

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

125-23-CA

JAYDE SCOTT, ON BEHALF OF HERSELF
AND OTHER CLASS MEMBERS

APPELLANTS

- and -

REGIONAL HEALTH AUTHORITY B, DBA
HORIZON HEALTH NETWORK, AND NICOLE
RUEST

RESPONDENTS

Scott, on behalf of herself and other class members
v. Regional Health Authority B, dba Horizon Health
Network, and Ruest, 2024 NBCA 146

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice LeBlond

Appeal from a decision of the Court of King's
Bench:
November 29, 2023

History of Case:

Decision under appeal:
2023 NBKB 209

Preliminary or incidental proceedings:
2024 NBCA 21

Appeal heard:
September 12, 2024

Judgment rendered:
December 19, 2024

Counsel at hearing:

For the appellants:
John McKiggan, K.C.
Virginia Gillmore

JAYDE SCOTT, EN SON PROPRE NOM ET AU
NOM D'AUTRES MEMBRES DU GROUPE

APPELANTES

- et -

RÉGIE RÉGIONALE DE LA SANTÉ B,
FAISANT AFFAIRE SOUS LA RAISON
SOCIALE RÉSEAU DE SANTÉ HORIZON, ET
NICOLE RUEST

INTIMÉES

Scott, en son propre nom et au nom d'autres
membres du groupe c. Régie régionale de la santé
B, faisant affaire sous la raison sociale Réseau de
santé Horizon, et Ruest, 2024 NBCA 146

CORAM :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LeBlond

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :
le 29 novembre 2023

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2023 NBBR 209

Procédures préliminaires ou accessoires :
2024 NBCA 21

Appel entendu :
le 12 septembre 2024

Jugement rendu :
Le 19 décembre 2024

Avocats à l'audience :

Pour les appelantes :
John McKiggan, c.r.
Virginia Gillmore

For the respondent Regional Health Authority B,
dba Horizon Health Network:
Ryan Burgoyne
Andrea Pierce

For the respondent Nicole Ruest:
Andrew Faith
Emily Young

THE COURT

The appeal is allowed with two sets of costs, each in the amount of \$4,000, with one set payable by each of the respondents to the appellants.

Pour l'intimée Régie régionale de la santé B, faisant affaire sous la raison sociale Réseau de santé Horizon :
Ryan Burgoyne
Andrea Pierce

Pour l'intimée Nicole Ruest
Andrew Faith
Emily Young

LA COUR

L'appel est accueilli et sont adjugées deux masses de dépens de 4 000 \$ chacune, une masse de dépens étant payable aux appelantes par chacune des intimées.

The following is the judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction

[1] The proposed class action representative plaintiff and appellant, Ms. Scott, attended at The Moncton Hospital on March 27, 2019, to give birth to twins. Her labour had been progressing normally. When she was admitted to the labour and delivery unit, she was attended to by the respondent nurse, Nicole Ruest, whom, Ms. Scott alleges, administered intravenously, without medical authorization, a drug known as Oxytocin which can be prescribed to assist with labour and delivery when properly monitored. Within minutes, she experienced such strong and prolonged contractions that her babies went into distress, and she had to undergo an emergency caesarean section. It was determined that Nurse Ruest had tampered with the intravenous bag and, upon testing by the hospital, it contained traces of Oxytocin. Nurse Ruest was terminated from her employment that day.

[2] As will be seen below, several other women were put through similar experiences prior to Ms. Scott's hospital admission, many of whom identified Nurse Ruest as their attending nurse.

[3] Ms. Scott commenced this action which she sought to have certified as a class action pursuant to the *Class Proceedings Act*, R.S.N.B. 2011, c. 125, (the "Act"). The motion for certification was denied by the judge, principally because of her determination that Ms. Scott was not able to identify the proposed class without delving into the merits of each proposed class member's claim. That determination led to her further conclusions that the proposed common issues were not sufficiently connected to the proposed class and that a class action was not the preferable procedure to follow in this case.

[4] Ms. Scott appeals. For the reasons set out below, the Court concludes the motion judge erred in law by including in her analysis a merits assessment with respect to a claims-based proposed class under s. 6(1)(b) of the *Act* and that analysis then tainted her assessments of the common issues criterion under s. 6(1)(c) and the preferable procedure criterion under s. 6(1)(d). We therefore allow the appeal.

II. Factual Context

[5] The criteria to be met in order to obtain certification are set out in s. 6(1) of the *Act* as follows:

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 more persons,
- (c) the claims of the class members raise a common issue, whether or not the common issue predominates over issues affecting only individual members,
- (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the dispute, and
- (e) there is a person seeking to be appointed as representative plaintiff for the class who

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 personnes ou plus;
- 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) le recours collectif serait la meilleure procédure pour que soit réglé de façon juste et efficace le litige;
- 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. |

[6] The criteria which are the subject of the appeal are those set out in ss. 6(1)(b), (c) and (d). The jurisprudence, discussed below, sets a low threshold for certification and, in particular, for the impugned subsections. There need only be some basis in fact to meet each of these criteria. A review of the facts before the motion judge is therefore in order.

[7] Nurse Ruest worked exclusively in the hospital's labour and delivery unit from September 2010 to March 2019.

[8] In addition to the evidence of Ms. Scott, additional evidence of women who found themselves faced with emergency deliveries following interventions by Nurse Ruest may be summarized as follows. Their names are not revealed to preserve anonymity at this stage.

Mother 1

[9] Mother 1 was admitted to the hospital on June 10, 2018, to be induced for labour on her treating physician's order. Nurse Ruest was present and, according to Mother

1, seemed rushed and annoyed. Nurse Ruest hooked up an IV bag and, within five to seven minutes, Mother 1's chest became heavy, her eyes rolled back, and she experienced sharp pain. Nurse Ruest told Mother 1's companion to remain outside the curtain. A doctor came in and yelled at Nurse Ruest that the baby might not make it. The situation was so urgent that a caesarean section had to be performed without anesthetics. Nurse Ruest kept repeating, "I'm sorry". Mother 1 later asked the hospital's Medical Chief of Staff whether he was aware if Nurse Ruest had previously overdosed other women with Pitocin, an Oxytocin derivative, and he replied affirmatively.

Mother 2

[10] Mother 2 was admitted on September 13, 2018. Nurse Ruest was present and told her she would give her a low dose of Pitocin. Less than five minutes later, Mother 2 had a long painful contraction. She could barely stand and could not speak because of the pain. Her baby's fetal heart rate dropped. Additional personnel rushed into the room and the nurse in charge of the group yelled at Nurse Ruest to turn off the IV pump, but she did not. Mother 2 underwent an emergency caesarean. Her physician later told her he believed she had received an overdose of Pitocin.

Mother 3

[11] Mother 3 was admitted on July 17, 2017, and Nurse Ruest was present. She asked if Mother 3 wished to have an epidural and Mother 3 agreed. Nurse Ruest also installed an IV line and very shortly thereafter, Mother 3 experienced a strong painful contraction. Her baby was in distress, and she was able to deliver vaginally. Her doctor later told her he believed she had been given an overdose of Oxytocin.

Mother 4

[12] Mother 4 was admitted on August 13, 2015. Upon her admission, an IV saline lock was set up, but no bag was attached. While labour progressed, Nurse Ruest

arrived for her shift. Mother 4, also a nurse, knew her personally. Not long after her arrival, Nurse Ruest told Mother 4 labour was slow and asked if she could administer Pitocin. Mother 4 specifically refused as she did not want it. Moreover, as far as she knew, her physician had not authorized it. Nurse Ruest gave her an injection of what Mother 4 believed was Fentanyl, as Mother 4 had requested it, by injecting the saline lock. Within minutes, her contractions became unbearable. Her baby's fetal heart rate dropped. The emergency team came to the room and because she was suddenly fully dilated, she was able to deliver vaginally.

[13] There were other accounts of similar experiences before the motion judge. Ms. Scott's counsel advised at the hearing of the appeal that as many as 200 women had contacted them to voice similar concerns. This is consistent with statistical evidence before the motion judge which showed an unusually high number of emergency deliveries during the relevant period. At any rate, the evidence before the motion judge was unchallenged by the respondents.

