

T-569-05
2005 FC 842

T-569-05
2005 CF 842

Savanna Energy Services Corp. (Plaintiff)

Savanna Energy Services Corp. (demanderesse)

v.

c.

Technicoil Corporation, Nabors Canada LP, Nabors Drilling Limited, H&R Drillings ULC, Nabors Canada ULC, Ryan Energy Technologies, Nabors Canada and Nabors Industries Limited (Defendants)

Technicoil Corporation, Nabors Canada LP, Nabors Drilling Limited, H&R Drillings ULC, Nabors Canada ULC, Ryan Energy Technologies, Nabors Canada et Nabors Industries Limited (défenderesses)

INDEXED AS: SAVANNA ENERGY SERVICES CORP. v. TECHNICOIL CORP. (F.C.)

RÉPERTORIÉ : SAVANNA ENERGY SERVICES CORP. c. TECHNICOIL CORP. (C.F.)

Federal Court, Harrington, J.—Calgary, June 9 and 14, 2005.

Cour fédérale, juge Harrington—Calgary, 9 et 14 juin 2005.

Practice — Parties — Joinder — Appeal from Prothonotary's order granting leave to add six defendants to statement of claim and to claim damages — Statement of claim alleging patent infringement — Before defence filed, amended statement of claim filed with leave naming new defendants — Alleging defendant Nabors Canada LP, acting in concert with new defendants — No supporting affidavit setting out facts allowing court to determine whether presence necessary accompanying amended statement — Court having power to order joinder of party under Federal Courts Rules, r. 104(1)(b) — R. 75 permitting Court to allow amendment of document at any time — Review of cases on joinder, amendment, standard of review on appeals of discretionary orders of prothonotaries — Joinder not vital issue to outcome of case — Court declining to exercise discretion de novo — Notwithstanding Rules, r. 363 regarding evidence on motions, motion to amend pleadings should not be accompanied by affidavit — Principle should also apply to motion for joinder unless case already well developed, proposed joinder radical departure from previous position — As defence not yet filed, original defendant in same position as if new defendants named in first place.

Pratique — Parties — Jonction — Appel d'une ordonnance d'une protonotaire accordant l'autorisation d'ajouter six défenderesses à la déclaration et de réclamer des dommages-intérêts — Déclaration alléguant la violation d'un brevet — Avant qu'une défense n'ait été produite, une déclaration modifiée nommant de nouvelles défenderesses accompagnée d'une autorisation a été déposée — Il était allégué que la défenderesse, Nabors Canada LP, avait agi de concert avec les nouvelles défenderesses — Aucun affidavit relatant les faits qui auraient permis à la Cour de décider si la présence des nouvelles défenderesses était nécessaire n'accompagnait la déclaration modifiée — En vertu de la règle 104(1)(b) des Règles des Cours fédérales, la Cour a le pouvoir d'ordonner la jonction de parties — La règle 75 permet à la Cour d'autoriser, à tout moment, la modification d'un document — Examen de la jurisprudence sur la jonction, la modification et la norme de contrôle applicable aux appels interjetés à l'encontre des ordonnances discrétionnaires des protonotaires — La question de la jonction n'était pas d'une importance vitale pour l'issue de l'affaire — La Cour a refusé d'exercer son pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début — Malgré la règle 363 concernant le mode de présentation de la preuve dans le cadre des requêtes, une requête en vue de modifier des actes de procédure ne devrait pas être accompagnée d'un affidavit — Ce principe devrait également s'appliquer à une requête en jonction, à moins que l'affaire soit déjà bien avancée et que la jonction proposée présente un changement radical par rapport à la position antérieure — Aucune défense n'ayant encore été produite, la défenderesse initiale se trouvait dans la même position que si les nouvelles défenderesses avaient été nommées dès le départ.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1716.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by
SOR/2004-283, s. 2), 3, 55 (as am. *idem*, s. 11), 75, 104,
105, 221, 363 (as am. by SOR/2002-417, s. 21(F)).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc., [2004] 2 F.C.R. 459;
(2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488;
revg (2003), 24 C.P.R. (4th) 240; 2003 FCT 159; affg
(2002), 19 C.P.R. (4th) 354; 2002 FCT 509; leave to
appeal to S.C.C. dismissed (as to standard of review on
appeals from discretionary orders of prothonotaries).

