

A-203-85

A-203-85

Jacques Beauchamp (Plaintiff) (Respondent)

v.

Coastal Corporation and the Ship Wayward Princess (Defendants) (Appellants)

and

Roynat Incorporated (Intervenor)

INDEXED AS: BEAUCHAMP v. COASTAL CORP. (F.C.A.)

Court of Appeal, Thurlow C.J., Mahoney and MacGuigan JJ.—Toronto, February 5 and 6; Ottawa, March 17, 1986.

Maritime law — Contracts — Specific performance — Appeal from Trial Division decision awarding damages for repudiation of contract for sale of vessel — Alternative claim for specific performance or damages — Prior to trial, defendants (appellants) tendering documents purporting to close agreement — Appellants arguing contract open for completion as respondent still seeking specific performance — Case law explained — Claim for specific performance not amounting to election of that remedy: Dobson v. Winton & Robbins Ltd., [1959] S.C.R. 775; 20 D.L.R. (2d) 164 — Alternative claim for specific performance not retaining contract in effect and enforceable at any time by either party, but invoking Court's jurisdiction to enforce contract if equitable and otherwise to award damages for breach — Court to determine terms for completion of contract — Innocent party retaining option to elect remedies — Inequitable to retain contract as in effect for all purposes and enforceable at instance of either party as would deprive innocent party of election arising from other party's original default — Unfair to abrogate distinction between wronged and wronging party.

Practice — Res judicata — Action for specific performance or damages — Documents tendered to close agreement prior to trial — Motion for specific performance denied as opposition to judgment for specific performance indicating election to treat contract as repudiated by fundamental breach — Argument issue as to effect of tender res judicata as dealt with by Strayer J. and not appealed considerable — As desirable to leave substantive issues as open as possible pending trial, preferable not to decide appeal on narrow ground.

This is an appeal from a Trial Division decision awarding damages for repudiation of a contract for the sale of a vessel.

Jacques Beauchamp (demandeur) (intimé)

c.

^a Coastal Corporation et le navire Wayward Princess (défendeurs) (appelants)

et

^b Roynat Incorporated (intervenante)

RÉPERTORIÉ: BEAUCHAMP c. COASTAL CORP. (C.A.F.)

Cour d'appel, juge en chef Thurlow, juges Mahoney et MacGuigan—Toronto, 5 et 6 février; Ottawa, 17 mars 1986.

Droit maritime — Contrats — Exécution intégrale — Appel interjeté d'une décision de la Division de première instance adjugeant des dommages-intérêts pour rupture d'un contrat de vente ayant pour objet un navire — La demande conclut à ce que l'exécution intégrale soit ordonnée ou des dommages-intérêts adjugés — Avant le procès, les défendeurs (appelants) ont présenté des documents dans le but de conclure la vente — Les appelants ont soutenu qu'il était encore possible d'exécuter le contrat puisque l'intimé recherchait toujours l'exécution intégrale — Jurisprudence interprétée — La demande d'exécution intégrale n'implique pas un choix de ce recours: Dobson v. Winton & Robbins Ltd., [1959] R.C.S. 775; 20 D.L.R. (2d) 164 — La demande subsidiaire d'exécution intégrale n'a pas pour effet de maintenir le contrat en vigueur et de le rendre exécutoire à tout moment à la demande de l'une ou de l'autre des parties, mais fait appel à la compétence de la Cour pour faire exécuter le contrat selon l'équité ou, sinon, pour adjuger des dommages-intérêts pour son inexécution — La Cour doit fixer selon quelles conditions le contrat sera parfait — La partie qui n'est pas en défaut conserve le choix des redressements — Il serait contraire à l'équité de maintenir le contrat en vigueur à toutes fins et de le rendre exécutoire à la demande de l'une ou de l'autre partie puisque cela ferait perdre à la partie qui n'est pas en défaut l'option à laquelle elle a droit en raison du manquement initial de l'autre partie — Il serait injuste d'annuler la distinction entre le contractant qui est en faute et celui qui ne l'est pas.

