qu'aucun médicament ne leur avait été prescrit pour des problèmes liés au réexamen de leurs échantillons. Cela l'a amené à la conclusion qu'il était impossible d'obtenir des dommages-intérêts pour souffrance morale. Bien entendu, en l'absence d'un dommage donnant droit à une action, il ne peut y avoir de cause d'action, quelle que soit la façon dont on définit la « cause ». Toutefois, le juge saisi de la motion a commis une erreur lorsqu'il s'est penché sur la preuve par affidavit à ce stade des procédures. Ce faisant, le juge saisi de la motion a confondu la tâche de déterminer si les plaidoiries

révèlent une cause d'action, une exigence imposée par l'al. 6(1)a) de la *Loi*, avec la tâche de décider si l'action sous-jacente est fondée.

[200] Au stade de la certification, le juge saisi de la motion doit supposer que tous les faits plaidés sont véridiques et décider ensuite s'il est évident et manifeste que ces plaidoiries ne révèlent pas de cause d'action. Toutefois, contrairement aux autres éléments visés au par. 6(1) de la *Loi*, une preuve n'est ni nécessaire, ni admissible pour établir une cause d'action : *Hollick c. Toronto (Ville)*, au par. 25. Habituellement, ce n'est qu'une fois que l'ordonnance de certification a été rendue que le défendeur doit décider s'il souhaite introduire une motion en jugement sommaire en se fondant sur la fragilité de l'argumentation du demandeur. À ce stade, le fond du litige est évalué compte tenu à la fois des plaidoiries et de la preuve, et ce, dans le cadre de la règle 22 des *Règles de procédure*. Malheureusement, le juge saisi de la motion a omis d'établir une distinction entre la tâche consistant à déceler une cause d'action et celle consistant à en évaluer le bien-fondé.

[201] Le juge saisi de la motion a également commis une erreur en invoquant l'arrêt *Healey* à l'appui de sa conclusion. En résumé, dans cette affaire, les demandeurs avaient obtenu une ordonnance de certification relativement à un recours collectif dans lequel les patients d'un hôpital avaient été informés qu'ils avaient été exposés à la tuberculose et que par conséquent, ils devaient subir des tests de dépistage de cette maladie. Les tests effectués sur un groupe de demandeurs s'étaient révélés négatifs et ces derniers n'avaient pas subi de trouble psychiatrique reconnu. En ce qui concerne ces demandeurs, la défenderesse avait par la suite obtenu un jugement sommaire au motif qu'il n'y avait pas de question justiciable. Manifestement, cet aspect de l'arrêt *Healey* n'a aucune application directe dans le contexte d'une motion en certification. Je note entre parenthèses que dans l'arrêt *Healey*, le juge saisi de la motion en certification a bel et bien accordé provisoirement la somme de 1 000 \$ aux demandeurs qui avaient obtenu un résultat négatif au test.

[202] En résumé, je conclus que les plaidoiries ne révèlent pas de cause d'action soutenable, ce qui va à l'encontre de l'art. 6 de la *Loi*. Toutefois, même si je fais erreur sur ce point, les conclusions que le juge saisi de la motion a tirées relativement aux critères légaux restants sont suffisantes pour surmonter ce qui est autrement une erreur justifiant l'infirmité de sa décision.

IV. Groupe identifiable – Alinéa 6(1)b)

[203] La certification exige l'existence d'un groupe clairement défini de deux personnes ou plus. La définition du groupe est essentielle pour trois raisons. Elle identifie les demandeurs parce qu'elle précise qui a droit aux avis, qui a droit à la réparation et qui est lié par le jugement : *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, au par. 38. L'exigence en matière de définition du groupe comporte deux volets. L'un vise la taille du groupe et l'autre le caractère suffisant de la définition. La taille du groupe est importante parce que c'est un facteur qui influe sur la question de savoir si le recours collectif est la meilleure procédure pour régler les demandes. Un trop petit groupe pourrait ne pas justifier le coût et les exigences procédurales découlant du dépôt d'un recours collectif. Un trop grand groupe pourrait poser des problèmes de gestion, en particulier lorsqu'il faudra statuer dans chaque cas sur les questions relatives aux dommages-intérêts ou au lien de causalité. C'est dans ce contexte que le juge saisi de la motion a conclu que la définition suivante du groupe que renfermait l'avis de motion en certification modifié des appelants était « exagérément large » :

[TRADUCTION]

[L]es patients, y compris leur succession, dont des échantillons de tissus ont fait l'objet d'analyses pathologiques visant à dépister le cancer ou des maladies connexes dont les résultats ont été transmis par le deuxième défendeur (le pathologiste), à l'établissement de la première défenderesse (l'hôpital), pendant la période du groupe, et dont les échantillons de tissus ont été réanalysés par la suite sur l'initiative de l'Hôpital régional[.]

[204] Le juge saisi de la motion a trouvé la définition proposée « exagérément large » parce qu'« il serait difficile pour n'importe lequel des 15 700 patients dont les

biopsies ont été réexaminées de déterminer s'il fait partie de ce groupe ou non » (par. 75). De fait, cette définition du groupe laisse entendre qu'il y a deux groupes de patients : ceux dont les échantillons de tissus ont fait l'objet d'examens visant à dépister le cancer et ceux dont les échantillons n'ont pas été réexaminés. La distinction est importante parce que la méthode proposée pour faire avancer le litige prévoit que toute personne couverte par la définition du groupe sera incluse dans le recours collectif à moins qu'elle ne se retire par écrit [TRADUCTION] (« option négative »). Cependant, pour pouvoir se retirer, les anciens patients qui apprennent l'existence du recours collectif doivent avoir une façon de savoir si leur biopsie originale a été analysée pour dépister la présence de cancer. [Entre parenthèses, j'aurais cru que c'était le cas de chaque biopsie.]