DISTINGUISHED:

Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc., [2004] 2 F.C.R. 459;
(2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 FCA 488;
revg (2003), 24 C.P.R. (4th) 240; 2003 FCT 159; affg
(2002), 19 C.P.R. (4th) 354; 2002 FCT 509; leave to
appeal to S.C.C. dismissed (on the facts).

CONSIDERED:

Visx Inc. v. Nidek Co. (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209
N.R. 342 (F.C.A.); *Noss Aktiebolag et al. v. Aktiebolaget
Celleco et al.* (1982), 65 C.P.R. (2d) 105 (F.C.T.D.);
Canderel Ltd. v. Canada, [1994] 1 F.C. 3; [1993] 2
C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.);
Steward v. North Metropolitan Tramways Company
(1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.); *Continental Bank Leasing
Corp. v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306; (1993), 93 DTC
298 (T.C.C.).

REFERRED TO:

Anchor Brewing Co. v. Sleeman Brewing & Malting Co.
(2001), 15 C.P.R. (4th) 63; 2001 FCT 1066;
*Pharmaceutical Partners of Canada Inc. v. Faulding
(Canada) Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 166; 2002 FCT
1010; *General Electric Co. v. Wind Power Inc.* (2003), 25
C.P.R. (4th) 490; 2003 FCT 537.

APPEAL from a Prothonotary's order granting
plaintiff leave to serve and file an amended statement
of claim adding six new defendants and a claim for

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1716.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod.
par DORS/2004-283, art. 2), 3, 55 (mod., *idem*, art. 11),
75, 104, 105, 221, 363 (mod. par DORS/2002-417, art.
21(F)).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc., [2004] 2 R.C.F. 459;
(2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 CAF 488;
inf. (2003), 24 C.P.R. (4th) 240; 2003 CFPI 159; conf.
(2002), 19 C.P.R. (4th) 354; 2002 CFPI 509; autorisation
de pourvoi à la C.S.C. refusée (quant à la question de la
norme de contrôle applicable aux appels interjetés à
l'encontre des ordonnances discrétionnaires des
protonotaires).

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc., [2004] 2 R.C.F. 459;
(2003), 30 C.P.R. (4th) 40; 315 N.R. 175; 2003 CAF 488;
inf. (2003), 24 C.P.R. (4th) 240; 2003 CFPI 159; conf.
(2002), 19 C.P.R. (4th) 354; 2002 CFPI 509; autorisation
de pourvoi à la C.S.C. refusée (quant aux faits).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Visx Inc. c. Nidek Co. (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209
N.R. 342 (C.A.F.); *Noss Aktiebolag et al. c. Aktiebolaget
Celleco et al.* (1982), 65 C.P.R. (2d) 105 (C.F. 1^o inst.);
Canderel Ltée c. Canada, [1994] 1 C.F. 3; [1993] 2
C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.);
Steward c. North Metropolitan Tramways Company
(1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.); *Continental Bank Leasing
Corp. c. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306; (1993), 93 DTC
298 (C.C.I.).

DÉCISIONS CITÉES :

Anchor Brewing Co. c. Sleeman Brewing & Malting Co.
(2001), 15 C.P.R. (4th) 63; 2001 CFPI 1066; *Partenaires
pharmaceutiques du Canada Inc. c. Faulding (Canada)
Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 166; 2002 CFPI 1010;
General Electric Co. c. Wind Power Inc. (2003), 25
C.P.R. (4th) 490; 2003 CFPI 537.

APPEL d'une ordonnance d'une protonotaire
accordant à la demanderesse l'autorisation de signifier
et de déposer une déclaration modifiée ajoutant six

damages. Appeal dismissed.

nouvelles défenderesses et une réclamation en dommages-intérêts. Appel rejeté.

APPEARANCES:

David M. Reive for plaintiff.
Tamela J. Coates for defendant Technicoil.

ONT COMPARU :

David M. Reive pour la demanderesse.
Tamela J. Coates pour la défenderesse Technicoil.

SOLICITORS OF RECORD:

Dimock Stratton LLP, Toronto, for plaintiff.
Fraser Milner Casgrain LLP, Calgary, for defendant Technicoil.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Dimock Stratton LLP, Toronto, pour la demanderesse.
Fraser Milner Casgrain LLP, Calgary, pour la défenderesse Technicoil.

The following are the reasons for order rendered in English by

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

[1] HARRINGTON J.: This appeal from an order of Prothonotary Milczynski raises an interesting point of procedure under the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]. Must an application to add additional defendants be supported by an affidavit setting forth facts in justification?