III. The Motion Judge's Decision

[14] The motion judge began her analysis by citing the seminal decision of the Supreme Court of Canada on the subject of certification of class proceedings, *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158. That decision will be more fulsomely reviewed in the Court's analysis below. The judge identified three goals a class action is intended to address:

1. Access to Justice;
2. Efficient use of judicial resources; and
3. Sanctioning wrongdoers and modifying behaviour.

[15] The motion judge then acknowledged that certification is a procedural step, and specifically noted that the court is not to determine the merits of the action. In support of this assertion, she cited the Court's decision in *Gay et al. v. Regional Health Authority*

7 and *Dr. Menon*, 2014 NBCA 10, 421 N.B.R. (2d) 1, which endorsed a broad and liberal interpretation of the *Act*.

[16] The judge then referenced s. 9 of the *Act* which sets out issues which are not to serve as bars to certification. It reads as follows:

Certain matters not bar to certification

Questions n'empêchant pas la certification

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;
- (b) the relief claimed relates to separate contracts involving different class members;
- (c) different remedies are sought for different class members;
- (d) the number of class members or the identity of each class member is not ascertained or may not be ascertainable;
- (e) the class includes a subclass whose members have claims that raise common issues not shared by all class members.

- a) les mesures de redressement demandées comprennent une demande en dommages-intérêts qui exigerait, une fois les questions communes décidées, une évaluation individuelle;
- b) les mesures de redressement demandées portent sur des contrats distincts concernant différents membres du groupe;
- c) des mesures de redressement différentes sont demandées pour différents membres du groupe;
- d) le nombre de membres du groupe ou l'identité de chaque membre du groupe n'est pas établi ou ne peut l'être;
- 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.

[17] Section 9 is, of course, consistent with the broad and liberal interpretation to be given to s. 6.

[18] The judge specifically acknowledged, consistent with *Hollick* and *Gay*, that the threshold for certification is low in that there need only be some basis in fact to meet the impugned s. 6 criteria.

[19] The judge then referred to the later Supreme Court decision in *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, which expands upon the “some basis in fact” test from *Hollick*. *Pro-Sys* repeats that certification is not meant to be a test of the merits of the action. The motion judge highlighted para. 100:

The *Hollick* standard of proof asks not whether there is some basis in fact for the claim itself, but rather whether there is some basis in fact which establishes each of the individual certification requirements. [...]

[20] She then goes on to highlight para. 102 of *Pro-Sys*:

[...] The *Hollick* standard has never been judicially interpreted to require evidence on a balance of probabilities. [...] The “some basis in fact” standard does not require that the court resolve conflicting facts and evidence at the certification stage. [...] **The certification stage does not involve an assessment of the merits of the claim** and is not intended to be a pronouncement on the viability or strength of the action; rather it focuses on the form of the action in order to determine whether the action can appropriately go forward as a class proceeding.[...] [Emphasis added]

[21] Because of the low threshold and the fact a motion for certification will typically occur in the early stages of the proceeding, the judge acknowledged the evidence to be presented in support of certification will be limited.

[22] The judge then strayed from the *Hollick/Pro-Sys/Gay* principles beginning at para. 35 of her decision where she appeared to place reliance on the opinions of the

experts filed by the respondents. Their reports went to the issue of causation or merits, and not to the issue of the “some basis in fact” test. The motion judge then digressed, whether inadvertently or not, to state “the issue of the adequacy of the evidentiary record presented in support of the motion for summary judgment, [which was clearly not before her] becomes more of an issue as we proceed to the remaining criteria in s. 6(1) of the *Act*” (those in s. 6(b), (c) and (d)), (para. 48). The judge had already determined the Amended Statement of Claim disclosed a viable cause of action which is not governed by the “some basis in fact” test but rather by the “plain and obvious” pleading test.

[23] The judge proceeded to her analysis of whether the evidence supports an identifiable class as required by s. 6(1)(b) of the *Act*. It need only consist of two or more persons. The amended definition of the proposed class that was before the judge is as follows:

All persons who allege they received Oxytocin that was not appropriately administered as a result of Nicole Ruest’s actions while a patient in the Moncton City Hospital between September 2010 and March 2019, and claim they suffered harm or loss as a result. [Emphasis added]

[24] We pause to note that the timeline set out in the definition is the period during which Nurse Ruest worked exclusively in the labour and delivery unit of the hospital.

[25] The judge then referred to para. 100 of *Gay* for guidance with the “some basis in fact” analysis to determine if a class is identified in this case. She drew the following highlights from *Gay*’s application of the *Hollick* principles:

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;
2. There must be a rational relationship between the proposed class and the asserted common issues; 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.

[26] The judge summarized the position of the defendants who argued the representative plaintiff had failed to identify a class as the proposed definition was too broad and not sufficiently connected to the proposed common issues. She again referred to *Gay* where the Court confirmed the identifiable class requirement entails a fair degree of interconnection between a class definition and the common issues. However, this analysis is still subject to the low threshold of the “some basis in fact” requirement. The judge noted, firstly, the hospital’s argument that the interconnection is not established without reference to the low threshold test and, secondly, that Nurse Ruest argued whether a class member was actually harmed (which we note goes to the merits) can only be determined by individual trials. Finally, the judge pointed out the plaintiff’s position that a class definition does not require all members to be ultimately successful in proving their claims at trial as that is not a reason for determining the proposed class definition is deficient.

[27] Beginning at para. 55 of her decision, the judge then moved to her acceptance of the defendants’ arguments, perhaps with the influence of their experts’ opinions as earlier noted, that the definition “attempts to invoke an impermissible merits-based definition”. She cited *Cirillo v. Ontario*, 2021 ONCA 353, [2021] O.J. No. 2886 (QL), a case involving certification of a class definition which, unlike the case at bar, included a causation criterion.

[28] At para. 56 of her decision, because the judge characterized the class as being merits-based, she then stated she could not rule on this criterion for certification without delving into the merits. She wrote, “In order to determine if someone is a member of the proposed class, it is necessary to determine that oxytocin was not appropriately administered by the Defendant Ruest, and they suffered harm” (emphasis added).

[29] The judge wrote further, “[...] the objective criteria can only be satisfied following an analysis of the merits of the action.” Finally, she stated, “[...] the class definition proposed in this case requires the determination of a causation element before membership in the class can be confirmed” (emphasis added). We note this is akin to a Rule 22 analysis for summary judgment.

[30] The judge then briefly dealt with the proposed common issues criterion of s. 6(1)(c). The proposed common issues are:

1. Did either of the defendants owe a duty of care to the class members to protect them from actionable harm?
2. If the answer to question 1 is yes, did the defendants breach their duty of care?
3. Did either of the defendants owe a fiduciary duty to the class members to protect them from actionable harm?
4. If the answer to question 3 is yes, did the defendants breach their fiduciary duty?
5. If the answers to questions 2 and/or 4 are yes, are the defendants directly and/or vicariously liable for the actionable harm perpetrated by the defendants, or either of them, on the class members?
6. If either of the defendants breached their fiduciary duty and/or duty of care to class members, can damages be assessed on an aggregate basis? If so, in what amount?
7. Are the class members entitled to an award of aggravated, exemplary or punitive damages based on the defendants’ conduct? If so, in what amount?

[31] She then reviewed the preferable procedure criterion of s. 6(1)(d) and, without any significant analysis, concluded the class action was not the preferable procedure in what she had again determined is a merits-based class.

[32] At para. 66 of the decision, the judge stated she was unable to conclude there is some basis in fact that the resolution of the common issues will avoid duplication of fact finding or legal analysis. She wrote “[...] individual factfinding assessments would be required to determine if someone was a member of the class even before a common issues trial.”

[33] Her conclusion on the criterion of an identifiable class is expressed thus: “I am unable to conclude that there is an identifiable class from which common issues arise” (para. 68).

[34] Finally, she found the class action goal of sanctioning wrongdoers and modifying behaviours, compelling in this case. However, because she felt there were no common issues applicable to the proposed class, as she characterized it, she determined that this goal was not sufficiently compelling to certify the class.

IV. Grounds of Appeal

[35] The appellants assert the judge erred:

1. In failing to find some basis in fact to confirm an identifiable class. (s. 6(1)(b));
2. In failing to find some basis in fact for the proposed common issues. (s. 6(1)(c)); and
3. In not finding a class action was the preferable procedure to determine the common issues. (s. 6(1)(d)).

V. Standard of Review

[36] To the extent the grounds raise questions of mixed fact and law, they are subject to review under the palpable and overriding standard. However, if errors of law can

be extricated from the judge's analysis, they are subject to review under the standard of correctness, as are any and all errors of law: *Gay*, at para. 48.