[205] La méthode proposée par les appelants pour faire avancer le litige n'a pas grand-chose à offrir aux éventuels demandeurs qui essaient de déterminer s'ils sont couverts par la définition du groupe et, corrélativement, s'ils devraient s'en « retirer » : (1) les demandeurs doivent envoyer un avis à tous les membres du groupe qui ont communiqué avec les avocats des demandeurs aux fins de recevoir un avis; (2) la défenderesse doit envoyer une copie de l'avis par courrier à tout membre du groupe pour lequel elle a une adresse postale; (3) l'avis doit paraître dans les journaux approuvés par la cour; (4) une copie de l'avis doit être publiée sur le site Web entretenu par les avocats du groupe; (5) il est ordonné à la défenderesse de communiquer les noms et les coordonnées des personnes qui correspondent à la liste des numéros d'intervention chirurgicale que détiennent les demandeurs relativement aux patients qui, selon les demandeurs, sont en droit d'intenter une action pour préjudice à la personne; et (6) les infirmières qui ont réexaminé les 5 000 rapports divergents tenteront de communiquer, par téléphone, avec les patients afin de répondre, selon leurs compétences infirmières, à leurs préoccupations d'ordre médical et de leur expliquer les options dont ils disposent.

[206] En traitant la question de l'avis à ce stade de mon analyse, j'ai sauté de l'al. 6(1)b) à l'al. 6 (1)e)(ii). Cette dernière disposition impose au représentant demandeur l'obligation de présenter un « plan » proposant une méthode efficace de faire avancer le recours collectif et d'« aviser les membres du groupe de l'existence du recours collectif ».

Compte tenu des circonstances dont j'ai déjà fait état, on peut se demander si le plan des appelants satisfait à cette exigence. Comme mon analyse me porte à conclure qu'il existe d'autres raisons valides de refuser la certification, je m'abstiens d'évaluer si le plan proposé par les appelants satisfait au critère préliminaire énoncé à l'al. 6(1)e)(ii). La question n'a jamais été examinée en appel, et ce même si cela reste une condition préalable à l'octroi de toute ordonnance de certification.

[207] Si je reviens à la conclusion du juge saisi de la motion selon laquelle la définition du groupe était exagérément large, les appelants répliquent en invoquant trois arguments. Premièrement, ils nous demandent d'accepter la prémisse que l'hôpital avait envoyé de l'information concernant le réexamen des biopsies au médecin de famille de chaque patient. Il est donc raisonnable d'inférer que le médecin a dû dire à chaque patient si sa biopsie avait fait l'objet d'un réexamen visant à dépister le cancer ou des maladies connexes. Je note que dans les affidavits qu'ils ont souscrit, M. Gay et M<sup>me</sup> Doyle indiquent tous deux que leur médecin de famille respectif les a informés du réexamen prochain de leur biopsie et, finalement, du résultat. Par contre, nous ignorons par exemple si l'hôpital a informé le médecin de chaque patient du réexamen qui allait être effectué et du diagnostic final et si chaque médecin en a informé à son tour son patient.

[208] Le deuxième argument des appelants est simple. Une définition analogue a été approuvée dans *Doucette c. Eastern Regional Integrated Health Authority*, 2007 NLTD 138, [2007] N.J. No. 259 (QL). Dans cette cause, une ordonnance de certification avait été rendue pour le compte de patientes qui avaient subi tes tests de dépistage du cancer du sein dans des circonstances où un pourcentage élevé de patientes avaient reçu un diagnostic erroné. L'une des questions soulevées lors de l'examen de la motion en certification consistait à déterminer si le groupe était trop large du fait qu'il comprenait des personnes qui n'avaient pas été victimes d'une erreur de diagnostic et qui réclamaient des dommages-intérêts pour souffrance morale. La Cour a répondu par la négative. Toutefois, l'affaire *Doucette* se distingue de la présente cause. Nous traitons en effet d'une autre question, à savoir si la définition du groupe permettra à d'anciens patients de prendre une décision éclairée quant à leur appartenance à ce groupe une fois qu'ils auront

appris l'existence du recours collectif ou en auront été avisés. Cette question n'était pas abordée dans *Doucette*.