[1] LE JUGE HARRINGTON : Le présent appel d'une ordonnance de la protonotaire Milczynski soulève une question de procédure intéressante dans le contexte des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]. Une demande visant à obtenir l'ajout d'autres défendeurs doit-elle être étayée par un affidavit relatant les faits sur lesquels la demande est fondée?

[2] The facts are not complicated. Savanna issued a statement of claim against the first two named defendants, Technicoil Corporation and Nabors Canada LP, alleging breach of patent with respect to drilling rigs. The statement of claim was filed 24 March 2005. On 3 May 2005, before either defendant had filed a statement of defence, Savanna moved for an order granting it leave to file and serve an amended statement of claim in the form attached to the motion. By order dated 16 May 2005, the application was granted over Technicoil's objections. Nabors Canada LP did not appear on the motion. No reasons were given save that the order states:

[2] Les faits sont simples. Savanna a produit une déclaration contre les deux premières défenderesses nommées—Technicoil Corporation et Nabors Canada LP—alléguant la violation d'un brevet relatif à des installations de forage. La déclaration a été déposée le 24 mars 2005. Le 3 mai 2005, avant que l'une ou l'autre des défenderesses n'ait produit une défense, Savanna a demandé une ordonnance l'autorisant à déposer et à signifier une déclaration modifiée dont une copie a été jointe à la requête. Une ordonnance datée du 16 mai 2005 a fait droit à la requête malgré les objections de Technicoil. Nabors Canada LP n'a pas comparu à l'audition de la requête. L'ordonnance, qui n'était pas accompagnée de motifs, indique ce qui suit :

AND UPON reading the motion records of the parties and upon hearing the submissions of counsel;

[TRADUCTION] ET APRÈS avoir pris connaissance des dossiers de requête et avoir entendu les observations des avocats;

[3] In brief, the amended statement of claim alleges that the defendant Nabors Canada LP is or was a

[3] Bref, il est allégué dans la déclaration modifiée que la défenderesse, Nabors Canada LP, est ou était une

partnership. Two of the six new defendants are alleged to be the partners thereof. The other four new defendants are alleged to be a partnership, the partners thereof, and a parent company of three of the new defendants. The allegations are that Nabors Canada LP and the new defendants acted in concert and with a common design to make, construct and use drilling rigs in infringement of plaintiff's patent.

[4] The statement of claim was also amended to claim damages.

[5] Paragraph 104(1)(b) of the Rules provides:

104. (1) At any time, the Court may

...

(b) 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, but no person shall be added as a plaintiff or applicant without his or her consent, signified in writing or in such other manner as the Court may order.

[6] Technicoil points out that rule 363 [as am. by SOR/2002-417, s. 21(F)] requires a party to a motion to set out in an affidavit the facts to be relied upon in the motion that do not appear on the Court file. There was no supporting affidavit, much less one which set out facts setting forth the legal status of the new defendants, their relationship and their relevance to the action, i.e. facts which would, according to Technicoil, allow the Court to decide whether their presence is necessary to ensure that all matters in dispute may be effectively and completely determined. Although it was suggested to counsel for Technicoil, and conceded, that any victory might be Pyrrhic in that, except for minor wasted costs and timebar should that be an issue, nothing prevents Savanna from discontinuing the current action and filing a fresh one naming all eight defendants. Alternatively, a separate action could have been instituted against the six new "Nabor" defendants followed by a motion to consolidate proceedings under rule 105.

société en nom collectif. Deux des six nouvelles défenderesses en seraient les associées. Les quatre autres nouvelles défenderesses seraient une société en nom collectif, les associées de cette dernière, de même que la société mère de trois des nouvelles défenderesses. Il est allégué que Nabors Canada LP et les nouvelles défenderesses ont agi de concert et dans un but commun pour faire, construire et utiliser des installations de forage en violation du brevet de la demanderesse.

[4] La déclaration a également été modifiée pour réclamer des dommages-intérêts.

[5] Le texte de l'aliéna 104(1)(b) des Règles est le suivant :

104. (1) La Cour peut, à tout moment, ordonner :

[. . .]

b) 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; toutefois, nul ne peut être constitué codemandeur sans son consentement, lequel est notifié par écrit ou de telle autre manière que la Cour ordonne.

