

99-A-34

Merck & Co., Inc., and Merck Frosst Canada & Co. (Applicants)

v.

Nu-Pharm Inc. and Attorney General of Canada and The Minister of Health (Respondents)

INDEXED AS: NU-PHARM INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Décary and Létourneau J.J.A.—Ottawa, August 26, 1999.

Practice — Judgments and orders — Reversal or variation — Federal Court, in exercise of equitable jurisdiction, can set aside any order made by it at request of person who ought to have been made party to proceeding — Relief available upon motion analogous to Federal Court Rules, r. 399 or Ontario Rules of Civil Procedure, r. 38.11 — Alternatively, such power necessary for Court to fully exercise jurisdiction.

Federal Court jurisdiction — Trial Division — F.C.T.D. can set aside order made by it, order new hearing at request of person who ought to have been made party to proceeding — Relief available upon motion analogous to Federal Court Rules, r. 399 or Ontario Rules of Civil Procedure, r. 38.11 — Even if no equitable jurisdiction, even if Rules providing no remedy, and even if no inherent jurisdiction, jurisdiction in Court by virtue of “jurisdiction by implication” — Such power necessary for Court to fully exercise jurisdiction.

The applicants were seeking standing before the Federal Court of Appeal for leave to appeal an order of the Trial Division’s Cullen J. in judicial review proceedings to which the applicants had not been made a responding party and of which they had become aware only after the order was made. Trial Division Motions Judge granted applicants’ motion to be added as respondents to launch an appeal against the order of Cullen J. but the Court of Appeal subsequently held that a Trial Division Judge lacked jurisdiction to add party respondents upon an appeal to the Federal Court of Appeal. An appeal against Cullen J.’s order was dismissed by the Court of Appeal without prejudice to appellants’ right to apply, under r. 369, for standing before this Court.

99-A-34

Merck & Co., Inc. et Merck Frosst Canada & Co. (requérantes)

c.

Nu-Pharm Inc. et Procureur général du Canada et le ministre de la Santé (intimés)

RÉPERTORIÉ: NU-PHARM INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)

Cour d’appel, juges Desjardins, Décary et Létourneau, J.C.A.—Ottawa, 26 août 1999.

Pratique — Jugements et ordonnances — Annulation ou modification — Dans l’exercice de sa compétence en equity, la Cour fédérale peut, à la demande d’une personne qui aurait dû être constituée partie à une instance, annuler une ordonnance qu’elle a rendue — Le recours approprié était une requête analogue à celle visée à la règle 399 des Règles de la Cour fédérale ou à la règle 38.11 des Règles de procédure civile de l’Ontario — Subsidièrement, ce pouvoir est nécessaire pour que la Cour exerce pleinement sa compétence.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La C.F. 1^{re} inst. peut, à la demande d’une personne qui aurait dû être constituée partie à une instance, annuler une ordonnance qu’elle a rendue et ordonner la tenue d’une nouvelle audience — Le recours approprié était une requête analogue à celle visée à la règle 399 des Règles de la Cour fédérale ou à la règle 38.11 des Règles de procédure civile de l’Ontario — Même si elle n’avait pas eu de compétence en equity, même si ses Règles n’avaient prévu aucun redressement et même si elle n’avait pas eu de compétence inhérente, la Cour aurait pu exercer sa «compétence implicite» — Ce pouvoir est nécessaire pour que la Cour exerce pleinement sa compétence.

Les requérantes ont demandé que leur soit reconnue la qualité pour agir devant la Cour d’appel fédérale afin d’obtenir l’autorisation d’interjeter appel de l’ordonnance du juge Cullen, de la Section de première instance, rendue dans le cadre d’une instance en contrôle judiciaire à laquelle les requérantes n’ont pas été constituées intimées et dont elles n’ont été informées qu’après le prononcé de l’ordonnance. Un juge des requêtes de la Section de première instance a accueilli la requête des requérantes présentée afin d’être constituées intimées pour interjeter appel de l’ordonnance du juge Cullen, mais la Cour d’appel a par la suite statué que le juge de la Section de première instance n’avait pas compétence pour constituer les requérantes parties intimées dans le cadre d’un appel devant être interjeté en Cour d’appel fédérale. Cette dernière a rejeté l’appel de la

Held, the motion should be dismissed.

Per Décary J.A.: There was no doubt that the Federal Court, in the exercise of the equitable jurisdiction conferred upon it by *Federal Court Act*, section 3, has the power to set aside any order made by it at the request of a person who rightly claims that he or she ought to have been made a party to the proceeding. The only issue was by what procedural means was this power to be exercised. The Court cannot avoid the statutorily imposed duty to do equity by adopting Rules of Court which may appear to be inconsistent therewith.

The time has come to put an end, at least in procedural matters such as the present one, to the debate as to whether the powers of the Court derive from an inherent as opposed to an implied jurisdiction. Once the jurisdiction of the Federal Court is ascertained, the Court must have, vested as it is by section 3 of the *Federal Court Act* with the status of a superior court, all the necessary powers to exercise that jurisdiction. Where, as here, the jurisdiction at issue pertains not to substantive law over which provincial superior courts rather than the Federal Court might have jurisdiction, but to procedural matters, and once it is established, as here, that the Motions Judge had jurisdiction to make the order at issue, the need for ensuring a right of access to a court which is at the root of the doctrine of inherent jurisdiction simply does not arise.