VI. Analysis

[37] We begin with a closer review of *Hollick* to underscore the fundamentals of why class proceedings have become a valuable procedural tool to efficiently and on a principled basis, deal with complicated cases involving plaintiffs whose potential claims have some basis in fact for common disposition. McLachlin C.J.C. writing for the Court, begins with the legislative history of the Ontario Act at issue in that case, which is very similar to the New Brunswick Act. She makes clear that the legislation should be construed generously. At para. 14, she notes it was adopted “to ensure that the courts had a procedural tool sufficiently refined to allow them to deal efficiently and on a principled rather than ad hoc basis, with the increasingly complicated cases of the modern era.” She then turns to the three important advantages of a class action as a procedural tool as opposed to a multiplicity of individual proceedings:

1. To serve judicial economy by avoiding unnecessary duplication in fact-finding and legal analysis;
2. To spread litigation costs amongst class members to make the prosecution of claims more economical given that any one class member would find it too costly to prosecute on his/her own;
3. To promote efficiency and justice by ensuring wrongdoers modify their behaviours to take full account of the harm caused to the public.

[38] The Chief Justice notes it is essential the courts not take an overly restrictive approach to the legislation but rather interpret it in a way that gives full effect to its intended benefits. She writes at para. 16: “It is particularly important to keep this principle in mind at the certification stage.”

[39] There is no preliminary merits test to certification. The only preliminary test reflected in the *Act* is that the Statement of Claim discloses a cause of action, and, as noted, the motion judge found that this criterion was satisfied.

[40] McLachlin C.J.C. wrote further at para. 16 of *Hollick*: “[...] the certification stage focuses on the form of the action” (emphasis in original). At the certification stage, the court does not delve into an analysis of whether the claim is likely to succeed but “whether the suit is appropriately presented as a class action.”

[41] The determination of whether there is an identifiable class is premised on objective criteria, again, without reference to the merits of the action. The question to be asked is upon what basis in fact can a proposed member claim to be part of a class?

[42] Regarding common issues, McLachlin C.J.C. acknowledged this is a more difficult question. She wrote that an issue is common where its resolution is necessary to resolve a substantial portion of each member’s claim as she noted in her earlier decision in *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534, at para. 39. She confirms resolution of the common issues need not be dispositive of each member’s claim. On some issues, there is no doubt that some aspect of the issue of liability will be common to all claims within the meaning of the *Act*. There need only be a rational connection between the class as defined and the asserted common issues.

[43] Although the common issues may raise a more difficult question, it is not overly onerous. As McLachlin C.J.C. notes at para. 21 of *Hollick*, there is no need to show everyone in the class shares the same interest in the resolution of any particular common issue so long as the representative plaintiff can show the class is not unnecessarily broad. All the representative plaintiff is required to do is show some basis in fact for each of the statutory requirements except the disclosure of a cause of action, which is determined by the “plain and obvious” rule (para. 25).

[44] On the preferable procedure criterion, McLachlin C.J.C. wrote that “preferable” is meant to be construed broadly to capture two elements: first, that the class proceeding be a fair, efficient, and manageable method of advancing the claim; and second, that it be preferable to other procedures such as joinder, consolidation, individual test cases and so on. It is not possible to assess this requirement without looking at the common issues in their context: *Hollick*, at para. 28.

[45] The *Act* requires only that the class action be preferable to resolving common issues, and not each member’s claim. At para. 29, McLachlin C.J.C. notes the importance of adopting a practical cost benefit approach and to consider the impact of a class proceeding on the class members, the defendants and the court.

A. *Ground 1: the identification of the class*

[46] Given the above principles, with respect, the motion judge erred in law in finding the definition of the class in this case could not objectively be determined because, to be part of the class, each member had to know they were inappropriately administered Oxytocin (para. 59). Her error resides in the fact she concluded the definition required a determination of the merits before the class could be identified. It is sufficient for class members to allege or believe they were inappropriately administered Oxytocin and there is no requirement for an analysis of the merits at that stage.

[47] The basis in fact stems from the inevitable conclusion any mother can determine on her own if she believes she fits into a class of expecting mothers about to go through labour and birth where:

1. The labour was progressing normally upon admission to the hospital;
2. She saw or was told by a medical professional a substance was introduced into her IV bag;

3. Within a few minutes of the substance being introduced she experienced abrupt, unexplained and uncontrollable contractions;
4. Her baby went into fetal distress as a result; and
5. She had to undergo an emergency vaginal delivery or caesarean section.

[48] To meet the class identification criterion established by those facts, there was no necessity to delve into any merit analysis. As discussed below, the judge's error in law on that score then tainted her analysis of the next two criteria.

[49] The proposed class definition uses the modifiers or limiters "allege" and "claim". These are entirely appropriate to circumscribe a class: *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184; *Attis v. Canada (Minister of Health)*, [2007] O.J. No. 1744 (QL) (S.C.J.), aff'd 2008 ONCA 660, [2008] O.J. No. 3766 (QL), leave to appeal refused, [2008] S.C.C.A. No. 491 (QL) (S.C.C.); *Merck Frosst Canada Ltd. v. Wuttunee*, 2009 SKCA 43, [2009] S.J. No. 179 (QL); *Hayes v. City of Saint John*, 2017 NBQB 25, [2017] N.B.J. No. 57 (QL).

[50] Winkler J is often quoted on this point. While he was with the Ontario Superior Court of Justice, he wrote in *Attis*:

The use of "claims made" limiters has not been universally accepted. Some courts have characterized them as verging into an impermissible "merits-based" definition. I do not share this view. If membership in a class is defined as those who make claims in respect of the particular event or alleged wrong, no determination of the merits of any particular claim is necessary prior to making a determination as to whether the claimant is a member of the class. Similarly, if a person's claim fails, it does not eliminate the person from the class, rather it demarks the claimant as a class member whose claim has been determined through a binding process. It is not the purpose of class proceedings, or class definitions, to bind only successful claimants. All those persons who may bring

claims in respect of a particular event or allegation should be bound if possible, subject of course to the legislated exception of those putative class members who exercise the right to opt out of a class proceeding. [Emphasis added; para. 56]

[51] The necessity for individual causal investigations occurs at the individual issues stage, following determination of the common issues, as contemplated by s. 9 of the *Act*, and does not constitute a barrier to identifying the class.

[52] Finally, on the issue of class identification, in answer to the respondents' argument that a claims-made limiter does not provide the necessary certainty of identifying the individuals bound by the class definition, Winkler J in *Attis* clearly states that defining a class as persons "who claim" includes individuals who may come forward in the future. As a result, both the defendants and the court will be able to determine whether any individual is included in the class and bound by the resolution of the common issues. It is therefore trite that all class members need not be identified at the time of class certification. A claims-made definition leaves defendants in no different a position with respect to class membership than would otherwise be the case (para. 57).

B. *Ground 2: the common issues*

[53] Paragraph 59 of the judge's decision confirms her assessment of this criterion was tainted by her analysis of class identification. While she acknowledged appropriate common issues had been identified, she wrote:

[...] While the common issues set out questions which could appropriately be considered in the context of a class proceeding as they involve the general determinations on issues of duty of care, fiduciary duty, liability and potential damages, these questions are not, in my view, rationally tied to the class definition. The class definition requires an individual determination on the merits of the action in order to ascertain whether the individual received an inappropriate administration of oxytocin. [...] [Emphasis added; para. 59]

[54] This conclusion results in a further error in law of the same nature as the one we discussed above relating to the analysis of the identifiable class. The fact the case concerns a claims-based and not a merits-based class results in the common issues identified above as numbers 1-5 in para. 30 being rationally connected with each class member's claim. Common issue 5 dealing with liability can be dealt with by first determining, at the common issues trial, what principles inform the determination of liability subject to then dealing with each member's causation determination at the individual trials portion of the proceeding.

[55] There is no doubt that resolution of these common issues will significantly advance the case for all class members consistent with the *Hollick* principles referenced in para. 37 above. As for the proposed common issues dealing with aggregate or punitive damages, those can be set aside subject to the revision process set out in *Gay*.