[6] Technicoil fait remarquer que la règle 363 [mod. par DORS/2002-417, art. 21(F)] exige qu'une partie à une requête présente sa preuve par affidavit, relatant tous les faits sur lesquels elle fonde sa requête qui ne figurent pas au dossier de la Cour. Aucun affidavit n'a été présenté à l'appui de la requête, et encore moins un affidavit relatant les faits qui expliquent le statut juridique des nouvelles défenderesses, leurs liens de même que leur pertinence pour l'action, c'est-à-dire des faits qui, d'après Technicoil, permettraient à la Cour de décider si la présence des défenderesses est nécessaire pour assurer une instruction complète et le règlement des questions en litige. On a indiqué à l'avocate de Technicoil—et concédé—qu'il y avait risque d'une victoire à la Pyrrhus en ce sens que, à l'exception d'un léger gaspillage de frais et d'une prescription advenant qu'il s'agisse là d'un problème, rien n'empêche Savanna de se désister de l'action et d'en déposer une nouvelle nommant les huit défenderesses. Subsidièrement, une action distincte aurait pu être engagée contre les six nouvelles défenderesses du groupe « Nabor », suivie

[7] In opposition, Savanna's position is that a motion to add defendants should be treated in the same way as ordinary motions to amend pursuant to rule 75, which, subject to provisos which have no application here, states that "the Court may, on motion, at any time, allow a party to amend a document, on such terms as will protect the rights of all parties." The Federal Court of Appeal has made it clear that, if the nature of the amendment is clear, there is no need to lead evidence as to the facts alleged. On the contrary, in *Visx Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (F.C.A.), it was held that the Court should not accept evidence in support of an application for leave to amend pleadings. The rationale is that the Court must assume that the facts pleaded in the proposed amendments are true for the purposes of considering whether or not to grant leave.

[8] Apart from the fact that the text of rules 75 and 104 differ, it should also be noted that a statement of claim may be amended without leave if the defendant has not put in a defence or consents.

[9] It is conceded in this case that the amended statement of claim does disclose a cause of action in the sense that Technicoil could not possibly move at this stage, pursuant to rule 221, to have it struck for not disclosing a cause of action.

[10] There are a number of cases which touch upon the issue. In chronological order they are: *Noss Aktiebolag et al. v. Aktiebolaget Celleco et al.* (1982), 65 C.P.R. (2d) 105 (F.C.T.D.), Marceau J.; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3 (C.A.); *Visx*; and *Merck & Co. Inc. v. Apotex Inc.*, [2004] 2 F.C.R. 459 (F.C.A.).

[11] *Noss* is a decision under former Rule 1716 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] which dealt with the joinder of parties. Marceau J. dismissed the application "[a]s there is no allegation of any kind (the amended Statement of Claim contains none and no

d'une requête en vue d'obtenir la réunion des instances en vertu de la règle 105.

[7] En revanche, Savanna est d'avis qu'il convient de traiter une requête visant à obtenir l'ajout de défenderesses de la même manière qu'une simple requête de modification présentée en vertu de la règle 75 qui, sous réserve des conditions qui ne s'appliquent pas en l'espèce, prévoit que « la Cour peut à tout moment, sur requête, autoriser une partie à modifier un document, aux conditions qui permettent de protéger les droits de toutes les parties ». La Cour d'appel fédérale a clairement indiqué que, si la nature de la modification est claire, il n'est nul besoin de produire une preuve au sujet des faits allégués. Au contraire, dans l'arrêt *Visx Inc. c. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (C.A.F.), la Cour a statué qu'elle ne devrait pas accepter une preuve au soutien d'une demande d'autorisation de modifier un acte de procédure. En effet, elle doit présumer la véracité des faits allégués dans les modifications proposées pour ce qui est de déterminer s'il convient d'accorder l'autorisation de modifier.

[8] Hormis le fait que le texte des règles 75 et 104 est différent, il convient aussi de noter qu'il est possible de modifier sans autorisation une déclaration si le défendeur n'a pas déposé de défense ou s'il y consent.

[9] Il est admis en l'espèce que la déclaration modifiée révèle bel et bien une cause d'action, en ce sens que Technicoil ne pourrait pas demander à ce stade-ci, en vertu de la règle 221, de la faire radier pour le motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action.