Although the new rule 399 is phrased in broader terms than the two rules it replaced, it still cannot allow the setting aside of the order at the request of a non-party where, as here, fraud is not alleged. The Rules have formally recognized the right of a person, who ought to be a party to a proceeding, to be added as a party (rule 104(1)(b) allows the Court to do so and rule 303 requires it of the applicant). There has to be a way to sanction a violation by an applicant of his duty to name a party respondent, and one possible sanction has to be the possibility of setting aside the order made, through the application, by analogy, of rule 399. Or, if the analogy with rule 399 is found too remote, by application, by means of the “gap” rule, of rule 38.11(1) of the Ontario *Rules of Civil Procedure* which provides for motions to set aside or vary orders in circumstances such as those at bar.

Even if there had been no equitable jurisdiction, and even if the Rules could not be interpreted as they were, and even if the Court were to be found to be lacking “inherent jurisdiction”, the same conclusion would have been reached

décision du juge Cullen sous réserve du droit des appelantes de demander, sur le fondement de la règle 369, que leur soit reconnue la qualité pour agir devant la Cour d’appel.

Arrêt: la requête est rejetée.

Le juge Décary, J.C.A.: Il ne fait aucun doute que la Cour fédérale, par l’exercice de la compétence en *equity* que lui confère l’article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale*, a le pouvoir d’annuler toute ordonnance qu’elle rend à la demande d’une personne qui prétend à juste titre qu’elle aurait dû être constituée partie à une instance. La seule question qui se pose est de savoir par quel moyen procédural ce pouvoir doit être exercé. La Cour ne peut se soustraire à l’obligation en *equity* à laquelle elle est tenue légalement en adoptant des règles qui paraissent incompatibles avec ce pouvoir.

Il est temps de mettre un terme, du moins dans les questions procédurales telles que la présente, au débat sur la question de savoir si la Cour tire ses pouvoirs d’une compétence inhérente par opposition à une compétence implicite. Une fois que la compétence de la Cour fédérale est établie, la Cour, étant investie du statut de cour supérieure par l’article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale*, doit avoir tous les pouvoirs nécessaires pour exercer cette compétence. Lorsque, comme en l’espèce, la compétence en litige concerne non pas les dispositions de fond sur lesquelles les cours supérieures provinciales, par opposition à la Cour fédérale, pourraient avoir compétence, mais des questions de procédure, et qu’il est établi, comme en l’espèce, que le juge des requêtes avait la compétence de rendre l’ordonnance en cause, il n’est tout simplement pas nécessaire de s’assurer du droit d’accès à une cour, qui est l’origine de la théorie de la compétence inhérente.

Même si elle est formulée de manière plus générale que les deux règles qu’elle remplace, la nouvelle règle 399 ne permet toujours pas l’annulation de l’ordonnance à la demande d’une personne qui n’est pas une partie lorsque, comme en l’espèce, il n’y a pas d’allégation de fraude. Les règles ont reconnu officiellement le droit d’être constituée partie à une instance d’une personne qui aurait dû l’être (règle 104(1)(b), qui confère à la Cour le pouvoir nécessaire et règle 303, qui établit une exigence vis-à-vis du demandeur). Il doit y avoir une façon de sanctionner la violation par un requérant de son obligation de désigner une partie intimée, et l’une des sanctions possibles est l’annulation de l’ordonnance qui a été rendue et ce, en application, par analogie, de la règle 399. Ou, si l’analogie avec la règle 399 est jugée trop éloignée, par l’application, suivant la règle des lacunes, de la règle 38.11(1) des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, qui permettent la présentation de requêtes pour l’annulation ou la modification d’ordonnances dans des circonstances semblables à celle de la présente espèce.

Même s’il n’y avait pas eu de compétence en *equity* et même si les règles n’avaient pu être interprétées comme elles l’ont été, et même si la Cour n’avait pas eu de «compétence inhérente», la même conclusion aurait été tirée

by using the “jurisdiction by implication” test. The existence and exercise of the power to set aside an order at the request of a person who ought to have been made a party in the proceeding is necessary for the Court to fully exercise its jurisdiction.

If the appeal were allowed to proceed in this case, the Court of Appeal would be asked to rule on issues not raised in the Trial Division and to do so on the basis of evidence not adduced below. It would therefore make more practical sense to have the application re-heard by the Trial Division. Where a remedy is available in the Trial Division, litigants should first address themselves to it. A procedure analogous to that in r. 399 is open to applicants: a Trial Division Judge would have power to entertain a motion to order a new hearing.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, Art. 489.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 3.
Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 330 (as am. by SOR/79-58, s. 1), 1733.
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 2 “order”, 4, 104(1)(b), 303, 399.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 38.11, 68.02.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Coulson v. Secure Holdings Ltd. (1976), 1 C.P.C. 168 (Ont. C.A.); *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *Union Natural Gas Co. v. Chatham Gas Co.* (1917), 38 D.L.R. 753 (Ont. S.C.); revd on other grounds *Union Natural Gas Company v. The Chatham Gas Company* (1918), 56 S.C.R. 253; 40 D.L.R. 485.

DISTINGUISHED:

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. and Association de Conseillers Scolaires Francophones du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No. 50 (defendant) and Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch (intended intervenor) (1984), 54 N.B.R. (2d) 198; 8 D.L.R. (4th) 238; 8 Admin. L.R. 138 (C.A.).

en utilisant le critère de la «compétence implicite». L'existence et l'exercice du pouvoir d'annulation d'une ordonnance à la demande d'une personne qui aurait dû être constituée partie à l'instance sont nécessaires pour que la Cour exerce pleinement sa compétence.