C. *Ground 3: the preferable procedure*

[56] The motion judge's error in law relating to the identifiable class criterion extended into her determination that the class proceeding was not the preferable method to deal with the class members' claims. While the preferable procedure criterion requires a weighing and balancing exercise, deference would typically be owed to a judge's determination of the same. However, the Supreme Court's decision in *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949, makes clear that deference does not shield a decision from appellate review for errors in principle (para. 65). A motion judge's failure to consider the factors set out in *Fischer* also militates against the deference otherwise owed.

[57] The preferable procedure analysis must be conducted through the lens of the three principal goals of a class action: judicial economy, access to justice and behaviour modification. The ultimate question is whether there are other avenues for resolving the claims which would be preferable to a class action and not whether the class proceeding will fully achieve all three goals: *Fischer*, at paras. 22-23.

[58] Moreover, the *Fischer* decision requires the judge to conduct a comparative exercise. The Supreme Court sets out five questions which ought to be addressed to inform the analysis:

1. What are the barriers to access to justice?
2. What is the likelihood a class proceeding will respond to those barriers?
3. What are the alternative procedures?
4. To what extent do they address the barriers?
5. How do the options compare?

[59] In this case, as previously noted, the single largest factor amounting to a barrier to access to justice is the cost of litigating the claims individually when one considers the possibility that some of the claims may be relatively modest. The motion judge did not fully address this issue in her analysis, thus erring in law. Although she may have impliedly considered judicial economy, there is no consideration given to behaviour modification and very little given to access to justice. Moreover, she failed to consider the five questions set out in *Fischer* or, at best, did so in a cursory manner such that her analysis on the ability of a class action to address the barriers was incomplete.

[60] As noted, the high-cost barrier for each member of the class is significantly reduced with common costs being spread amongst the class. The alternative procedure of potentially having numerous actions commenced, as espoused by the judge, does nothing to address the access to justice barrier. Clearly, the preferable procedure weighs heavily in favour of the class proceeding.

[61] The judge fixated on the requirement for individual damage assessments as justification for determining the class action was not the preferred way to proceed,

notwithstanding the provision to the contrary in s. 9(a) of the *Act* which specifically states individual damage assessments after determination of the common issues cannot be invoked to justify refusal of certification. This is entirely consistent with the *Hollick* principle that the court must not delve into the merits at the certification stage of a claims-based proposed class action.

VII. Conclusion

[62] The identifiable class defined as “[a]ll persons who allege they received Oxytocin that was not appropriately administered as a result of Nicole Ruest’s actions while a patient in the Moncton City Hospital between September 2010 and March 2019, and claim they suffered harm or loss as a result” is hereby certified in accordance with s. 6(1)(b) of the *Act*.

[63] The common issues to be determined, in accordance with s. 6(1)(c), are as follows:

1. Did either of the defendants owe a duty of care to the class members to protect them from actionable harm?
2. If the answer to question 1 is yes, did the defendants breach their duty of care?
3. Did either of the defendants owe a fiduciary duty to the class members to protect them from actionable harm?
4. If the answer to question 3 is yes, did the defendants breach their fiduciary duty?
5. If the answers to questions 2 and/or 4 are yes, are the defendants directly and/or vicariously liable for the actionable harm perpetrated by the defendants, or either of them, on the class members?

[64] The class action is the preferable procedure to follow in accordance with s. 6(1)(d).

VIII. Disposition

[65] For these reasons, we allow the appeal with two sets of costs, each in the amount of \$4,000, with one set payable by each respondent to the appellants.

LA COUR

I. Introduction

[1] L'appelante et représentante demanderesse du recours collectif proposé, M^{me} Scott, s'est présentée à L'Hôpital de Moncton le 27 mars 2019 pour donner naissance à des jumeaux. Son travail progressait normalement. Lorsqu'elle a été admise à l'unité de travail et d'accouchement, c'est l'infirmière intimée, Nicole Ruest, qui s'est occupée d'elle. M^{me} Scott allègue que M^{me} Ruest lui a administré par injection intraveineuse, sans autorisation médicale, de l'oxytocine, un médicament qui peut être prescrit pour faciliter le travail et l'accouchement sous surveillance appropriée. Dans l'espace de quelques minutes, M^{me} Scott a eu des contractions si fortes et prolongées que les fœtus se sont trouvés dans un état de souffrance fœtale, et elle a dû subir une césarienne d'urgence. Il a été établi que l'infirmière Ruest avait manipulé le sac de perfusion et, lors des analyses menées par l'hôpital, on a constaté que le sac contenait des traces d'oxytocine. L'infirmière Ruest a été congédiée de son emploi le même jour.

[2] Comme nous le verrons ci-après, plusieurs autres femmes ont eu des expériences semblables avant que M^{me} Scott soit admise à l'hôpital, dont plusieurs ont identifié l'infirmière Ruest comme leur infirmière traitante.

[3] M^{me} Scott a introduit la présente instance, pour laquelle elle a sollicité la certification comme recours collectif sous le régime de la *Loi sur les recours collectifs*, L.R.N.-B. 2011, ch. 125 (la *Loi*). La juge a rejeté la motion en certification, principalement parce qu'elle a conclu que M^{me} Scott n'était pas en mesure de délimiter le groupe proposé sans examiner au fond la demande de chaque membre du groupe proposé. Cette conclusion l'a amenée à conclure ensuite que les questions communes qui étaient proposées n'étaient pas suffisamment liées au groupe proposé et qu'un recours collectif n'était pas la meilleure procédure à suivre en l'espèce.

[4] M^{me} Scott interjette appel de cette décision. Pour les motifs énoncés ci-dessous, notre Cour conclut que la juge saisie de la motion a commis une erreur de droit en incluant dans son analyse une appréciation du fond de la demande relativement à un groupe proposé fondé sur les demandes, visé à l'al. 6(1)b) de la *Loi*, et cette analyse a ensuite vicié son appréciation du critère des questions communes visé à l'al. 6(1)c) et du critère de la meilleure procédure visé à l'al. 6(1)d). Nous accueillons donc l'appel.

II. Contexte factuel

[5] Les critères qui doivent être remplis pour que la certification soit accordée sont énoncés au par. 6(1) de la *Loi* :

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 more persons,
- (c) the claims of the class members raise a common issue, whether or not the common issue predominates over issues affecting only individual members,
- (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the dispute, and

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 personnes ou plus;
- 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) 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. |

[6] Le présent appel vise les critères énoncés aux al. 6(1)b), c) et d) de la *Loi*. Le seuil établi par la jurisprudence, discutée ci-après, pour la certification est peu élevé, particulièrement en ce qui concerne les alinéas contestés. Il suffit qu'il y ait un certain fondement factuel pour satisfaire à chacun de ces critères. Un examen des faits dont disposait la juge saisie de la motion est donc de mise.

[7] De septembre 2010 jusqu'en mars 2019, l'infirmière Ruest travaillait exclusivement à l'unité de travail et d'accouchement de l'hôpital.

[8] Le témoignage de M^{me} Scott et le témoignage complémentaire des femmes qui se sont retrouvées à subir des accouchements d'urgence à la suite d'interventions par l'infirmière Ruest peuvent se résumer ainsi. Afin de préserver l'anonymat à ce stade, leurs noms ne sont pas divulgués.

Mère n° 1

- [9] La mère n° 1 a été admise à l'hôpital le 10 juin 2018, afin que son travail soit induit selon les directives de son médecin traitant. L'infirmière Ruest était présente et, selon la mère n° 1, semblait pressée et agacée. L'infirmière Ruest a installé un sac de perfusion intraveineuse et, dans l'espace de cinq à sept minutes, la poitrine de la mère n° 1 s'est alourdie, ses yeux ont chaviré et elle a senti une douleur vive. L'infirmière Ruest a dit au compagnon de la mère n° 1 de rester à l'extérieur du rideau. Un médecin est entré et a crié après l'infirmière Ruest que le bébé ne survivrait peut-être pas. La situation était si urgente qu'il a fallu pratiquer une césarienne d'urgence sans anesthésie. L'infirmière Ruest ne cessait de répéter : [TRADUCTION] « Je suis désolée. » Plus tard, la mère n° 1 a demandé au chef du personnel médical de l'hôpital s'il savait si l'infirmière Ruest avait auparavant donné des surdoses de pitocine, un dérivé de l'oxytocine, à d'autres femmes, et il a répondu dans l'affirmative.