[209] Le troisième argument des appelants équivaut à une reformulation de la définition du groupe. La nouvelle définition cadre avec l'hypothèse qu'assurément, chaque échantillon de tissu a dû faire l'objet d'un réexamen visant à dépister toute maladie, dont le cancer. Les appelants soutiennent que la définition du groupe devrait englober trois types de réclamations :

Moins de 1 000 patients (préjudice médical/préjudice corporel potentiellement grave)  
5 000 patients (souffrance morale/diagnostic divergent/contrat)  
15 000 patients (souffrance morale/diagnostic mis en cause/contrat)

[210] Dans le mémoire qu'ils ont présenté à notre Cour, les appelants ont résumé en ces termes la taille et la composition du groupe :

[TRADUCTION]

À titre de résumé en ce qui concerne la taille et la composition du groupe, la preuve établit qu'au maximum, **15 000 membres putatifs du groupe ont des demandes modestes** pour souffrance morale par suite de la violation d'une obligation contractuelle causée par la mise en cause du diagnostic. Au sein de ce groupe, environ **5 000 personnes ont des demandes modestes mais dont le montant sera sans doute plus élevé** pour souffrance morale établie selon le droit des contrats et découlant d'un diagnostic divergent. Il y a enfin **un groupe ne dépassant pas 1 000 personnes** et, selon une estimation approximative, qui se chiffrera peut-être à plusieurs dizaines de personnes, qui **aurait des demandes pour préjudice grave à la personne de nature délictuelle**.  
[par. 11 du mémoire des appelants]

[En caractères gras dans l'original.]

[211] Bref, les appelants veulent revenir à une définition du groupe qui englobe la totalité des 15 770 patients dont les biopsies ont été réexaminées. Il me reste à déterminer si la demande de certification devrait être rejetée sur le seul fondement de la

définition du groupe énoncée dans leur plan pour faire avancer le litige. Il est certain que dans sa formulation actuelle, cette définition est ingérable. Les membres potentiels du groupe sont incapables de déterminer leur admissibilité sans demander des conseils professionnels. Étant donné que les arguments des appelants ne m'ont pas convaincu que le problème que le juge saisi de la motion a soulevé peut être surmonté, je dois confirmer sa décision déclarant que l'al. 6(1)b) de la *Loi* n'a pas été respecté. Néanmoins, je le répète, le sort de l'appel ne dépend pas de cette seule question. Il faut examiner d'autres critères.

V. Questions communes – Alinéa 6(1)c)

[212] Conformément à l'al. 6(1)c) de la *Loi*, le juge saisi de la motion doit conclure que le recours collectif soulève une ou plusieurs questions communes qui permettront d'éviter une duplication de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique. Une question n'est donc « commune » que lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe : *Western Canadian Shopping Centres c. Dutton*, au par. 39. Dans la présente instance, les questions communes suivantes sont énumérées :

[TRADUCTION]

- a) La première défenderesse (l'hôpital) a-t-elle une obligation, en matière contractuelle ou délictuelle ou en tant que fiduciaire, de s'assurer des titres de compétence d'un personnel médical compétent?
- b) Dans l'affirmative, la première défenderesse (l'hôpital) a-t-elle violé cette obligation, et, si oui, à quelle date?
- c) Le second défendeur (le pathologiste) avait-il une obligation de compétence, en matière contractuelle ou délictuelle ou en tant que fiduciaire?
- d) Dans l'affirmative, le deuxième défendeur (le pathologiste) a-t-il violé cette obligation, et, si oui, à quelle date?
- e) Les défendeurs, ou l'un d'eux, sont-ils redevables, en matière délictuelle ou contractuelle ou pour violation de devoir fiduciaire, de dommages-intérêts pour souffrance morale?

- f) Dans l'affirmative, les dommages-intérêts pour souffrance morale devraient-ils être évalués de façon globale, et si oui, quel est le montant total des dommages-intérêts pour souffrance morale?
- g) Un montant de dommages-intérêts majorés est-il justifié, et dans l'affirmative, peut-il être évalué de façon globale, et si oui, quel est ce montant?
- h) Les défendeurs sont-ils solidairement responsables des mesures réparatoires auxquelles peut donner lieu la conduite décrite dans l'exposé de la demande?

[213] Il est évident que bon nombre des questions communes énoncées ci-dessus soulèvent des questions de droit. On se demande donc pourquoi il est nécessaire de tenir un procès sur les questions communes pour obtenir une réponse. Même sous le régime de la règle 23 de nos *Règles de procédure*, il est possible d'obtenir une décision sur une question de droit avant la mise au rôle de l'action. Il en va de même du droit de radier une plaidoirie qui ne révèle « aucune cause d'action [...] raisonnable ». À mon avis, la question de savoir si le D<sup>r</sup> Menon a une obligation de compétence et si l'hôpital a une obligation de s'assurer des titres de compétence d'un personnel médical compétent sont des questions de droit auxquelles il faut répondre par « non ». Je le répète, ce ne sont pas des questions qui devraient être tranchées lors de l'instruction des questions communes. Il s'ensuit que la question de savoir si les parties respectives ont manqué à leur obligation est sans importance. Il est facile de répondre à la question consistant à déterminer si les intimés sont responsables en matière délictuelle ou contractuelle ou pour violation d'un devoir fiduciaire : c'est oui à condition que les appelants puissent établir leur responsabilité conformément aux principes établis. Cependant, une fois de plus, la question est libellée de façon trop vague pour constituer une question commune susceptible d'être tranchée lors de l'instruction des questions communes. En conclusion, je suis d'accord avec le juge saisi de la motion. Les appelants n'ont pas satisfait à l'exigence en matière de communauté.