Si l'appel avait été autorisé, la Cour d'appel aurait été appelée à statuer sur des questions qui n'avaient pas été soulevées en première instance et à le faire sur le fondement d'une preuve qui n'avait pas été présentée en première instance. Il serait donc plus pratique de faire entendre de nouveau la requête par la Section de première instance. Lorsqu'un recours est possible devant la Section de première instance, les parties devraient normalement s'adresser à elle en premier lieu. Les requérantes peuvent avoir recours à une procédure analogue à celle qui est établie à la règle 399, et le juge de la Section de première instance pourrait être saisi de la requête visant la tenue d'une nouvelle audience.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 489.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), c. F-7, art. 3 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 68).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 330 (mod. par DORS/79-58, art. 1), 1733.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 2 «ordonnance», 4, 104(1)(b), 303, 399.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 38.11, 68.02.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Coulson v. Secure Holdings Ltd. (1976), 1 C.P.C. 168 (C.A. Ont.); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.S.C. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *Union Natural Gas Co. v. Chatham Gas Co.* (1917), 38 D.L.R. 753 (C.S. Ont.); inf. pour d'autres motifs dans *Union Natural Gas Company v. The Chatham Gas Company* (1918), 56 R.C.S. 253; 40 D.L.R. 485.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et l'Association de Conseillers Scolaires Francophones du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No. 50 (défenderesse) et Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch (intervenante éventuelle) (1984), 54 R.N.-B. (2^e) 198; 8 D.L.R. (4th) 238; 8 Admin. L.R. 138 (C.A.).

REFERRED TO:

Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General), [1999] F.C.J. No. 231 (T.D.) (QL); *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] F.C.J. No. 1004 (C.A.) (QL); *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 F.C. 13; (1985), 60 N.R. 203 (C.A.).

MOTION by which the applicants seek standing before the Federal Court of Appeal for leave to appeal an order of the Trial Division (*Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 F.C. 620; (1999), 84 C.P.R. (3d) 466; 159 F.T.R. 68). Motion dismissed.

WRITTEN REPRESENTATIONS MADE BY:

G. Alexander Macklin for applicants.
Harry B. Radomski and *Andrew R. Brodtkin* for respondent Nu-Pharm Inc.
Frederick B. Woyiwada for respondent Attorney General of Canada and the Minister of Health.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Strathy & Henderson, Ottawa, for applicants.
Goodman Phillips & Vineberg, Toronto, for respondent Nu-Pharm Inc.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada and the Minister of Health.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: The Court is seized with a motion of a rare nature: the applicants Merck & Co., Inc. and Merck Frosst Canada & Co. are seeking standing before the Federal Court of Appeal for leave to appeal the order of Cullen J. dated November 19, 1998 [[1999] 1 F.C. 620]. That order was made in judicial review proceedings to which the applicants were not made a responding party and of which they became aware only after the final judgment had been made by Cullen J.

DÉCISIONS CITÉES:

Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général), [1999] F.C.J. n° 231 (1^{re} inst.) (QL); *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] A.C.F. n° 1004 (C.A.) (QL); *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 C.F. 13; (1985), 60 N.R. 203 (C.A.).

REQUÊTE afin que soit reconnue aux requérantes la qualité pour agir devant la Cour d'appel fédérale en vue d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel d'une ordonnance de la Section de première instance (*Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 C.F. 620; (1999), 84 C.P.R. (3d) 466; 159 F.T.R. 68). Requête rejetée.

OBSERVATIONS ÉCRITES PRÉSENTÉES PAR:

G. Alexander Macklin, pour les requérantes.
Harry B. Radomski et *Andrew R. Brodtkin*, pour l'intimée Nu-Pharm Inc.
Frederick B. Woyiwada, pour les intimés le procureur général du Canada et le ministre de la Santé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling Strathy & Henderson, Ottawa, pour les requérantes.
Goodman Phillips & Vineberg, Toronto, pour l'intimée Nu-Pharm Inc.
Le sous-procureur général du Canada, pour les intimés le procureur général du Canada et le ministre de la Santé.

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: La Cour est saisie d'une requête peu courante: les requérantes, Merck & Co., Inc. et Merck Frosst Canada & Co., cherchent à se faire reconnaître qualité pour agir devant la Cour d'appel fédérale afin d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel de l'ordonnance du juge Cullen datée du 19 novembre 1998 [[1999] 1 C.F. 620]. Cette ordonnance a été rendue dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire à l'égard de laquelle les requérantes n'ont pas été constituées intimées et dont elles n'ont été

[2] The applicants originally made a motion in the Trial Division to be added as respondents for the purpose of launching an appeal against the judgment of Cullen J. Their motion was granted on February 17, 1999 [[1999] F.C.J. No. 231 (T.D.) (QL)] by a Motions Judge but this Court, on June 15, 1999, held that a judge of the Trial Division had no authority to add the applicants as party respondents in an appeal to be launched in the Appeal Division and quashed the decision of the Motions Judge (A-130-99) [[1999] F.C.J. No. 1004 (QL)]. This Court went on to dismiss the appeal launched against the decision of Cullen J. (A-161-99) “for lack of standing of the Appellants, without prejudice to the right of the Appellants to apply, under rule 369 of the *Federal Court Rules*, for standing before this Court”. In its reasons for judgment in file A-130-99 (at paragraph 11), the Court had expressed the view that:

Only the Federal Court of Appeal could, arguably, once judgment on the merit of a case has been rendered by the Trial Division, allow a third party to be added as a party for the purpose of filing a Notice of Appeal in the Court of Appeal, and only in such circumstances as were described by the Supreme Court of Canada in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Assn. of Parents for Fairness in Education* ([1986] 1 S.C.R. 549 at 584 ff.) [My emphasis.]

[3] I wish to state at the outset that there is absolutely no doubt in my mind that the Federal Court, in the exercise of the equitable jurisdiction vested in it by section 3 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], has the power to set aside any order made by it at the request of a person who rightly claims that he or she ought to have been made a party to the proceeding. The only issue, as I see it, is by what procedural means is this power to be exercised.