Mère n° 2

- [10] La mère n° 2 a été admise le 13 septembre 2018. L'infirmière Ruest était présente et lui a dit qu'elle lui donnerait une faible dose de pitocine. Moins de cinq minutes plus tard, la mère n° 2 a eu une longue contraction douloureuse. Elle pouvait à peine se tenir debout et ne pouvait pas parler en raison de la douleur. La fréquence cardiaque fœtale de son fœtus a chuté. Du personnel additionnel s'est précipité dans la chambre, et l'infirmière responsable du groupe a crié après l'infirmière Ruest de fermer la pompe de l'intraveineuse, mais celle-ci ne l'a pas fait. La mère n° 2 a subi une césarienne d'urgence. Plus tard, son médecin lui a dit qu'il croyait qu'elle avait reçu une surdose de pitocine.

Mère n° 3

- [11] La mère n° 3 a été admise le 17 juillet 2017, et l'infirmière Ruest était présente. Celle-ci a demandé à la mère n° 3 si elle souhaitait avoir une épidurale, et cette dernière a consenti. L'infirmière Ruest a aussi installé une ligne intraveineuse, et peu de

temps après, la mère n° 3 a eu une forte contraction douloureuse. Le fœtus était en état de souffrance fœtale, et la mère n° 3 a pu accoucher par voie vaginale. Plus tard, son médecin lui a dit qu'il croyait qu'elle avait reçu une surdose d'oxytocine.

Mère n° 4

[12] La mère n° 4 a été admise le 13 août 2015. Lors de son admission, une canule sodique pour intraveineuse a été installée, mais aucun sac n'a été attaché. Pendant l'évolution du travail, l'infirmière Ruest est arrivée pour son quart de travail. La mère n° 4, qui est elle aussi infirmière, la connaissait personnellement. Peu de temps après son arrivée, l'infirmière Ruest a dit à la mère n° 4 que son travail était lent, et elle lui a demandé si elle pouvait administrer de la pitocine. La mère n° 4 a expressément refusé, puisqu'elle n'en voulait pas. De plus, à sa connaissance, son médecin ne l'avait pas autorisée. L'infirmière Ruest lui a donné une injection de ce que la mère n° 4 croyait être du fentanyl, puisque la mère n° 4 l'avait demandé, en l'injectant dans la canule sodique. En l'espace de quelques minutes, ses contractions sont devenues insoutenables. La fréquence cardiaque fœtale de son bébé a chuté. L'équipe d'urgence est entrée dans la chambre et, puisqu'elle était soudainement complètement dilatée, la mère n° 4 a pu accoucher par voie vaginale.

[13] D'autres récits d'expériences semblables ont été présentés à la juge saisie de la motion. Lors de l'audition de l'appel, les avocats de M^{me} Scott ont dit que jusqu'à 200 femmes les avaient contactés pour faire part de préoccupations semblables, ce qui correspond à la preuve statistique dont disposait la juge saisie de la motion, preuve qui démontrait un nombre anormalement élevé d'accouchements d'urgence pendant la période pertinente. Quoi qu'il en soit, les intimées n'ont pas contesté la preuve qui avait été présentée à la juge saisie de la motion.

III. Décision de la juge saisie de la motion

[14] La juge saisie de la motion a entrepris son analyse en citant la décision de principe rendue par la Cour suprême du Canada sur la question de la certification de recours

collectifs, *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158. Cette décision fera l'objet d'un examen plus approfondi dans l'analyse de la Cour ci-après. La juge a relevé trois objectifs du recours collectif :

1. assurer l'accès à la justice;
2. favoriser l'utilisation efficace des ressources judiciaires;
3. punir les transgresseurs et modifier leur comportement.

[15] La juge saisie de la motion a ensuite reconnu que la certification est une étape de la procédure, et elle a précisément indiqué que la Cour ne doit pas statuer sur le fond de l'action. À l'appui de cette assertion, elle cite la décision de notre Cour dans *Gay et autres c. Régie régionale de la santé 7 et D' Menon*, 2014 NBCA 10, 421 R.N.-B. (2^e) 1, qui a approuvé une interprétation large et libérale de la *Loi*.

[16] La juge a ensuite renvoyé à l'art. 9 de la *Loi*, qui décrit les questions qui ne doivent pas faire obstacle à la certification. En voici le libellé :

Certain matters not bar to certification

Questions n'empêchant pas la certification

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;
- (b) the relief claimed relates to separate contracts involving different class members;

- a) les mesures de redressement demandées comprennent une demande en dommages-intérêts qui exigerait, une fois les questions communes décidées, une évaluation individuelle;
- 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;
 - (d) the number of class members or the identity of each class member is not ascertained or may not be ascertainable;
 - (e) the class includes a subclass whose members have claims that raise common issues not shared by all class members.
- c) des mesures de redressement différentes sont demandées pour différents membres du groupe;
 - d) le nombre de membres du groupe ou l'identité de chaque membre du groupe n'est pas établi ou ne peut l'être;
 - 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.

[17] L'article 9 est, bien sûr, compatible avec l'interprétation large et libérale qui doit être donnée à l'article 6.

[18] La juge a expressément reconnu, conformément aux arrêts *Hollick* et *Gay*, que le critère en matière de certification est peu exigeant en ce sens qu'il suffit d'avoir un certain fondement factuel pour remplir les critères de l'art. 6 qui sont contestés.

[19] La juge a ensuite invoqué la décision ultérieure de la Cour suprême dans *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, où est explicité le critère d'un « certain fondement factuel » énoncé dans l'arrêt *Hollick*. Dans l'arrêt *Pro-Sys*, la Cour répète que la certification ne doit pas être un examen au fond de l'action. La juge saisie de la motion en a souligné le par. 100 :

Suivant la norme de preuve issue de l'arrêt *Hollick*, la question n'est pas celle de savoir si la demande a un certain fondement factuel, mais plutôt si un certain fondement factuel établit chacune des conditions de certification. [...]

[20] Elle attire ensuite l'attention sur le par. 102 de l'arrêt *Pro-Sys* :

[...] Les tribunaux n'ont jamais considéré que l'arrêt *Hollick* exigeait une preuve selon la prépondérance des

probabilités. [...] La norme fondée sur l'existence d'« un certain fondement factuel » n'exige pas que le tribunal se prononce sur les éléments de fait et les éléments de preuve contradictoires à l'étape de la certification. [...] **La procédure de certification ne comporte pas d'examen au fond de la demande** et elle ne vise pas à déterminer le bien-fondé des allégations; [TRADUCTION] « elle intéresse plutôt la forme que revêt l'action pour déterminer s'il convient de procéder par recours collectif ». [...] [Gras et soulignement ajoutés.]

[21] En raison du seuil peu élevé et du fait qu'une motion en certification se présente habituellement aux premières étapes de l'instance, la juge a reconnu que la preuve qui serait présentée à l'appui de la certification serait limitée.

[22] La juge s'est alors écartée des principes établis dans les arrêts *Hollick*, *Pro-Sys* et *Gay*, à partir du par. 35 de sa décision, où elle semble s'appuyer sur les opinions d'experts déposées par les intimées. Ces rapports portaient sur la question de la causalité ou sur le fond, et non sur l'obligation d'établir « un certain fondement factuel ». La juge saisie de la motion a alors fait une digression, par inadvertance ou non, en affirmant que [TRADUCTION] « [l]a question de la suffisance du dossier de la preuve présentée à l'appui de la motion en jugement sommaire [question dont elle n'était manifestement pas saisie] devient plus pertinente lorsque nous passons aux autres critères énoncés au par. 6(1) de la *Loi* » (les critères prévus aux al. 6b), c) et d)) (par. 48). La juge avait déjà conclu que l'exposé de la demande modifié révélait une cause d'action soutenable, qui n'est pas régie par le critère d'« un certain fondement factuel », mais plutôt par le critère du caractère [TRADUCTION] « évident et manifeste » de la plaidoirie.

[23] La juge est ensuite passée à son analyse de la question de savoir si la preuve révélait un groupe identifiable, comme l'exige l'al. 6(1)b) de la *Loi*. Il suffit que le groupe soit constitué de deux personnes ou plus. Voici la définition modifiée du groupe proposé dont la juge était saisie :

[TRADUCTION]

Toutes les personnes qui prétendent avoir reçu de l'oxytocine qui n'a pas été administrée de façon appropriée par suite des actes de Nicole Ruest, pendant qu'elles étaient des patientes à L'Hôpital de Moncton entre septembre 2010 et mars 2019, et qui affirment avoir subi un préjudice ou une perte en conséquence. [Soulignement ajouté.]