[214] En vérité, dans le présent appel, une bonne partie du débat a porté sur une seule question, à savoir si l'octroi de « dommages-intérêts globaux » devrait être certifié comme question commune. Bien que le juge saisi de la motion ait trouvé inutile de se

pencher sur cette question, les parties y ont consacré une bonne partie de leur temps lors du présent appel et cela est compréhensible. Si le recours collectif devait aller de l'avant et que la responsabilité pour manquement à une obligation de diligence reconnue soit établie, des dommages-intérêts globaux permettraient d'éviter de procéder à plus de 15 000 évaluations du préjudice au titre de la souffrance morale. Par contre, si la question des dommages-intérêts globaux n'est pas certifiée comme question commune, il existe maintenant une preuve fondée sur le bon sens à l'appui de l'opinion voulant qu'un recours collectif ne serait pas « un moyen juste, efficace et pratique » de faire progresser l'instance.

[215] Pour replacer les choses dans leur contexte, Miramichi est une ville de 18 000 habitants. Or, le nombre de membres potentiels du groupe qui ont des demandes modestes est supérieur à 15 000. S'il n'est pas possible d'accorder un montant global de dommages-intérêts, il faudra tenir un [TRADUCTION] « mini-procès » pour chaque demandeur qui se présente. On peut supposer sans risque d'erreur qu'il n'y a pas suffisamment de psychologues, de médecins, de salles d'audience, d'espaces de bureaux ou d'avocats dans la collectivité pour examiner avec efficacité et efficience la totalité des demandes potentielles. Lorsque l'on examine ces réalités dans le contexte des dommages-intérêts provisoires de 1 000 \$ pour souffrance morale qui ont été accordés dans l'arrêt *Healey*, une affaire dont les faits sont analogues à ceux qui font l'objet du présent appel, on ne peut que se demander si le recours collectif proposé permettra d'atteindre les objectifs de la *Loi*. C'est la raison pour laquelle je suis disposé à traiter de cette question.

[216] Poser la question de savoir si l'octroi de dommages-intérêts globaux devrait être certifié comme question commune revient à se demander si nous sommes en présence d'un recours collectif dans lequel les dommages-intérêts peuvent être attribués pour l'ensemble du groupe (montant forfaitaire). Il ne s'agit pas de partir de la base en additionnant les demandes formées par les différents demandeurs, mais plutôt de procéder à une évaluation globale de la perte subie par le groupe qui part du sommet. L'octroi d'une réparation globale a pour unique objet d'éviter que chaque membre du groupe soit obligé de présenter une preuve individuelle de sa propre perte.

[217] Des dommages-intérêts globaux permettent au tribunal de déterminer de façon globale le préjudice subi par un groupe de demandeurs. Ils ont pour objet d'accroître l'accès à la justice et constituent une [TRADUCTION] « procédure efficace qui permet d'éviter que les différents membres du groupe soient obligés de témoigner et d'établir l'étendue du préjudice qu'ils ont individuellement subi » (Harvin Pitch et Matthew Sokolsky, « Class Action Damages: Assessing Aggregate Damages in Class Action Litigation » (2005) 2:1 Can Class Action Rev 41, à la p. 61). Il est également clair en droit que les dispositions régissant l'octroi de dommages-intérêts globaux sont de nature procédurale et ne peuvent donc pas permettre d'établir la responsabilité envers tout un groupe : *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, au par. 131.

[218] Les dommages-intérêts globaux sont surtout utilisés dans des affaires de rupture de contrat, de fixation des prix, d'assertion inexacte et de responsabilité du fait des produits. Dans le contexte des préjudices à la personne, ils sont l'exception plutôt que la règle. Cela est attribuable à la nature éminemment individuelle des demandes fondées sur les préjudices à la personne. Les enquêtes individuelles qu'il faut mener pour établir le lien de causalité et l'étendue du préjudice ne sont tout simplement pas compatibles avec la prémisse fondamentale qui sous-tend une réparation globale, et les tribunaux ont expressément rejeté l'octroi de dommages-intérêts globaux dans des cas où la responsabilité ou le montant ne peuvent pas être établis sans la participation des différents membres d'un même groupe (voir *Healey*; *Koubi c. Mazda Canada Inc.*, [2010] B.C.J. No. 838 (modifié par [2012] B.C.J. No. 1464, 2012 BCCA 310; *Caputo c. Imperial Tobacco Ltd.*, [2004] O.J. No. 299 (QL); et *Bywater c. Toronto Transit Commission*, [1998] O.J. No. 4913 (QL)). L'arrêt *Cloud c. Canada (Attorney General)*, [2004] O.J. No. 4924 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi refusée [2005] C.S.C.R. n° 50, une affaire de pensionnats mettant en cause une négligence systémique, est l'une des rares exceptions à la règle générale. Même dans cette affaire, cependant, la Cour a clairement indiqué qu'il ne serait approprié d'octroyer des dommages-intérêts globaux pour le préjudice subi par le groupe que si cela pouvait [TRADUCTION] « raisonnablement se faire sans que chaque membre du groupe soit tenu de prouver l'étendue de sa perte » (par. 70).

[219] Afin de surmonter les obstacles à la participation des différents membres du groupe, les avocats se sont tournés vers les dispositions légales qui autorisent le recours à des données statistiques (voir l'art. 32 de la *Loi*). D'aucuns ont par exemple proposé de créer un [TRADUCTION] «échantillon» du groupe en prenant les témoignages extrajudiciaires sous serment de certains membres du groupe et d'extrapoler ces expériences à l'ensemble du groupe. D'autres ont tenté d'appliquer les expériences vécues par la population en général aux membres d'un groupe en faisant valoir que le groupe qui fait l'objet du recours collectif n'est qu'un sous-ensemble représentatif de l'ensemble de la population. Faisant appel aux opinions d'experts en matière de comportement humain, ils tentent de prédire les réactions ou les expériences probables de la [TRADUCTION] «personne ordinaire» qui se trouverait dans la même situation qu'un demandeur, pour ensuite extrapoler la réponse générale qui se dégage aux différents membres du groupe. Ces deux approches ont été rejetées en Ontario.