[10] Plusieurs décisions portent sur cette question. Il s'agit, en ordre chronologique, des suivantes : *Noss Aktiebolag et al. c. Aktiebolaget Celleco et al.* (1982), 65 C.P.R. (2d) 105 (C.F. 1^{re} inst.), le juge Marceau; *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3 (C.A.); *Visx* et *Merck & Co. Inc. c. Apotex Inc.*, [2004] 2 R.C.F. 459 (C.A.F.).

[11] Dans *Noss*, la décision a été rendue en vertu de la Règle 1716 des anciennes règles [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663] qui concernait la jonction de parties. Le juge Marceau a rejeté la demande [TRADUCTION] « car il n'y a aucune allégation (la

affidavit was filed in support of the motion) on the basis of which the order sought could be granted.” It is not definitive as it appears to mention allegations in the amended pleading and affidavits in the alternative, which has permitted both parties to submit that properly read it supports their respective points of view.

[12] *Canderel* was a motion to amend, which did not involve adding new defendants. With respect to amendments, Décary J.A., speaking for the Court, said at page 10:

. . . while it is impossible to enumerate all the factors that a judge must take into consideration in determining whether it is just, in a given case, to authorize an amendment, the general rule is that an amendment should be allowed at any stage of an action for the purpose of determining the real questions in controversy between the parties, provided, notably, that the allowance would not result in an injustice to the other party not capable of being compensated by an award of costs and that it would serve the interests of justice.

[13] He also asked the question first posed by Lord Esher M.R., in *Steward v. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.), at page 558: “if the amendment is allowed now, will the plaintiff be in the same position as if the defendants had pleaded correctly in the first instance?”

[14] *Visx*, also decided under the old Rules, was another motion to amend, but not to add a defendant. Isaac C.J. said [at paragraphs 15-16]:

In most cases, as here, affidavit evidence is unnecessary. . . .

The Rules are clear that pleadings are to contain the material facts, and only the material facts, upon which the parties rely. Where the nature of the amendments is clear, there is no requirement to plead the evidence by which those facts are to be proved. See *de Korompay v. Ontario Hydro* (1990), 34 C.P.R. (3d) 168 (F.C.T.D.). In determining whether

déclaration modifiée n’en contient aucune et aucun affidavit n’a été déposé à l’appui de la requête) sur la foi de laquelle l’ordonnance demandée pourrait être accordée ». Il ne s’agit pas d’une décision finale puisqu’il y est question d’allégations à titre subsidiaire dans l’acte de procédure modifié et les affidavits, ce qui a permis aux deux parties de faire valoir que cette décision, interprétée correctement, étaye leur point de vue respectif.

[12] L’arrêt *Canderel* concernait une requête en vue de faire des modifications, où il n’était pas question d’ajouter de nouveaux défendeurs. À propos des modifications, le juge Décary, J.C.A., s’exprimant au nom de la Cour, a dit à la page 10 :

[. . .] même s’il est impossible d’énumérer tous les facteurs dont un juge doit tenir compte en décidant s’il est juste, dans une situation donnée, d’autoriser une modification, la règle générale est qu’une modification devrait être autorisée à tout stade de l’action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d’injustice à l’autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu’elle serve les intérêts de la justice.

[13] Il a également repris la question initialement posée par lord Esher M.R., dans *Steward c. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.), à la page 558 : [TRADUCTION] « dans l’éventualité où la modification serait accueillie présentement, le demandeur serait[-il] dans la même position que celle dans laquelle il aurait été si les défendeurs avaient correctement plaidé dès le début? »

[14] Dans l’arrêt *Visx*, qui a été aussi tranché en vertu des anciennes règles, il s’agissait d’une autre requête visant à faire des modifications, mais non à ajouter un défendeur. Le juge en chef Isaac a dit [[1996] A.C.F. n° 1721, aux paragraphes 15 et 16] :

Dans la plupart des causes, comme en l’espèce, il est inutile de déposer un affidavit [. . .]