[4] Should the Rules of the Court appear to be inconsistent with the power referred to above, I would

informées qu’après le prononcé du jugement final par le juge Cullen.

[2] Les requérantes ont initialement présenté une requête devant la Section de première instance en vue d’être constituées intimées dans le but d’interjeter appel du jugement du juge Cullen. Le 17 février 1999 [[1999] F.C.J. n° 231 (1^{re} inst.) (QL)], un juge des requêtes a accueilli leur requête, mais, le 15 juin 1999, la présente Cour a statué qu’un juge de la Section de première instance n’avait pas compétence pour constituer intimées les requérantes dans le cadre d’un appel qui devait être introduit devant la Section d’appel, et elle a annulé la décision du juge des requêtes (A-130-99) [[1999] A.C.F. n° 1004 (QL)]. La présente Cour a ensuite rejeté l’appel de la décision du juge Cullen (A-161-99) [TRADUCTION] «parce que les appelantes n’avaient pas qualité pour agir, sous réserve de leur droit de tenter, par requête présentée en vertu de la Règle 369 des *Règles de la Cour fédérale*, de se faire reconnaître qualité pour agir devant la présente Cour». Dans ses motifs de jugement dans le dossier A-130-99 (au paragraphe 11), la Cour avait exprimé l’opinion que:

Seule la Cour d’appel fédérale pourrait, après que la Section de première instance a rendu son jugement sur le fond, permettre à un tiers d’être constitué comme partie en vue du dépôt d’un avis d’appel devant la Cour d’appel, et ce, uniquement dans les circonstances décrites par la Cour suprême dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education* ([1986] 1 R.C.S. 549, aux p. 584 et suivantes.) [Non souligné dans l’original.]

[3] J’aimerais mentionner tout d’abord qu’il n’y a absolument aucun doute dans mon esprit que la Cour fédérale dans l’exercice de la compétence en *equity* que lui confère l’article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 68)], a le pouvoir d’annuler toute ordonnance qu’elle rend à la demande d’une personne qui prétend à juste titre qu’elle aurait dû être constituée partie à une instance. À mon avis, la seule question consiste à savoir par quel moyen procédural ce pouvoir doit être exercé.

[4] Si les Règles de la Cour paraissaient incompatibles avec le pouvoir susmentionné, je dirais, pour

say, to paraphrase the words of Wilson J.A. (as she then was) in *Coulson v. Secure Holdings Ltd.* (1976), 1 C.P.C. 168 (Ont. C.A.), at page 172, that I do not believe that the Court can utilize its rules of practice to escape its equitable duty under section 3 of the *Federal Court Act*.

[5] The time has also come, it seems to me, to put an end, at least in procedural matters such as the present one, to the debate that has been going on for too many years as to whether the powers of the Court derive from an inherent as opposed to an implied jurisdiction. Once the jurisdiction of the Federal Court is ascertained, the Court must have, vested as it is by section 3 of the *Federal Court Act* with the status of a superior court, all the necessary powers to exercise that jurisdiction.

[6] The possible distinction that can be made between “inherent jurisdiction” and “implied jurisdiction” has been put in its proper perspective by the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626. Writing for the majority, Bastarache J. dispelled the belief that the doctrine of inherent jurisdiction could be used “as a corollary for the proposition that a federal statute granting authority to the Federal Court should be read narrowly” (at page 651). At page 658 he stated:

In my view, the doctrine of inherent jurisdiction operates to ensure that, having once analysed the various statutory grants of jurisdiction, there will always be a court which has the power to vindicate a legal right independent of any statutory grant. The court which benefits from the inherent jurisdiction is the court of general jurisdiction, namely, the provincial superior court. The doctrine does not operate to narrowly confine a statutory grant of jurisdiction; indeed, it says nothing about the proper interpretation of such a grant. As noted by McLachlin J. in *Brotherhood*, *supra*, at para. 7, it is a “residual jurisdiction”. In a federal system, the doctrine of inherent jurisdiction does not provide a rationale for narrowly reading federal legislation which confers jurisdiction of the Federal Court.

[7] Where, as here, the “jurisdiction” at issue pertains not to substantive law over which provincial

paraphraser M^{me} le juge Wilson (plus tard juge de la Cour suprême du Canada) dans *Coulson v. Secure Holdings Ltd.* (1976), 1 C.P.C. 168 (C.A. Ont.), à la page 172, ne pas croire que la Cour puisse invoquer ses règles de pratique pour se soustraire à l’obligation en *equity* à laquelle elle est tenue en vertu de l’article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[5] Il me semble qu’il est temps de mettre un terme, du moins dans les questions procédurales telles que la présente, au débat qui perdure depuis de trop nombreuses années sur la question de savoir si la Cour tire ses pouvoirs d’une compétence inhérente par opposition à une compétence implicite. Une fois que la compétence de la Cour fédérale est établie, la Cour, étant investie du statut de cour supérieure par l’article 3 de la *Loi sur la Cour fédérale*, doit avoir tous les pouvoirs nécessaires pour exercer cette compétence.