[220] Dans l'arrêt *Healey*, les demandeurs avaient tenté de satisfaire aux dispositions régissant les dommages-intérêts globaux en ayant recours au témoignage d'un psychiatre qui n'avait ni examiné des membres du groupe, ni passé en revue quelque preuve que ce soit concernant la façon dont certains membres du groupe avaient individuellement réagi en apprenant qu'ils avaient peut-être été infectés par la tuberculose. Il avait affirmé qu'en général, une personne ordinaire qui serait informée qu'elle a été exposée à la tuberculose et qui aurait subi des tests de dépistage qui se seraient révélés négatifs subirait [TRADUCTION] «un préjudice ou un trouble psychologique substantiel». En se basant sur son expérience professionnelle et sur la prévalence de troubles psychiatriques dans la population générale, il avait déclaré que de 30 % à 40 % des membres du groupe qui n'avaient pas été infectés subiraient un trouble psychiatrique reconnu en réponse à une telle annonce, et qu'une proportion additionnelle de 30 % à 40 % de ces membres subirait un [TRADUCTION] «préjudice psychologique» moins grave. Le juge saisi de la motion en certification était disposé à certifier l'octroi de dommages-intérêts globaux comme question commune et à laisser à l'instruction des questions communes le soin de déterminer [TRADUCTION] «si les conditions légales présidant à l'octroi d'une réparation globale [étaient] remplies et si une

indemnisation globale devrait être accordée » (voir *Healey c. Lakeridge Health Corp.*, [2006] O.J. No. 4277 (C. sup. Ont.) (QL), au par. 102). Cependant, lors de l'examen de la motion en jugement sommaire, le juge Perrell a clairement déclaré qu'il était inapproprié d'octroyer des dommages-intérêts globaux dans des causes mettent en jeu un préjudice à la personne. Il a ensuite conclu que même s'il avait tort sur ce point, la méthode proposée par les demandeurs était totalement inadéquate : voir *Healey c. Lakeridge Health Corp.*, 2010 ONSC 725, [2010] O.J. No. 417 (QL).

[221] Le fait que l'affaire en cause soit un recours collectif ne dispense pas les appelants de l'obligation de démontrer qu'il était « prévisible qu'une personne dotée d'une résilience ordinaire subirait un préjudice grave » (voir *Mustapha*, au par. 18). Ensuite, les appelants doivent prouver tous les éléments qui entrent en jeu lors de l'évaluation de demandes fondées sur un préjudice à la personne. En l'espèce, ces éléments pourraient comprendre l'étendue du stress subjectif ressenti par un patient après qu'il a reçu la notification; l'état général de santé, les antécédents médicaux et l'âge de chaque demandeur; l'existence ou non de maladies non liées ou préexistantes et la susceptibilité au stress émotionnel de chaque demandeur. Pour ces motifs, comme les tribunaux l'ont fait dans les affaires *Bywater*, *Caputo* et *Healey*, je conviens que l'octroi de dommages-intérêts globaux n'est pas approprié dans les cas de préjudices à la personne, lorsque les préjudices sont ressentis sur une base éminemment individuelle. En admettant que je me trompe et qu'il soit possible d'obtenir des dommages-intérêts globaux, je conclus, comme le juge Perrell l'a fait dans l'affaire *Healey*, que la preuve présentée à l'appui de la méthode permettant de calculer le montant global de la réparation comporte plus qu'une lacune importante. Il n'y a pas de preuve.

[222] En résumé, deux raisons expliquent pourquoi la présente affaire ne justifie pas la certification d'un octroi de dommages-intérêts globaux comme question commune. Premièrement, les appelants ont omis de s'acquitter de leur fardeau de preuve qui leur imposait d'énoncer, dans leur plan pour faire avancer le litige, une « méthode valable ou acceptable » pour attribuer des dommages-intérêts globaux et un mode de distribution approprié (voir *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Infineon Technologies AG*, [2009] B.C.J. No.

2239, 2009 BCCA 503 au par. 68, autorisation de pourvoi devant la C.S.C. refusée, [2010] C.S.C.R. n° 32; et *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, au par. 118). Deuxièmement et surtout, les dommages-intérêts for souffrance morale sont simplement trop individuels pour se prêter à une évaluation globale. En réalité, il n'existe pas de méthode valable pour accorder un montant global de dommages-intérêts pour souffrance morale – ces dommages-intérêts sont éminemment individuels. Il en découle qu'en l'espèce, nous ne nous trouvons pas dans un cas où le montant peut « être raisonnablement établ[i] sans que les membres du groupe [...] aient à en faire la preuve individuellement » (voir l'al. 31(1)c) de la *Loi*).