Les Règles établissent clairement qu’un acte de procédure doit contenir uniquement les faits essentiels sur lesquels les parties se fondent. Si la nature des modifications est claire, il n’y a pas lieu d’invoquer la preuve devant servir à prouver ces faits. Voir *de Korompay c. Ontario Hydro* (1990), 34 C.P.R. (3d) 168 (C.F. 1^{re} inst.). Pour déterminer s’il convient

an amendment to a defence should be allowed, it is often helpful for the Court to ask itself whether the amendment, if it was already part of the proposed pleadings, would be a plea capable of being struck out under Rule 419. If yes, the amendment should not be allowed. See, for example, *Chrysler Canada Ltd. v. The Queen*, [1978] 1 F.C. 137 (T.D.). Procedurally, the Court will not receive any evidence where the basis for striking out paragraphs in a statement of defence is alleged to be that they disclose no reasonable defence (Rule 419(1)(a)). Rule 419(2) expressly prohibits the use of evidence on a Rule 419(1)(a) motion. In similar fashion, the Court should not accept any evidence in support of an application for leave to amend pleadings under Rule 420, unless evidence is required in order to clarify the nature of the proposed amendments. Rather, the Court must assume that the facts pleaded in the amendments are true for the purposes of considering whether or not to grant leave to amend.

[15] *Merck* is a decision of the Federal Court of Appeal, leave to appeal to the Supreme Court dismissed, from a decision of the Trial Division [(2003), 24 C.P.R. (4th) 240] dismissing an application from a Prothonotary's order [(2002), 19 C.P.R. (4th) 354] granting the defendant leave to file an amended statement of defence and counterclaim.

[16] Décary J.A., speaking for the majority, agreed with *Canderel* and *Visx* as far as they went, i.e. the amended pleadings must show a triable issue. It does not follow, however, that a proposed amendment which does show a triable issue should automatically be allowed. In *Merck*, the proposed amendments represented a radical departure from the position held by the party during 10 years of proceedings and repudiated admissions made in the pleadings and during discovery. He concluded that it was in the interests of justice that a withdrawal of admissions and the raising of a radically new defence be denied in the circumstances. He relied strongly on *Bowman T.C.J.*, as he then was, in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306 (T.C.C.), where he said at page 2310:

d'autoriser la modification d'une défense, il est souvent utile que la Cour se demande si la modification, si elle faisait déjà partie de l'acte de procédure proposé, serait un moyen susceptible d'être radié en vertu de la règle 419. Dans l'affirmative, la modification ne devrait pas être autorisée. Voir, par exemple, *Chrysler Canada Ltée c. La Reine*, [1978] 1 C.F. 137 (1^{re} inst.). Sur le plan de la procédure, la Cour ne recevra aucune preuve lorsque le motif invoqué pour radier des paragraphes dans une défense est que ces paragraphes ne révèlent aucune cause raisonnable de défense (règle 419(1)a). La règle 419(2) interdit expressément l'utilisation d'éléments de preuve dans le cadre d'une requête fondée sur la règle 419(1)a. De la même façon, la Cour ne devrait pas accepter une preuve au soutien d'une demande d'autorisation de modifier un acte de procédure en vertu de la règle 420, à moins que cette preuve ne soit nécessaire pour clarifier la nature des modifications proposées. La Cour doit plutôt présumer la véracité des faits allégués dans les modifications pour ce qui est de déterminer s'il convient d'accorder l'autorisation de modifier.

[15] L'arrêt *Merck* est une décision de la Cour d'appel fédérale—autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême rejetée—concernant une décision par laquelle la Section de première instance [(2003), 24 C.P.R. (4th) 240] a rejeté une demande faisant suite à une ordonnance d'un protonotaire [(2002), 19 C.P.R. (4th) 354] accordant à la défenderesse l'autorisation de produire une défense et une demande reconventionnelle modifiées.

[16] Le juge Décary, J.C.A., s'exprimant au nom de la majorité, a souscrit à la thèse exposée dans *Canderel* et *Visx*, à savoir que les actes de procédure modifiés doivent démontrer qu'il existe une question pouvant être instruite. Cependant, il ne s'ensuit pas qu'il faudrait automatiquement accueillir une modification proposée qui montre bel et bien l'existence d'une question pouvant être instruite. Dans *Merck*, les modifications proposées représentaient un changement radical par rapport à la position défendue par la partie pendant une décennie de procédures et elles désavouaient des aveux faits dans les actes de procédure ainsi qu'au cours de l'interrogatoire préalable. Le juge a conclu que les intérêts de la justice étaient mieux servis par le rejet, dans les circonstances, d'une rétractation d'aveux et de la présentation d'un moyen de défense entièrement nouveau. Il s'est fondé dans une large mesure sur la décision du juge Bowman de la Cour de l'impôt (tel était

All [amendments] must be assigned their proper weight in the context of the particular case. Ultimately it boils down to a consideration of simple fairness, common sense and the interest that the courts have that justice be done.