[24] Nous marquons une pause ici pour signaler que la période prévue dans la définition est la période pendant laquelle l'infirmière Ruest travaillait exclusivement à l'unité de travail et d'accouchement de l'hôpital.

[25] La juge a ensuite renvoyé au par. 100 de l'arrêt *Gay*, à la recherche d'éclaircissements concernant l'analyse de l'obligation d'établir « un certain fondement factuel » afin de déterminer si un groupe avait été identifié en l'espèce. Elle a extrait les éléments importants suivants de l'application faite dans l'arrêt *Gay* des principes établis dans *Hollick* :

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.
2. Il doit exister un lien rationnel entre le groupe proposé et les questions communes énoncées.
3. Les demandeurs ont l'obligation, qui n'est pas très lourde, de montrer que le groupe proposé 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.

[26] La juge a résumé la position des intimées, qui soutenaient que la représentante demanderesse n'avait pas réussi à identifier un groupe, la définition proposée étant trop large et ne montrant pas un lien suffisant avec les questions communes proposées. Elle a encore une fois renvoyé à l'arrêt *Gay*, où notre Cour avait confirmé que la condition voulant qu'il existe un groupe identifiable exige une interconnexion

appréciable entre la définition du groupe et les questions communes. Cette analyse demeure toutefois assujettie au critère peu élevé de l'existence d'« un certain fondement factuel ». La juge a signalé, premièrement, l'argument de l'hôpital portant que l'interconnexion ne peut être établie sans référence au critère peu élevé et, deuxièmement, que l'infirmière Ruest soutenait que la question de savoir si un préjudice avait effectivement été causé à un membre du groupe (ce qui, nous le faisons remarquer, est une question de fond) ne peut être tranchée que dans le cadre de procès individuels. Finalement, la juge a signalé la position de la demanderesse, selon laquelle il n'est pas nécessaire, pour les besoins de la définition du groupe, que tous les membres finissent par avoir gain de cause au procès, puisqu'il ne s'agit pas là d'un motif pour conclure que la définition du groupe proposé est déficiente.

[27] À partir du par. 55 de sa décision, la juge a retenu les arguments des intimées – peut-être sous l'influence des opinions de leurs experts, comme nous l'avons mentionné ci-dessus – portant que la définition [TRADUCTION] « est une tentative de définition inadmissible qui est tributaire du fond ». Elle a cité l'arrêt *Cirillo c. Ontario*, 2021 ONCA 353, [2021] O.J. No. 2886 (QL), une affaire portant sur la certification de la définition d'un groupe qui, contrairement au cas qui nous occupe, incluait un critère de causalité.

[28] Au paragraphe 56 de sa décision, puisqu'elle avait conclu que la définition du groupe était tributaire du fond, la juge a alors affirmé qu'elle ne pouvait se prononcer sur ce critère de certification sans examiner le fond. Voici ce qu'elle a écrit : [TRADUCTION] « Afin de déterminer si quelqu'un est membre du groupe proposé, il est nécessaire de déterminer que l'oxytocine a été administrée de façon inappropriée par la défenderesse Ruest et que la personne a subi un préjudice. » [Soulignement ajouté.]

[29] La juge a ensuite ajouté qu'on [TRADUCTION] « peut seulement satisfaire au critère objectif à la suite d'une analyse du fond de l'action ». Enfin, elle a affirmé que « la définition proposée du groupe en l'espèce exige la détermination d'un élément de causalité avant que l'appartenance au groupe puisse être confirmée » (soulignement

ajouté). Nous faisons remarquer que cela s'apparente à une analyse effectuée sous le régime de la règle 22 dans une requête en jugement sommaire.

[30] La juge a ensuite abordé brièvement le critère des questions communes proposées prévu à l'al. 6(1)c). Voici les questions communes proposées :

[TRADUCTION]

1. L'une ou l'autre défenderesse avait-elle une obligation de diligence envers les membres du groupe pour les protéger contre un préjudice susceptible d'action?
2. Dans l'affirmative, les défenderesses ont-elles violé leur obligation de diligence?
3. L'une ou l'autre défenderesse avait-elle un devoir fiduciaire envers les membres du groupe pour les protéger contre un préjudice susceptible d'action?
4. Dans l'affirmative, les défenderesses ont-elles manqué à leur devoir fiduciaire?
5. Si les réponses aux questions 2) ou 4), ou aux deux, sont affirmatives, les défenderesses sont-elles responsables, directement ou du fait d'autrui, du préjudice susceptible d'action causé par les défenderesses, ou l'une des deux, aux membres du groupe?
6. Si l'une des défenderesses a manqué à son devoir fiduciaire ou à son obligation de diligence envers les membres du groupe, les dommages-intérêts peuvent-ils être évalués sur une base globale? Dans l'affirmative, quel devrait en être le montant?
7. Les membres du groupe ont-elles droit à des dommages-intérêts majorés, exemplaires ou punitifs en raison de la conduite des défenderesses? Dans l'affirmative, à quel montant ont-elles droit?

[31] La juge s'est ensuite penchée sur le critère de la meilleure procédure prévu à l'al. 6(1)d) et, sans effectuer une analyse approfondie, a conclu que le recours collectif

n'était pas la meilleure procédure dans le cas de ce qu'elle avait, encore une fois, conclu être un groupe dont la définition est tributaire du fond.

[32] Au paragraphe 66 de la décision, la juge a affirmé qu'elle était incapable de conclure qu'il existait un certain fondement factuel indiquant que la résolution des questions communes éviterait la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique. Elle a écrit qu' [TRADUCTION] « une évaluation individuelle des faits serait nécessaire dans chaque cas pour déterminer si quelqu'un était membre du groupe, avant même un procès sur les questions communes ».

[33] Elle formule ainsi sa conclusion sur le critère du groupe identifiable : [TRADUCTION] « [J]e suis incapable de conclure qu'il existe un groupe identifiable pour lequel il y a des questions communes » (par. 68).

[34] Enfin, concernant l'objectif des recours collectifs qui est de punir les transgresseurs et modifier les comportements, elle a conclu que cet objectif était impérieux en l'espèce, mais, puisqu'elle était d'avis qu'il n'y avait pas de questions communes liant le groupe proposé, tel qu'elle le qualifiait, elle a conclu que cet objectif n'était pas suffisamment impérieux pour que le groupe soit certifié.

IV. Moyens d'appel

[35] Les appelantes affirment que la juge a commis une erreur :

1. en ne concluant pas à l'existence d'un certain fondement factuel permettant de confirmer l'existence d'un groupe identifiable (al. 6(1)b));
2. en ne concluant pas à l'existence d'un certain fondement factuel permettant de confirmer l'existence des questions communes proposées (al. 6(1)c));
3. en ne concluant pas que le recours collectif était la meilleure procédure pour trancher les questions communes (al. 6(1)d)).

V. Norme de contrôle

[36] Dans la mesure où les moyens d'appel soulèvent des questions mixtes de fait et de droit, ces questions sont susceptibles de révision selon la norme de contrôle de l'erreur manifeste et dominante. Cependant, s'il est possible d'isoler des erreurs de droit de l'analyse de la juge, c'est la norme de la décision correcte qui s'y applique, comme c'est le cas pour toute erreur de droit : *Gay*, par. 48.

VI. Analyse

[37] Nous commençons par effectuer un examen plus approfondi de l'arrêt *Hollick* afin de souligner les raisons fondamentales pour lesquelles les recours collectifs sont devenus un précieux instrument de procédure permettant de statuer efficacement et en fonction de principes établis sur des affaires complexes visant des demandeurs dont les demandes éventuelles ont un certain fondement factuel permettant une résolution commune. La juge McLachlin, juge en chef du Canada, s'exprimant au nom de la Cour, commence par décrire l'évolution législative de la loi ontarienne en cause dans cette affaire, laquelle loi est très semblable à la *Loi* du Nouveau-Brunswick. Elle indique clairement que la loi doit être interprétée libéralement. Au paragraphe 14, elle fait remarquer que la loi a été édictée « pour donner aux tribunaux un instrument de procédure adapté leur permettant de statuer efficacement, en fonction de principes établis plutôt que cas par cas, sur les affaires de plus en plus compliquées de l'époque actuelle ». Elle se penche ensuite sur les trois avantages importants qu'offre le recours collectif comme instrument de procédure, par opposition à une multiplicité d'instances individuelles :

1. Permettre de faire des économies de ressources judiciaires en évitant la duplication inutile de l'appréciation des faits et de l'analyse du droit.