[6] La distinction qu’il est possible d’établir entre une «compétence inhérente» et une «compétence implicite» a été replacée dans son juste contexte dans l’arrêt récent de la Cour suprême du Canada *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626. Au nom de la majorité, le juge Bastarache a réfuté la croyance selon laquelle la doctrine de la compétence inhérente pouvait être utilisée «comme corollaire de la proposition selon laquelle une loi fédérale attributive de compétence à la Cour fédérale doit recevoir une interprétation étroite» (à la page 651). À la page 658, il dit:

À mon avis, la théorie de la compétence inhérente a pour effet de garantir que, une fois analysées les diverses attributions législatives de compétence, il y aura toujours un tribunal habilité à statuer sur un droit, indépendamment de toute attribution législative de compétence. Le tribunal qui jouit de cette compétence inhérente est la juridiction de droit commun, c’est-à-dire la cour supérieure de la province. Cette théorie n’a pas pour effet de limiter restrictivement une attribution législative de compétence; de fait, elle ne prévoit rien quant à la façon dont une telle attribution doit être interprétée. Comme l’a souligné le juge McLachlin dans l’arrêt *Fraternité*, précité, au par. 7, il s’agit d’une «compétence résiduelle». Dans un système fédéral, la théorie de la compétence inhérente ne justifie pas d’interpréter restrictivement les lois fédérales conférant compétence à la Cour fédérale.

[7] Lorsque, comme en l’espèce, la «compétence» en litige concerne non pas les dispositions de fond sur

superior courts instead of the Federal Court might have jurisdiction, but to procedural matters, and once it is established, as here, that Cullen J. had the jurisdiction to make the order at issue, the need for ensuring a right of access to a court which is at the root of the doctrine of inherent jurisdiction simply does not arise.

[8] Getting back to the issue which is to be decided in this motion and taking for granted that the Federal Court, in equity, must find a way to come to the rescue of the applicants if they are right in their claim that they should have been made a party to the proceeding before Cullen J., I must now determine whether the Rules of the Federal Court provide for a proper avenue and, if not, whether that suggested by the applicants (i.e. to seek leave in the Court of Appeal to be recognized as having standing to appeal an order of the Trial Division) is a valid one.

[9] I thought, at first, that the solution was to be found in rule 399 [of the *Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] which reads:

399. (1) On motion, the Court may set aside or vary an order that was made

(a) *ex parte*; or

(b) in the absence of a party who failed to appear by accident or mistake or by reason of insufficient notice of the proceeding,

if the party against whom the order is made discloses a *prima facie* case why the order should not have been made.

(2) On motion, the Court may set aside or vary an order

(a) by reason of a matter that arose or was discovered subsequent to the making of the order; or

(b) where the order was obtained by fraud.

(3) Unless the Court orders otherwise, the setting aside or variance of an order under subsection (1) or (2) does not affect the validity or character of anything done or not done before the order was set aside or varied.

lesquelles les cours supérieures provinciales, par opposition à la Cour fédérale, pourraient avoir compétence, mais des questions de procédure, et qu'il est établi, comme en l'espèce, que le juge Cullen avait la compétence pour rendre l'ordonnance en litige, il n'est tout simplement pas nécessaire de s'assurer du droit d'accès à une cour, qui est l'origine de la théorie de la compétence inhérente.

[8] Pour revenir à la question qui doit être tranchée dans le cadre de la présente requête et en tenant pour acquis que la Cour fédérale, en *equity*, doit trouver une façon de venir à la rescousse des requérantes si elles prétendent à juste titre qu'elles auraient dû être constituées parties à l'instance devant le juge Cullen, je dois maintenant décider si les Règles de la Cour fédérale prévoient une solution appropriée et, dans la négative, si celle que proposent les requérantes est valable (c'est-à-dire d'obtenir de la Cour d'appel l'autorisation de se faire reconnaître qualité pour interjeter appel d'une ordonnance de la Section de première instance).

[9] J'ai d'abord cru que la solution se trouvait à la règle 399 [des *Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106] qui dispose:

399. (1) La Cour peut, sur requête, annuler ou modifier l'une des ordonnances suivantes, si la partie contre laquelle elle a été rendue présente une preuve *prima facie* démontrant pourquoi elle n'aurait pas dû être rendue:

a) toute ordonnance rendue sur requête *ex parte*;

b) toute ordonnance rendue en l'absence d'une partie qui n'a pas comparu par suite d'un événement fortuit ou d'une erreur ou à cause d'un avis insuffisant de l'instance.

(2) La Cour peut, sur requête, annuler ou modifier une ordonnance dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue;

(b) l'ordonnance a été obtenue par fraude.

(3) Sauf ordonnance contraire de la Cour, l'annulation ou la modification d'une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2) ne porte pas atteinte à la validité ou à la nature des actes ou omissions antérieurs à cette annulation ou modification.

[10] Rule 399 has replaced, effective April 25, 1998, former rules 330 [as am. by SOR/79-58, s. 1] and 1733 [of the *Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], which read:

Rule 330. The Court may rescind

(a) any order that was made *ex parte*, or

(b) any order that was made in the absence of a party who had failed to appear through accident or mistake or by reason of insufficient notice of the application;

but no such rescission will affect the validity or character of anything done or not done before the rescinding order was made except to the extent that the Court, in its discretion, by rescission order expressly provides.

...

Rule 1733. A party entitled to maintain an action for the reversal or variation of a judgment or order upon the ground of matter arising subsequent to the making thereof or subsequently discovered, or to impeach a judgment or order on the ground of fraud, may make an application in the action or other proceeding in which such judgment or order was delivered or made for the relief claimed.

[11] The new rule is phrased in broader terms than the two Rules it replaces. Subsection 399(1), contrary to former Rule 330, is no longer restricted to “orders”, as opposed to “judgments” because “order” in the new Rules includes a judgment (see rule 2). Subsection 399(2), contrary to former Rule 1733, can be resorted to by a non-party. These are significant changes, but it would be stretching the meaning of the word “party” in subsection 399(1) to have it include a non-party who ought to have been a party—how could one say that Merck is a party “against whom the order is made”—and it would be stretching the purpose of paragraph 399(2)(b) to allow for a setting aside of the order at the request of a non-party where, as here, “fraud” is not alleged. This is not, however, the end of our quest.