[17] The *Merck* decision is also most important because it reformulated the standard of review on appeals from discretionary orders of prothonotaries as follows, at paragraph 19:

. . . “Discretionary orders of prothonotaries ought not be disturbed on appeal to a judge unless: (a) the questions raised in the motion are vital to the final issue of the case, or (b) the orders are clearly wrong, in the sense that the exercise of discretion by the prothonotary was based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts.”

[18] Although disjoining a defendant may well be a vital issue, an order permitting the addition of new defendants is not vital to the outcome of the case. If it turns out their presence is unnecessary and Technicoil is put to additional expense it may well have its costs, in any event of the cause.

[19] Having come to the conclusion that the joinder is not a vital issue to the outcome of the cause, is it appropriate that I exercise discretion *de novo* on the grounds that the Prothonotary did not give reasons? The reference to “motion records of the parties” and “hearing submissions of counsel,” in my opinion, is sufficient to preclude me from exercising discretion *de novo*. (*Anchor Brewing Co. v. Sleeman Brewing & Malting Co.* (2001), 15 C.P.R. (4th) 63 (F.C.T.D.); *Pharmaceutical Partners of Canada Inc. v. Faulding (Canada) Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 166 (F.C.T.D.) (at paragraph 9); *General Electric Co. v. Wind Power Inc.* (2003), 25 C.P.R. (4th) 490 (F.C.T.D.)) The prothonotaries deal with an extraordinary volume of procedural issues. It would be intolerable, and the wheels of justice would grind most slowly indeed, if each discretionary order

alors son titre) dans l’affaire *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1993] 1 C.T.C. 2306 (C.C.I.), où il a dit, à la page 2310 [[1993] A.C.I. n° 18 (QL) à la page 19] :

On doit accorder à [chacune des modifications] le poids qui lui revient dans le contexte de l’espèce. Il s’agit, en fin de compte, de tenir compte de la simple équité, du sens commun et de l’intérêt qu’ont les tribunaux à ce que justice soit faite.

[17] L’arrêt *Merck* est aussi des plus importants parce qu’on y a reformulé la norme de contrôle qui s’applique aux appels formés contre les ordonnances discrétionnaires des protonotaires, au paragraphe 19 :

[. . .] « Le juge saisi de l’appel contre l’ordonnance discrétionnaire d’un protonotaire ne doit pas intervenir sauf dans les deux cas suivants : a) l’ordonnance porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l’issue du principal, b) l’ordonnance est entachée d’erreur flagrante, en ce sens que le protonotaire a exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu d’un mauvais principe ou d’une mauvaise appréciation des faits. »

[18] Même si le fait d’écarter un défendeur pourrait fort bien être une question primordiale, une ordonnance permettant l’ajout de nouveaux défendeurs n’est pas d’une importance vitale pour l’issue de l’affaire. S’il s’avère en l’espèce que la présence des défenderesses est inutile et que Technicoil est obligée d’engager des dépenses additionnelles, il se pourrait fort bien qu’elle ait droit à ses dépens, quelle que soit l’issue de la cause.

[19] Ayant conclu que la jonction de parties n’est pas une question primordiale pour l’issue de la cause, convient-il que j’exerce mon pouvoir discrétionnaire en reprenant l’affaire depuis le début parce que la protonotaire n’a pas motivé sa décision? À mon avis, la référence qui est faite aux « dossiers de requête des parties » et au fait d’avoir « entendu les observations des avocats » est suffisante pour m’empêcher de le faire. (*Anchor Brewing Co. c. Sleeman Brewing & Malting Co.* (2001), 15 C.P.R. (4th) 63 (C.F. 1^{re} inst.); *Partenaires pharmaceutiques du Canada Inc. c. Faulding (Canada) Inc.* (2002), 21 C.P.R. (4th) 166 (C.F. 1^{re} inst.) (au paragraphe 9); *General Electric Co. c. Wind Power Inc.* (2003), 25 C.P.R. (4th) 490 (C.F. 1^{re} inst.)) Les protonotaires doivent se prononcer sur un nombre extraordinaire de questions de nature procédu-

had to be accompanied by a full set of motivated reasons in order to discourage the unsuccessful party from appealing and inviting the Court to exercise its discretion anew. In any event, I would have exercised my discretion as the Prothonotary did.