2. Répartir les frais de justice entre les membres du groupe afin de rendre plus économiques des poursuites que les membres du groupe jugeraient trop coûteuses pour les intenter individuellement.
3. Favoriser l'efficacité et la justice en faisant en sorte que les transgresseurs prennent pleinement conscience du préjudice infligé au public et modifient leur comportement en conséquence.

[38] La juge en chef fait remarquer qu'il est essentiel que les tribunaux n'interprètent pas la loi de manière trop restrictive, mais qu'ils adoptent une interprétation qui donne pleinement effet aux avantages prévus. Elle écrit ce qui suit, au par. 16 : « Il est particulièrement important d'avoir ce principe à l'esprit à l'étape de la certification. »

[39] Il n'y a pas de critère préliminaire du bien-fondé du recours pour la certification. Le seul critère préliminaire que l'on trouve dans la *Loi* est que l'exposé de la demande révèle une cause d'action, et, comme nous l'avons indiqué, la juge saisie de la motion a conclu que ce critère était rempli.

[40] La juge en chef McLachlin a aussi écrit ce qui suit, au par. 16 de l'arrêt *Hollick* : « L'étape de la certification intéresse la forme que revêt l'action » (soulignement dans l'original). À l'étape de la certification, le tribunal ne se demande pas s'il est vraisemblable que la demande aboutisse, mais « s'il convient de procéder par recours collectif ».

[41] La question de savoir s'il existe un groupe identifiable repose sur des critères objectifs, là encore, sans que l'on s'intéresse au bien-fondé de l'action. La question qu'il faut se poser est de savoir quel fondement factuel permet à un membre proposé d'affirmer qu'il fait partie d'un groupe.

[42] La juge en chef McLachlin a reconnu que la détermination quant aux questions communes est plus difficile. Elle a écrit qu'une question est commune lorsque sa

résolution est nécessaire pour le règlement d'une partie importante de la demande de chaque membre du groupe, comme elle l'avait fait remarquer dans sa décision antérieure dans *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534, au par. 39. Elle confirme qu'il n'est pas nécessaire que la résolution des questions communes tranche la demande de chaque membre du groupe. Il ne fait aucun doute que, pour certaines questions, un certain aspect de la question de la responsabilité sera commun à toutes les demandes au sens de la *Loi*. Il suffit qu'il y ait un lien rationnel entre le groupe tel qu'il est défini et les questions communes énoncées.

[43] Bien que les questions communes puissent soulever une question plus difficile, celle-ci n'est pas particulièrement lourde. Comme la juge en chef McLachlin le fait remarquer au par. 21 de *Hollick*, il n'est pas nécessaire de montrer que tous les membres du groupe partagent le même intérêt dans le règlement d'une question commune donnée, à condition que le représentant demandeur puisse montrer que le groupe n'est pas inutilement large. Le représentant demandeur n'a qu'à établir un certain fondement factuel pour chacune des conditions prévues dans la *Loi*, à l'exception de l'exigence que les plaidoiries révèlent une cause d'action, exigence qui est régie par le critère du caractère [TRADUCTION] « manifeste et évident » (par. 25).

[44] En ce qui concerne le critère de la meilleure procédure, la juge en chef McLachlin a écrit qu'il faut donner une interprétation large au terme « meilleure », afin d'exprimer deux idées : premièrement, le recours collectif doit être un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance; deuxièmement, il doit être préférable aux autres procédures que sont la jonction ou la réunion d'instances, la cause type, et ainsi de suite. Il est impossible d'apprécier cette exigence sans examiner les questions communes dans leur contexte : *Hollick*, par. 28.

[45] La *Loi* exige seulement que le recours collectif soit la meilleure procédure pour régler les questions communes, et non la demande de chaque membre du groupe. Au paragraphe 29, la juge en chef McLachlin souligne l'importance de recourir à une analyse

pratique tenant compte des coûts et des avantages et de tenir compte de l'incidence d'un recours collectif sur les membres du groupe, les défendeurs et le tribunal.

A. *Moyen d'appel n° 1 : identification du groupe*

[46] Avec égards, compte tenu des principes énoncés ci-dessus, la juge saisie de la motion a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu que la définition du groupe en l'espèce ne pouvait être établie de façon objective du fait que, pour faire partie du groupe, chaque membre devait savoir qu'elle avait fait l'objet d'une administration inappropriée d'oxytocine (par. 59). Son erreur découle du fait qu'elle a conclu que la définition nécessitait une détermination du fond de l'action avant qu'il soit possible d'identifier le groupe. Il suffit que les membres du groupe prétendent ou croient avoir fait l'objet d'une administration inappropriée d'oxytocine; une analyse du fond de l'action n'est pas nécessaire à cette étape.

[47] Le fondement factuel découle de la conclusion inévitable qu'il est possible pour n'importe quelle mère de déterminer par elle-même si elle croit faire partie d'un groupe de femmes enceintes qui sont en travail et qui sont sur le point d'accoucher lorsque :

1. le travail progressait normalement lors de l'admission à l'hôpital;
2. elle a vu – ou un professionnel de la santé lui a dit – qu'une substance avait été introduite dans son sac pour perfusion intraveineuse;
3. quelques minutes après l'introduction de la substance, elle a eu des contractions soudaines, inexplicables et incontrôlables;
4. le fœtus s'est trouvé en état de souffrance fœtale en conséquence;
5. elle a dû subir en urgence un accouchement par voie vaginale ou une césarienne.

[48] Pour remplir le critère de l'identification du groupe établi par ces faits, il n'était pas nécessaire d'analyser le fond de l'action. Comme nous l'indiquons ci-après, l'erreur de droit que la juge a commise sur ce point a ensuite vicié son analyse des deux critères suivants.

[49] La définition du groupe proposé utilise les termes modificatifs ou limitatifs [TRADUCTION] « prétendent » et [TRADUCTION] « affirment ». Ces termes conviennent tout à fait pour circonscrire un groupe : *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *Attis c. Canada (Minister of Health)*, [2007] O.J. No. 1744 (QL) (C. sup. Ont.), confirmé par 2008 ONCA 660, [2008] O.J. No. 3766 (QL), autorisation de pourvoi refusée par [2008] C.S.C.R. n° 491 (QL) (C.S.C.); *Merck Frosst Canada Ltd. c. Wuttunee*, 2009 SKCA 43, [2009] S.J. No. 179 (QL); *Hayes c. City of Saint John*, 2017 NBQB 25, [2017] A.N.-B. n° 57 (QL).

[50] On cite souvent le juge Winkler sur ce point. Voici ce qu'il a écrit dans l'arrêt *Attis*, alors qu'il était juge de la Cour Supérieure de l'Ontario :

[TRADUCTION]

Le recours aux qualificatifs limitatifs fondés sur les « demandes présentées » ne fait pas l'unanimité. Pour certains tribunaux, ceux-ci se rapprochent d'une définition inadmissible qui est tributaire du fond. Je ne partage pas cette opinion. Si l'appartenance à un groupe est définie comme étant les personnes qui présentent une demande à l'égard d'un incident donné ou d'une transgression alléguée, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur le fond d'une demande donnée avant de déterminer si le demandeur est membre du groupe. De même, le fait que la demande d'une personne soit rejetée n'exclut pas cette personne du groupe; le rejet identifie plutôt le demandeur comme étant un membre du groupe dont la demande a été tranchée dans le cadre d'une méthode exécutoire de règlement. Le recours collectif ou la définition d'un groupe n'ont pas pour objet de ne lier que les demandeurs qui ont gain de cause. Toutes les personnes qui sont susceptibles de présenter une demande à l'égard d'un incident donné ou d'une allégation donnée doivent être liées, dans la mesure du possible, sous réserve, bien sûr, de l'exception prévue dans la loi à l'égard

des membres putatifs du groupe qui exercent le droit de refuser de participer au recours collectif. [Soulignement ajouté; par. 56]

[51] La nécessité d'effectuer des enquêtes individuelles sur la causalité se présente à l'étape des questions individuelles, une fois les questions communes tranchées, comme le prévoit l'art. 9 de la *Loi*, et elle ne constitue pas un obstacle à l'identification du groupe.