[12] The Rules have formally recognized the right of a person, who ought to be a party to a proceeding, to

[10] La règle 399 a remplacé, à compter du 25 avril 1998, les anciennes règles 330 [mod. par DORS/79-58 art. 1] et 1733 [des *Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] qui disposaient:

Règle 330. La Cour peut annuler

a) toute ordonnance rendue *ex parte*, ou

b) toute ordonnance rendue en l'absence d'une partie qui a omis de comparaître par suite d'un événement fortuit ou d'une erreur ou à cause d'un avis de requête insuffisant;

mais une telle annulation n'affecte ni la validité ni la nature d'une action ou omission antérieure à l'ordonnance d'annulation sauf dans la mesure où la Cour, à sa discrétion, le prévoit expressément dans son ordonnance d'annulation.

[. . .]

Règle 1733. Une partie qui a droit de demander en justice l'annulation ou la modification d'un jugement ou d'une ordonnance en s'appuyant sur des faits survenus postérieurement à ce jugement ou à cette ordonnance ou qui ont été découverts par la suite, ou qui a droit d'attaquer un jugement ou une ordonnance pour fraude, peut le faire, sans intenter d'action, par simple demande à cet effet dans l'action ou autre procédure dans laquelle a été rendu ce jugement ou cette ordonnance.

[11] La nouvelle règle est formulée de manière plus générale que les deux règles qu'elle remplace. Le paragraphe 399(1), contrairement à l'ancienne règle 330, ne se limite plus aux «ordonnances» par opposition aux «jugements» parce que le mot «ordonnance» dans les nouvelles règles inclut un jugement (voir la règle 2). Une personne qui n'est pas une partie à une instance peut avoir recours au paragraphe 399(2), ce que ne permettait pas l'ancienne règle 1733. Il s'agit de changements importants, mais ce serait élargir le sens du mot «partie» du paragraphe 399(1) que d'y inclure une personne qui n'est pas une partie et qui aurait dû être constituée comme partie—comment pourrait-on dire que Merck est une partie «contre laquelle [l'ordonnance] a été rendue»—et ce serait ajouter à l'objet de l'alinéa 399(2)(b) que de permettre l'annulation de l'ordonnance à la demande d'une personne qui n'est pas une partie lorsque, comme en l'espèce, il n'y a pas d'allégation de «fraude». Toutefois, notre recherche ne s'arrête pas là.

[12] Les règles ont reconnu officiellement le droit d'être constituée partie à une instance d'une personne

be added as a party. They have done so in paragraph 104(1)(b), whereby the Court is vested with the power to “order that a person who ought to have been joined as a party or whose presence before the Court is necessary to ensure that all matters in dispute in the proceeding may be effectually and completely determined be added as a party,” and, in rule 303, whereby the applicant in an application for judicial review is requested (“shall”) to “name as a respondent every person (a) directly affected by the order sought in the application . . . ; or (b) required to be named as a party under an Act of Parliament pursuant to which the application is brought.”

[13] Surely, there has to be a way to sanction a violation by an applicant of his duty to name a party respondent, and one possible sanction has to be the possibility of setting aside the order made. I can see no reason in principle why a person who ought to have been made a party should not be given the same possibility as a party, for example, who was absent for the reason contemplated in paragraph 399(1)(b) of the Rules, 1998, to have the order set aside. Clearly, in my view, rule 399 should be applied by analogy to cases such as the present ones.

[14] Even if the analogy with rule 399 were found to be too remote, rule 4 allows to refer “to the practice of the superior court of the province to which the subject-matter of the proceeding most closely relates”.

[15] In the case at bar, the original application for judicial review was filed by Nu-Pharm in Toronto, Ontario. Nu-Pharm Inc. is a corporation incorporated under the laws of the province of Ontario. Merck’s own motion was also filed in Ontario, by its Ottawa counsel. The practice of the Superior Court of Justice of Ontario is the one “most closely” related for the purpose of rule 4, and the Ontario *Rules of Civil Procedure* [R.R.O. 1990, Reg. 194] have established a specific mechanism to resolve issues such as the present one. It is rule 38.11(1), which reads:

38.11(1) A person who is affected by a judgment on an application made without notice or who fails to appear at

qui aurait dû l’être: dans l’alinéa 104(1)b), par laquelle la Cour est investie du pouvoir «d’ordonner [. . .] que soit constituée comme partie à l’instance toute personne qui aurait dû l’être ou dont la présence devant la Cour est nécessaire pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige dans l’instance» et dans la règle 303, par laquelle le demandeur dans une demande de contrôle judiciaire est tenu de désigner «a) toute personne directement touchée par l’ordonnance recherchée, [. . .] [ou] b) toute autre personne qui doit être désignée à titre de partie aux termes de la loi fédérale ou de ses textes d’application qui prévoient ou autorisent la présentation de la demande».

[13] Il doit certainement y avoir une façon de sanctionner la violation par un requérant de son obligation de désigner une partie intimée, et l’une des sanctions possibles est l’annulation de l’ordonnance qui a été rendue. Je ne vois aucune raison, en principe, pour laquelle une personne qui aurait dû être constituée partie ne devrait pas avoir, tout comme une partie qui était absente pour l’un des motifs prévus à l’alinéa 399(1)b) des Règles (1998), la possibilité de faire annuler l’ordonnance en cause. Selon moi, la règle 399 devrait manifestement s’appliquer par analogie à des affaires telles que la présente.

[14] Même si l’analogie avec la règle 399 est trop éloignée, la règle 4 permet de se reporter «à la pratique de la cour supérieure de la province qui est plus pertinente en l’espèce».