[223] Une grande partie du temps et de nombreux arguments, tant écrits qu'oraux, ont été consacrés à la valeur de précédent et à l'applicabilité de la décision que la Cour d'appel de l'Ontario a rendue dans l'arrêt *Fulawka c. Bank of Nova Scotia*, précité. Dans cette affaire, il a été déterminé que le par. 24(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* de l'Ontario, L.O. 1992, ch. 6 (la loi de l'Ontario) devrait être interprété de façon telle qu'une réparation pécuniaire globale ne devrait pouvoir être certifiée comme question commune que dans les cas [TRADUCTION] « où la résolution des autres questions communes certifiables pourrait permettre de déterminer la responsabilité pécuniaire et où le montant des dommages-intérêts pourrait « raisonnablement » être établi sans que des membres n'aient à en faire la preuve individuellement ». En résumé, si on l'interprète convenablement, le par. 24(1) ne permet pas l'utilisation du témoignage de certains membres du groupe pour déterminer la perte subie par tous les membres de ce groupe. C'est la raison pour laquelle la proposition de la demanderesse de [TRADUCTION] « créer un échantillon statistique » des différents membres du groupe au lieu d'obliger chaque membre à témoigner pour établir combien d'« heures supplémentaires » il avait fait a été rejetée.

[224] La valeur de précédent de l'arrêt *Fulawka* dans la jurisprudence canadienne est évidente. Une réparation globale pourrait être perçue comme étant le seul moyen efficace [TRADUCTION] « [d']éviter le résultat potentiellement inique de se retrouver avec une transgression sans réparation efficace possible » (*Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, [2007] O.J. No. 1684 (QL), autorisation de pourvoi

devant la C.S.C. refusée, [2007] C.S.C.R. n° 346, au par. 42). L'argument selon lequel on serait devant une transgression pour laquelle il n'existe pas de réparation efficace m'oblige à faire la remarque incidente suivante. À supposer, sans statuer sur la question, que *Fulawka* ne représente pas l'état du droit au Nouveau-Brunswick et qu'une interprétation juste des versions anglaise et française de l'al. 31(1)c) de notre *Loi* permette l'octroi de dommages-intérêts globaux sur le fondement du témoignage de certains membres du groupe seulement, le juge saisi de la motion jouirait quand même du pouvoir discrétionnaire de refuser de certifier la question des dommages-intérêts globaux comme question commune. En exerçant ce pouvoir discrétionnaire, le juge saisi de la motion serait obligé d'admettre, comme l'ont fait d'autres tribunaux, qu'un octroi de dommages-intérêts globaux pour préjudice à la personne n'est tout simplement pas indiqué. Il n'est pas acceptable que la façon dont quelques membres du groupe ont réagi personnellement à l'annonce que leurs biopsies devaient faire l'objet d'un réexamen puisse être effectivement ramenée à une réaction moyenne et extrapolée à l'ensemble du groupe. Un tribunal ne peut non plus raisonnablement supposer que tous les membres du groupe ont subi une perte, ou émettre des hypothèses au sujet de l'étendue de la perte subie par le membre moyen du groupe : *Koubi* (au par. 143).

[225] Les appelants ont reconnu qu'ils étaient vulnérables à la jurisprudence de l'Ontario. Pour autant que je le sache, cette jurisprudence a rejeté, avec une unanimité quasi totale, la notion voulant que des dommages-intérêts globaux pour des préjudices à la personne puissent être certifiés comme question commune (voir, par exemple, *Healey*, *Koubi*, et *Caputo*, mais voir également *Cloud* au par. 70). De plus, cette jurisprudence est très antérieure à l'arrêt *Fulawka*.

[226] En réponse à la jurisprudence ontarienne, les appelants soutiennent, dans le mémoire complémentaire qu'ils ont présenté à la Cour, que si une évaluation individualisée s'impose en ce qui concerne les réclamations en responsabilité civile délictuelle, il ne devrait pas en être de même pour de [TRADUCTION] « modestes demandes de nature contractuelle » qui relèvent de la compétence habituelle des tribunaux en matière de petites créances. Cela nous ramène à la décision que la Cour suprême a rendue dans l'arrêt *Fidler*. La réponse simple est que dans *Fidler*, la

demanderesse a bel et bien présenté une « preuve médicale volumineuse » à l'appui de sa demande de dommages-intérêts pour souffrance morale (par. 59). En réalité, tout comme les demandes au titre de préjudices à la personne ne peuvent donner lieu à un octroi de dommages-intérêts globaux, ce n'est pas non plus le cas des demandes fondées sur la souffrance morale.

[227] En résumé, les questions communes qui ont une importance centrale dans le recours collectif sont intimement liées à deux causes d'action qui n'ont pas satisfait au critère préliminaire énoncé dans la jurisprudence. De plus, un octroi de dommages-intérêts globaux ne peut être certifié comme question commune. Le droit a atteint un point où de telles réparations ne peuvent être obtenues dans des recours collectifs dans lesquels les demandeurs sollicitent des dommages-intérêts au titre de préjudices corporels ou psychologiques. Par ailleurs, la règle demeure applicable, peu importe que l'action soit délictuelle ou contractuelle.

#### VI. L'exigence de la meilleure procédure – al. 6(1)d

[228] Il reste à examiner l'exigence relative à la « meilleure procédure ». Compte tenu des conclusions tirées plus haut, mes observations seront limitées et ne visent pas à diminuer de quelque façon que ce soit le raisonnement du juge saisi de la motion. Les motifs qui suivent sont de nature complémentaire.