[52] Enfin, concernant la question de l'identification du groupe, en réponse à l'argument des intimées portant qu'un qualificatif limitatif fondé sur les demandes présentées ne produit pas la certitude requise dans l'identification des personnes liées par la définition du groupe, le juge Winkler, dans l'arrêt *Attis*, dit clairement que, en définissant un groupe comme étant les personnes [TRADUCTION] « qui présentent une demande », on vise aussi les personnes qui peuvent se présenter dans le futur. En conséquence, tant les défendeurs que le tribunal seront en mesure de déterminer si une personne est comprise dans le groupe et est liée par la résolution des questions communes. Il est donc bien établi qu'il n'est pas nécessaire que tous les membres du groupe soient identifiés au moment de la certification du groupe. Une définition fondée sur les demandes présentées ne met pas les défendeurs dans une position différente par rapport à l'appartenance au groupe que celle dans laquelle ils se trouveraient par ailleurs (par. 57).

B. *Moyen d'appel n° 2 : les questions communes*

[53] Au paragraphe 59 de sa décision, la juge confirme que son appréciation de ce critère a été influencée par son analyse de l'identification du groupe. Bien qu'elle ait reconnu que des questions communes appropriées avaient été cernées, voici ce qu'elle a écrit :

[TRADUCTION]

[...] Bien que les questions communes consistent en des questions qu'il pourrait être approprié d'examiner dans le contexte d'un recours collectif, car elles supposent la

détermination générale des questions de l'obligation de diligence, du devoir fiduciaire, de la responsabilité et des dommages-intérêts éventuels, ces questions, à mon avis, n'ont pas de lien rationnel avec la définition du groupe. La définition du groupe nécessite une détermination individuelle du fond de l'action pour vérifier si la personne a reçu une administration inappropriée d'ocytocine. [...] [Soulignement ajouté; par. 59]

[54] Cette conclusion entraîne une nouvelle erreur de droit de la même nature que celle que nous avons traitée ci-dessus touchant l'analyse du groupe identifiable. Du fait que l'affaire porte sur un groupe fondé sur les demandes présentées et non sur un groupe défini en fonction du fond de l'action, les questions communes énoncées ci-dessus, sous les numéros 1 à 5 au par. 30, ont un lien rationnel avec la demande de chaque membre du groupe. La question commune n° 5, qui vise la responsabilité, peut être tranchée en établissant d'abord, dans le cadre du procès sur les questions communes, les principes sur lesquels reposera la détermination de la responsabilité, sous réserve de la détermination subséquente du lien de causalité pour chaque membre du groupe dans la partie de l'instance qui portera sur les procès individuels.

[55] Il ne fait aucun doute que la résolution de ces questions communes fera progresser l'instance de façon importante pour toutes les membres du groupe, conformément aux principes établis dans l'arrêt *Hollick* qui sont mentionnés au par. 37 ci-dessus. Les questions communes proposées qui visent des dommages-intérêts globaux ou punitifs peuvent être mises de côté, sous réserve du processus de révision énoncé dans l'arrêt *Gay*.

C. *Motif d'appel n° 3 : la meilleure procédure*

[56] L'erreur de droit commise par la juge saisie de la motion concernant le critère du groupe identifiable s'est étendue à sa conclusion qu'un recours collectif n'était pas la meilleure façon de régler les demandes des membres du groupe. Bien que le critère de la meilleure procédure nécessite un exercice de pondération et de mise en balance, la détermination de cette question par la juge appellerait normalement la déférence.

Cependant, dans l'arrêt *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949, la Cour suprême indique clairement que la déférence ne saurait mettre une décision à l'abri d'une révision en appel si elle est entachée d'erreurs de principe (par. 65). Le défaut par la juge saisie de la motion de prendre en compte les facteurs énoncés dans l'arrêt *Fischer* milite également contre la déférence qui serait par ailleurs accordée.

[57] L'analyse relative à la meilleure procédure se fait par l'entremise des trois principaux objectifs d'un recours collectif : l'économie des ressources judiciaires, l'accès à la justice et la modification des comportements. La question à laquelle il faut répondre au bout du compte est celle de savoir s'il existe des moyens préférables de régler les demandes, et non celle de savoir si le recours collectif réalisera pleinement les trois objectifs : *Fischer*, par. 22 et 23.

[58] De plus, l'arrêt *Fischer* oblige le juge à se livrer à un exercice comparatif. La Cour suprême formule cinq questions à poser pour éclairer l'analyse :

1. Quels sont les obstacles à l'accès à la justice?
2. Dans quelle mesure le recours collectif est-il susceptible d'éliminer ces obstacles?
3. Quels autres moyens y a-t-il?
4. Dans quelle mesure ces moyens permettent-ils d'aplanir les obstacles?
5. Quel est le résultat de la comparaison des divers moyens?

[59] En l'espèce, comme nous l'avons mentionné précédemment, le principal facteur constituant un obstacle à l'accès à la justice est le coût d'instruction individuelle des demandes, lorsque l'on tient compte de la possibilité que certaines demandes soient relativement modestes. La juge saisie de la motion n'a pas traité cette question à fond dans son analyse, commettant ainsi une erreur de droit. Bien qu'elle ait peut-être pris l'économie

des ressources judiciaires en compte implicitement, elle n'a pas du tout pris en compte la modification des comportements et très peu pris en compte l'accès à la justice. En outre, elle n'a pas tenu compte des cinq questions formulées dans l'arrêt *Fischer* ou, au mieux, elle l'a fait de façon superficielle, de sorte que son analyse sur la possibilité d'éliminer les obstacles au moyen d'un recours collectif était incomplète.

[60] Comme nous l'avons mentionné, l'obstacle que présentent les coûts élevés pour chaque membre du groupe est considérablement réduit par la répartition des coûts communs entre les membres du groupe. L'autre moyen, soit la possibilité que de nombreuses actions soient introduites, comme la juge le préconise, ne résout aucunement les problèmes d'accès à la justice. Manifestement, le critère de la meilleure procédure pèse lourdement en faveur du recours collectif.

[61] La juge s'est attachée à la nécessité de procéder à des évaluations individuelles des dommages-intérêts pour justifier sa décision que le recours collectif n'était pas la meilleure procédure, indépendamment de la disposition contraire prévue à l'al. 9a) de la *Loi*, qui prévoit expressément que l'on ne peut invoquer les évaluations individuelles des dommages-intérêts, une fois les questions communes décidées, pour justifier le refus de la certification, ce qui est parfaitement en accord avec le principe énoncé dans l'arrêt *Hollick* selon lequel le tribunal ne doit pas se pencher sur le fond d'une action à l'étape de la certification d'un recours collectif proposé qui est fondé sur les demandes présentées.

VII. Conclusion

[62] Le groupe identifiable défini comme étant [TRADUCTION] « [t]outes les personnes qui prétendent avoir reçu de l'oxytocine qui n'a pas été administrée de façon appropriée par suite des actes de Nicole Ruest, pendant qu'elles étaient des patientes à L'Hôpital de Moncton entre septembre 2010 et mars 2019, et qui affirment avoir subi un préjudice ou une perte en conséquence » est par les présentes certifié en application de l'al. 6(1)b) de la *Loi*.

[63] Voici les questions communes qu'il faut trancher, en application de l'al. 6(1)c :

[TRADUCTION]

1. L'une ou l'autre défenderesse avait-elle une obligation de diligence envers les membres du groupe pour les protéger contre un préjudice susceptible d'action?
2. Dans l'affirmative, les défenderesses ont-elles violé leur obligation de diligence?
3. L'une ou l'autre défenderesse avait-elle un devoir fiduciaire envers les membres du groupe pour les protéger contre un préjudice susceptible d'action?
4. Dans l'affirmative, les défenderesses ont-elles manqué à leur devoir fiduciaire?
5. Si les réponses aux questions 2) ou 4), ou aux deux, sont affirmatives, les défenderesses sont-elles responsables, directement ou du fait d'autrui, du préjudice susceptible d'action causé par les défenderesses, ou l'une des deux, aux membres du groupe?

[64] Le recours collectif est la meilleure procédure à suivre, ainsi qu'il est prévu à l'al. 6(1)d).

VIII. Dispositif

[65] Pour ces motifs, nous accueillons l'appel avec deux masses de dépens de 4 000 \$ chacune, une masse de dépens étant payable aux appelantes par chacune des intimées.