[15] En l’espèce, la demande initiale de contrôle judiciaire a été déposée par Nu-Pharm à Toronto, en Ontario. Nu-Pharm Inc. est une société constituée sous le régime des lois de la province de l’Ontario. La requête de Merck a aussi été déposée en Ontario par ses conseillers juridiques d’Ottawa. La pratique de la Cour supérieure de justice d’Ontario est celle qui est la «plus pertinente» pour les fins de l’article 4, et les *Règles de procédure civile* de l’Ontario [R.R.O. 1990, Règl. 194] ont établi un mécanisme conçu précisément pour résoudre des problèmes tels que celui qui nous occupe. Il s’agit de la règle 38.11(1) qui dispose:

38.11(1) La personne sur laquelle un jugement rendu dans une requête introduite sans préavis a une incidence ou qui

the hearing of an application through accident, mistake or insufficient notice may move to set aside or vary the judgment, by a notice of motion that is served forthwith after the judgment comes to the person's attention and names the first available hearing date that is at least three days after service of the notice of motion.

[16] Rule 38.11(1) governs applications, but it is made applicable to judicial review proceedings by rule 68.02.

[17] The fact that the appeal from the Motions Judge's decision was heard, as a matter of convenience, in Montréal, has no bearing for the purpose of the application of rule 4. In any event, the same result would be achieved if the rules of reference were those applicable in the province of Quebec. Article 489 of the *Code of Civil Procedure* [R.S.Q., c. C-25] allows for the revocation of a judgment at the request of "[e]very person whose interests are affected by a judgment rendered in a suit in which neither he nor his representatives were summoned."

[18] In the end, therefore, I have reached the conclusion that the mechanism Merck should have used was a motion in the Trial Division to set aside the order made by Cullen J., analogous to that found in rule 399 of the *Federal Court Rules, 1998* or, in the alternative, to that found in rule 38.11 of the *Rules of Civil Procedure* of Ontario.

[19] I wish to add that even if there had been no equitable jurisdiction and even if I could not have interpreted the Rules the way I did, and even if the Court were to be found to be lacking "inherent jurisdiction", I would have reached the same conclusion by using the "jurisdiction by implication" test. Whether I applied what Bastarache J. described as "a relatively flexible approach" (*Canadian Liberty Net, supra*, at page 641) or the "more stringent" (these are the words of Bastarache J. in *Canadian Liberty Net, supra*, at page 641) approach of Stone J.A. in *New Brunswick Electric Power Commission v. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 F.C. 13 (C.A.), I would have been of the view that the existence and exercise of the power to set aside an order at the request of a

ne se présente pas à l'audition d'une requête par inadvertance ou erreur ou faute d'un préavis insuffisant, peut demander, par voie de motion, l'annulation ou la modification du jugement, au moyen d'un avis de motion qu'elle signifie dès qu'elle prend connaissance du jugement et qui précise la date d'audience la plus rapprochée possible, au moins trois jours après la signification de l'avis de motion.

[16] La règle 38.11(1) régit les requêtes, mais la règle 68.02 la rend applicable aux instances en contrôle judiciaire.

[17] Le fait que l'appel de la décision du juge des requêtes ait été entendu, pour des raisons d'ordre pratique, à Montréal, n'a aucune incidence sur le but de l'application de la règle 4. En tout état de cause, le résultat serait le même si les règles de référence étaient celles qui sont applicables dans la province de Québec. L'article 489 du *Code de procédure civile* [L.R.Q., ch. C-25] permet la révocation d'un jugement à la demande de «[t]oute personne dont les intérêts sont affectés par un jugement rendu dans une instance où ni elle ni ses représentants n'ont été appelés».

[18] J'en conclus donc que le mécanisme auquel Merck aurait dû avoir recours était une requête en Section de première instance en vue d'annuler l'ordonnance rendue par le juge Cullen, analogue à celle que l'on retrouve à la règle 399 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* ou, subsidiairement, celle que l'on retrouve à la règle 38.11 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario.

[19] J'ajouterais que même s'il n'y avait pas eu de compétence en *equity* et même si je n'avais pu interpréter les règles comme je l'ai fait, et même si la Cour n'avait pas de «compétence inhérente», j'aurais tiré la même conclusion en utilisant le critère de la «compétence implicite». En suivant ce que le juge Bastarache a qualifié de «démarche relativement souple» (arrêt *Canadian Liberty Net*, précité, à la page 641) ou la démarche «plus rigoureuse» (il s'agit des mots du juge Bastarache dans l'arrêt *Canadian Liberty Net*, précité, à la page 641) du juge Stone dans *Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick c. Maritime Electric Company Limited*, [1985] 2 C.F. 13 (C.A.), j'aurais été d'avis que l'existence et l'exercice du pouvoir d'annulation d'une

person who ought to have been made a party in the proceeding is necessary for the Court to fully exercise its jurisdiction.

[20] This is precisely the same result as that reached by the Ontario Court of Appeal in *Coulson v. Secure Holdings Ltd.*, *supra*, where Wilson J.A. ruled that a trial judge had jurisdiction to set aside the judgment of another trial judge at the request of persons who ought to have been made party to the action and who had learned of the judgment from a report of it in the newspaper. Wilson J.A. relied on an earlier decision of what was then the Ontario Supreme Court in *Union Natural Gas Co. v. Chatham Gas Co.* (1917), 38 D.L.R. 753 (reversed on other grounds (1918), 56 S.C.R. 253), where Hodgins J.A., speaking for the Court, had pointed out that the adjudication between plaintiff and defendant virtually annulled a third person's contract and that such an injustice should not be done to an absent party. Hodgins J.A. had held that the case came within Rule 134 [of the Rules of Practice and Procedure of the Supreme Court of Ontario] (the equivalent of Federal Court rule 104) and he had ordered a new trial.