[229] L'alinéa 6(1)d) de la *Loi* exige qu'il soit conclu que le recours collectif « serait la meilleure procédure pour que soit réglé de façon juste et efficace le litige ». Dans l'arrêt *Hollick*, la Cour suprême a conclu que la « question du meilleur moyen » est fonction des trois principaux avantages du recours collectif : l'économie de ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements. En même temps, le par. 6(2) de la *Loi* énonce un certain nombre d'éléments qui doivent être pris en considération lors de l'application de l'al. 6(1)d). J'attire en particulier l'attention sur l'al. 6(2)f) qui habilite la cour à tenir compte de « toute autre question que la cour estime pertinente ». Une étude pancanadienne de la législation régissant les recours collectifs révèle qu'il n'existe une disposition équivalente que dans trois provinces : voir *Class*

*Proceedings Act*, S.A. 2003, ch. C-16.5, par. 5(2), *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, par. 4(2); et *Class Proceedings Act*, S.N.S. 2007, ch. 28, al. 7(2)(f). Cependant, si je m'intéresse à l'al. 6(2)f) de notre *Loi*, ce n'est pas pour laisser entendre que la loi du Nouveau-Brunswick élargit l'état du droit énoncé dans l'arrêt *Hollick* et que, en quelque sorte, les juges du Nouveau-Brunswick jouissent d'une plus grande souplesse pour décider s'ils doivent ou non certifier un recours collectif envisagé. La jurisprudence et la législation existantes donnent aux juges saisis d'une motion une latitude suffisante pour approuver ou rejeter un tel recours.

[230] La jurisprudence établit de façon constante que l'exigence relative à la meilleure procédure comporte deux éléments. Premièrement, le tribunal doit conclure que le recours collectif est une méthode équitable, efficiente et gérable pour faire avancer le litige et, deuxièmement, qu'il est préférable aux autres moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe. Par ailleurs, comme je l'ai indiqué, la même jurisprudence nous enseigne que l'analyse dite de la meilleure procédure est fonction de trois principaux avantages : l'économie de ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements. Il est également vrai qu'il est possible de satisfaire à l'exigence de la meilleure procédure lorsqu'il existe d'importantes questions individuelles. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que les questions communes prévalent sur les questions individuelles : voir en général *Defending Class Actions in Canada* à la p. 191 et suiv.

[231] Toute analyse relative à la question de la meilleure procédure doit répondre à une question à la fois simple et essentielle : le refus de rendre une ordonnance de certification privera-t-il les demandeurs d'un accès à la justice; sommes-nous en présence d'une transgression pour laquelle il n'existerait pas de réparation efficace, si je puis dire? Personne ne devrait ergoter sur la prémisse selon laquelle, si le présent recours collectif ne va pas de l'avant, il est peu probable que les personnes qui ont des demandes modestes au titre de la souffrance morale entament des procédures judiciaires sous le régime de la législation régissant les petites créances. Par contre, si le recours collectif va bel et bien de l'avant, et si le manquement à une obligation de diligence est établi, il faut

alors se demander si les patients dont les demandes sont modestes seraient vraiment intéressés à introduire un recours en justice compte tenu du fait qu'un montant global de dommages-intérêts est exclu. Chaque demandeur devra plutôt présenter une demande de dommages-intérêts pour souffrance morale qui satisfait au critère préliminaire énoncé dans l'arrêt *Mustapha*. Le fait qu'une preuve documentaire et des témoignages seront nécessaires, et qu'il faudra compter sur la collaboration du médecin ou du psychologue de chaque patient, rend moins attrayante l'introduction d'un recours en justice pour obtenir des dommages-intérêts symboliques. Tout cela mène à la conclusion qu'un recours collectif pour faute médicale perd de son attrait aussi longtemps que le montant de l'éventuelle réparation ne dépasse pas le plafond imposé pour les petites créances. Compte tenu de la jurisprudence, la plupart des 15 770 demandeurs potentiels peuvent espérer toucher 1 000 \$ de dommages-intérêts. C'est le cas des 10 000 patients environ pour lesquels aucun changement n'a été apporté au rapport de pathologie original par suite du réexamen des échantillons.

[232] La question suivante est également simple : l'accès à la justice doit-il toujours signifier un accès à une réparation pécuniaire pour manquement à une obligation en droit? À mon avis, ce n'est pas le cas. En effet, toutes les transgressions ne doivent pas donner lieu à une réparation pécuniaire. Cette assertion mène à une autre question : le patient raisonnable ne serait-il pas plus intéressé à avoir accès à des soins médicaux appropriés dans la région de la Miramichi qu'à avoir accès à des dommages-intérêts symboliques? L'un des objectifs de la législation en matière de recours collectif est de faire en sorte que les personnes qui se sont mal conduites ne soient pas récompensées en raison de l'incapacité des personnes vulnérables ou financièrement démunies de recourir à un moyen rapide et efficace de réparer un préjudice. Toutefois, en l'espèce, l'objectif de modification des comportements perd son caractère persuasif, sinon sa pertinence. Comme je l'ai expliqué plus haut, avant que les appelants n'intentent leur recours collectif, le gouvernement a reconnu la gravité de ce qui s'était passé à l'hôpital et il a mis sur pied une Commission d'enquête dont le mandat était d'examiner la prestation des services de pathologie à l'hôpital et, plus généralement, dans toute la province. Le rapport qui en a découlé renferme plus de 50 recommandations. Notre Cour se refuse à

conjecturer sur la question de savoir si le gouvernement a donné suite à ces recommandations. Toutefois, le fait d'autoriser un recours collectif à aller de l'avant dans des circonstances où les demandeurs espèrent encaisser jusqu'à 197 millions de dollars de dommages-intérêts pour souffrance morale a plus une apparence punitive que réformatrice.