[20] However, the second issue raised by Technicoil is one of law. If the law requires a motion to join parties be accompanied by an affidavit dealing with new facts, then the appeal must be allowed. The order does not state that the Prothonotary exercised discretion under rule 55 [as am. by SOR/2004-283, s. 11] to waive any irregularity.

[21] I agree with Prothonotary Milczynski that there was no need for the motion to join new defendants to be accompanied by an affidavit. Although the analogy between rules 75 and 104 is not perfect, and thus the cases cited by Savanna are distinguishable, I care not to distinguish them because, in my opinion, their underlying philosophy is equally applicable to a motion under rule 104.

[22] Notwithstanding rule 363, it has been well established that a motion to amend pleadings should not be accompanied by an affidavit dealing with the new facts set out in the proposed amendment. I see no reason why the same should not hold true in an application to amend by adding a new party. It would be inappropriate if those facts, which normally are taken to be true, would be subject to cross-examination before a statement of defence was put in, before an exchange of documents and before examinations for discovery. I say this with rule 3 in mind:

3. These Rules shall be interpreted and applied so as to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every proceeding on its merits.

[23] This is not to say that there are no cases in which a motion to join a non-party should not be accompanied

rale. S'il fallait que chaque ordonnance discrétionnaire soit assortie d'une série complète de motifs en vue de dissuader la partie déboutée d'interjeter appel et d'inviter la Cour à exercer de nouveau son pouvoir discrétionnaire, la situation serait intolérable et, de ce fait, la justice suivrait péniblement son cours. Quoi qu'il en soit, j'aurais exercé mon pouvoir discrétionnaire comme l'a fait la protonotaire.

[20] Cependant, la seconde question qu'a soulevée Technicoil est une question de droit. Si la loi exige qu'une requête visant à joindre des parties soit accompagnée d'un affidavit portant sur des faits nouveaux, l'appel doit être accueilli. L'ordonnance ne dit pas que la protonotaire a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui accorde la règle 55 [mod. par DORS/2004-283, art. 11] pour passer outre à une irrégularité quelconque.

[21] Je conviens avec la protonotaire Milczynski qu'il n'était pas nécessaire que la requête visant à obtenir l'ajout de nouvelles défenderesses soit accompagnée d'un affidavit. Bien que l'analogie entre les règles 75 et 104 soit imparfaite et qu'il soit donc possible de faire une distinction à l'égard des causes citées par Savanna, je ne tiens pas à le faire car, selon moi, les principes qui les sous-tendent s'appliquent tout autant à une requête visée par la règle 104.

[22] Malgré la règle 363, il est bien établi qu'une requête en vue de modifier des actes de procédure ne devrait pas être accompagnée d'un affidavit portant sur les faits nouveaux qui sont relatés dans la modification proposée. Je ne vois pas pourquoi cela ne devrait pas être la même chose pour une demande de modification en vue d'ajouter une nouvelle partie. Il serait inopportun que ces faits, habituellement considérés comme véridiques, fassent l'objet d'un contre-interrogatoire avant le dépôt d'une défense, avant un échange de documents et avant la tenue d'interrogatoires préalables. Je dis cela en ayant à l'esprit la règle 3 :

3. Les présentes règles sont interprétées et appliquées de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible.

[23] Cela ne signifie pas qu'il n'y a aucun cas où une requête visant à joindre une tierce partie ne devrait pas

by an affidavit. I am thinking of situations in which the case has already been well developed and the proposed joinder marks a radical departure from the party's previous position, such as in *Merck*. However, in this case Technicoil has yet to file a statement of defence. A parallel action against the six new "Nabor" defendants with the risk of a different judgment could be an embarrassment to the Court. In this case, Technicoil is in the same position as if the six new "Nabor" defendants had been named in the first place.

[24] For these reasons the appeal shall be dismissed, with costs.

être accompagnée d'un affidavit. Je pense aux cas où l'affaire est déjà bien avancée et où la jonction proposée représente un changement radical par rapport à la position antérieure de la partie, comme dans *Merck*. Toutefois, en l'espèce, Technicoil n'a pas encore produit de défense. Une action parallèle contre les six nouvelles défenderesses du groupe « Nabor »—avec le risque d'arriver à un jugement différent—pourrait être embarrassante pour la Cour. En l'es pèce, Technicoil se trouve dans la même situation que si les six nouvelles défenderesses du groupe « Nabor » avaient été nommées dès le départ.

[24] Pour ces motifs, l'appel est rejeté, avec dépens.