[21] In the instant case, were the appeal allowed to proceed, the Court of Appeal would be asked to rule on issues not raised in the Trial Division and to do so on the basis of evidence not adduced below. It would make more practical sense in such circumstances to have the application re-heard by the Trial Division. Where there is a remedy available in the Trial Division, litigants should normally be addressing themselves to the Trial Division first. I note that in *Société des Acadiens* the existence of an alternate remedy does not appear to have been raised, the interest of the parents in the proceedings were not in issue—by contrast in the present case, whether or not the applicants have an interest in the original proceeding is the very issue this Court would be called upon to decide without having the benefit of the opinion of the Trial Judge on it—and the absent party had agreed to be bound in appeal by the record in the Trial Division (see *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc.*

ordonnance à la demande d'une personne qui aurait dû être constituée partie à l'instance est nécessaire pour que la Cour exerce pleinement sa compétence.

[20] Il s'agit précisément du même résultat auquel est arrivée la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Coulson v. Secure Holdings Ltd.*, précité, où le juge Wilson a statué qu'un juge de première instance avait compétence pour annuler le jugement d'un autre juge de première instance à la demande de personnes qui auraient dû être constituées parties à l'action et qui avaient été informées du jugement par un compte rendu dans les journaux. M^{me} le juge Wilson s'est fondée sur une décision antérieure rendue par ce qui était alors la Cour suprême de l'Ontario dans l'arrêt *Union Natural Gas Co. v. Chatham Gas Co.* (1917), 38 D.L.R. 753 (infirmé pour d'autres motifs (1918), 56 R.C.S. 253), où le juge Hodgins, au nom de la Cour, avait souligné que le jugement liant les parties avait pratiquement annulé le contrat d'un tiers et qu'une telle injustice ne pouvait être commise à l'endroit d'une partie qui était absente. Le juge Hodgins avait décidé que la règle 134 [des Règles de pratique et procédure de la Cour suprême de l'Ontario] (l'équivalent de la règle 104 de la Cour fédérale) visait cette affaire et il avait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[21] En l'espèce, si l'appel était autorisé, la Cour d'appel serait appelée à statuer sur des questions qui n'ont pas été soulevées en première instance et à le faire d'après une preuve qui n'a pas été présentée en première instance. Il serait plus pratique dans ces circonstances de faire entendre de nouveau la requête par la Section de première instance. Lorsqu'un recours est possible devant la Section de première instance, les parties devraient normalement s'adresser d'abord à la Section de première instance. Je souligne que dans *Société des Acadiens*, l'existence d'un recours subsidiaire ne semble pas avoir été soulevée, l'intérêt des parents à l'égard de l'instance n'était pas en cause—dans la présente espèce, au contraire, la question de savoir si les requérants ont un intérêt à l'égard de l'instance est précisément la question que la présente Cour est appelée à trancher sans disposer de l'avis du juge de première instance sur cette question—et la partie absente avait convenu d'être liée

and Association de Conseillers Scolaires Francophones du Nouveau-Brunswick v. Minority Language School Board No. 50 (defendant) and Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch (intended intervenor) (1984), 54 N.B.R. (2d) 198 (C.A.), at page 210.)

en appel par le dossier de première instance (voir *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. et l'Association de Conseillers Scolaires Francophones du Nouveau-Brunswick c. Minority Language School Board No. 50 (défenderesse) et Association of Parents for Fairness in Education, Grand Falls District 50 Branch (intervenante éventuelle)* (1984), 54 R.N.-B. (2^e) 198 (C.A.), à la page 210.)

[22] It follows that if the applicants are right in their claim that they ought to have been joined as a party respondent in the proceeding before Cullen J., a procedure analogous to that set out in rule 399 is open to them and the judge of the Trial Division seized with their motion could, upon being satisfied that the applicants ought to have been so joined, set aside the order and order a new hearing.

[22] Il s'ensuit que si les requérantes prétendent à juste titre qu'elles auraient dû être constituées parties intimées à l'instance devant le juge Cullen, elles peuvent avoir recours à une procédure analogue à celle qui est établie à la règle 399, et le juge de première instance saisi de leur requête pourrait annuler l'ordonnance et ordonner la tenue d'une nouvelle audience, s'il est convaincu que les requérantes auraient dû être ainsi constituées parties.

[23] In view of the conclusion I have reached, I shall make no comment with respect to the other grounds invoked by Nu-Pharm in its motion record, i.e. that Merck has failed to demonstrate any arguable case, that to re-open the Cullen decision would result in an abusive multiplicity of proceedings and that Merck's proposed re-opening of the Cullen decision is now moot. These issues are better left to the Motions Judge, if and when Merck seeks redress in the Trial Division in the manner defined in these reasons.

[23] Vu la conclusion que j'ai tirée, je ne fais aucun commentaire à l'égard des autres motifs invoqués par Nu-Pharm dans son dossier de requête, c'est-à-dire que Merck n'a pas prouvé qu'elle avait une cause défendable, que rouvrir la décision rendue par le juge Cullen entraînerait une multiplicité abusive d'instances et que la réouverture de la décision rendue par le juge Cullen que propose Merck est maintenant théorique. Ces questions relèvent davantage du juge des requêtes si Merck demande réparation devant la Section de première instance de la manière établie dans les présents motifs.

[24] The motion should be dismissed. In the circumstances, costs are not warranted.

[24] La requête doit être rejetée. Dans les circonstances, il n'est pas justifié d'adjuger des dépens.

DESJARDINS J.A.: I agree.

LE JUGE DESJARDINS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.