[233] Qu'en est-il de l'accès à la justice des patients qui ont subi un grave préjudice à la personne en raison d'une erreur de diagnostic? Le recours collectif envisagé défendra-t-il vraiment leurs intérêts? Il est clair que la réponse est non. La distinction entre les demandes des patients qui ont subi un grave préjudice à la personne et les « demandes modestes » des autres patients tient uniquement au fait que dans le premier cas, le montant revendiqué dépasse le plafond imposé pour les petites créances. Toutefois, établir une distinction entre ces deux groupes sur la seule base du montant de la réparation pose clairement problème. En effet, pour les membres du plus petit des deux groupes, la souffrance morale découle de la révélation qu'ils ont été victimes d'une erreur de diagnostic, et non de l'annonce que l'hôpital avait décidé de procéder à un réexamen indépendant des analyses pathologiques du D<sup>r</sup> Menon. Pour compliquer encore les choses, des dommages-intérêts pour souffrance morale liés à des lésions corporelles peuvent être obtenus sans qu'il soit nécessaire de satisfaire au critère préliminaire énoncé dans l'arrêt *Mustapha* : voir Lewis N. Klar, *Tort Law*, 5<sup>e</sup> éd. (Toronto : Carswell, 2012), p. 497 et suiv. Les problèmes juridiques des appelants ne s'arrêtent pas là.

[234] Si l'on met de côté la question des dommages-intérêts pour souffrance morale, il est certain que l'action que les appelants ont intentée au nom des patients qui ont été victimes d'une erreur de diagnostic et ont subi un grave préjudice à la personne est vouée à l'échec. Le droit actuel exige en effet une preuve de négligence pour chaque patient qui a reçu un diagnostic erroné, ainsi qu'une preuve du lien de causalité et du préjudice. Pourtant, les plaidoiries des appelants ne laissent aucune place au recouvrement de dommages-intérêts par suite d'une erreur de diagnostic consécutive à une négligence, conformément aux principes applicables en matière de négligence. Les appelants ont plutôt plaidé que le D<sup>r</sup> Menon avait manqué à son obligation de

« maintenir ses compétences » et que ce manquement donnait lieu à des dommages-intérêts. Si le droit devait imposer une obligation ou une norme de diligence relativement à la compétence d'un médecin, on pourrait alors faire valoir qu'il suffirait aux demandeurs de prouver que le D<sup>r</sup> Menon était incompetent et que l'hôpital a fait preuve de négligence en l'engageant et en le gardant à son service. Il ne serait pas nécessaire de prouver que le D<sup>r</sup> Menon a fait preuve de négligence relativement à chaque patient qui a été victime d'une erreur de diagnostic. Toutefois, cela n'est sûrement pas l'état du droit ni même soutenable. Pour ce qui est des patients qui ont été victimes d'une erreur de diagnostic et qui ont subi un grave préjudice à la personne, le recours collectif envisagé doit être décevant.

[235] En résumé, l'application de l'exigence relative à la meilleure procédure appuie la décision du juge saisi de la motion de refuser la certification. Le recours collectif n'est pas le meilleur moyen de régler de façon juste et efficace le litige. L'action ne promouvra pas véritablement les intérêts des patients qui ont été victimes d'une erreur de diagnostic et ont subi un grave préjudice à la personne. Leurs réclamations au titre des lésions corporelles qu'ils ont subies n'ont aucune chance de succès tant et aussi longtemps que la cause d'action unificatrice des demandeurs sera fondée sur l'obligation de compétence d'un médecin. Des dommages-intérêts pour souffrance morale ne constituent pas une solution de rechange convenable. En ce qui concerne les patients qui ont de modestes demandes fondées sur la souffrance morale, le recours collectif devient ingérable une fois qu'il est accepté qu'il est impossible d'obtenir des dommages-intérêts globaux. On peut sans doute raisonnablement inférer que le fardeau de preuve et la tension additionnelle qui pèsent sur chacun des demandeurs pour établir qu'ils ont souffert d'une maladie psychologique grave et prolongée après avoir appris que leur biopsie originale allait faire l'objet d'un réexamen indépendant, sont immenses. Ce fardeau doit être mis en opposition avec la réalité que les demandes modestes exigent des dommages-intérêts modestes. De fait, il y aurait quelque chose d'antinomique à plaider que l'on présente une demande modeste au titre d'une maladie grave et prolongée. Finalement, il faut tenir compte du fait que le gouvernement a déjà pris des mesures pour assurer la prestation de services de pathologie appropriés dans la région de Miramichi.

Par conséquent, l'objectif de modification des comportements n'est plus aussi primordial qu'il le serait si le gouvernement n'avait rien fait. Collectivement, les considérations qui précèdent viennent conforter la décision du juge saisi de la motion de ne pas certifier le recours collectif.

VII. Dispositif

[236] Je suis d'avis de rejeter l'appel. Compte tenu du facteur temps et de la complexité de l'affaire, chacun des intimés a droit à des dépens de 15 000 \$.