Pratique — Res judicata — Action en exécution intégrale ou en dommages-intérêts — Des documents ont été présentés dans le but de conclure la vente avant le procès — La requête en exécution intégrale a été rejetée pour le motif que l'intimé, en s'opposant à ce que soit prononcé en sa faveur un jugement portant exécution intégrale, avait indiqué son intention de considérer le contrat comme répudié en raison de son inexécution — L'argument de l'intimé voulant que la question de l'effet de l'offre soit chose jugée puisqu'elle a fait l'objet d'une décision du juge Strayer qui n'a pas été portée en appel est un argument de poids — Comme il est souhaitable que les questions de fond demeurent aussi indéçises que possible tant que l'affaire est pendante, il est préférable que la décision ne repose pas sur ce motif restreint.

Appel est interjeté d'une décision de la Division de première instance adjugeant des dommages-intérêts pour rupture d'un

The Trial Judge found that there was a valid contract of sale which the purchaser wished to have completed, but which the vendor refused to complete. The purchaser brought an action seeking specific performance or, alternatively, damages for failure to complete the contract. The appellants moved for specific performance and tendered documents on the respondent's solicitors purporting to close the agreement. The motion was dismissed. Strayer J. concluded that while the defendants cannot force the plaintiff to accept specific performance, the plaintiff has, by opposing a judgment in his favour for specific performance and at the same time applying for judgment for damages, indicated that he has chosen to treat the contract as repudiated by a fundamental breach.

The appellants argue that, there having been no election by the respondent to retract the claim for specific performance, the contract was still open for completion; the respondent's refusal to complete was a repudiation of the contract, which until that time had continued to exist; thus, the respondent, rather than the appellants, was in breach of contract.

Held, the appeal should be dismissed.

The respondent's argument of *res judicata* is not inconsiderable, but because of the general desirability of leaving substantive issues as open as possible pending trial, it is preferable not to decide the case on this narrow ground.

The appellants relied on a passage from *Halsbury's Laws of England* stating that the right of election ceases if the defendant remedies the breach before the plaintiff accepts the repudiation. However, this statement was based on *Frost v. Knight* (1872), L.R. 7 Exch. 111, which dealt with an anticipatory breach of contract. It has no precedential value for a case of actual breach of contract.

The appellants also relied on a statement in Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, that "An unaccepted repudiation is a thing writ in water and of no value to anybody: it confers no legal rights of any sort or kind." This was taken from *Howard v. Pickford Tool Co. Ltd.*, [1951] 1 K.B. 417 (C.A.), where the Court refused to entertain the plaintiff's claim, since the problem was academic. The other authority relied upon by Sharpe was *Goldenberg et al. v. Lieberman*, [1951] 2 D.L.R. 584 (Ont. H.C.), where the statement that where a claim is for specific performance or damages, it is open to a defendant at any time before judgment to elect to carry out the contract, thereby relieving him of any liability on the alternative claim for damages, was *obiter*. These views were repeated in *Dobson v. Winton & Robbins Ltd.* (1958), 14 D.L.R. (2d) 110 (Ont. H.C.). The Supreme Court reversed the dismissal of the claim for damages and held that the plaintiff must elect which remedy he will take, but he is under no compulsion to elect until judgment. Where a writ for specific performance is issued with an alternative common law claim for damages, the writ is equivocal and there is no election.

contrat de vente ayant pour objet un navire. Le juge de première instance a conclu qu'il existait un contrat de vente valide que l'acheteur a tenté de parfaire, mais que le vendeur refusait d'exécuter. L'acheteur a intenté une action concluant à l'exécution intégrale ou à des dommages-intérêts à défaut de parfaire le contrat. Les appelants ont déposé une requête en exécution intégrale et présenté des documents aux avocats de l'intimé dans le but de conclure l'entente. La requête a été rejetée. Le juge Strayer a conclu que, bien que les défendeurs ne puissent forcer le demandeur à accepter une exécution intégrale, le demandeur avait, en s'opposant à ce que soit prononcé en sa faveur un jugement portant exécution intégrale et en demandant en même temps un jugement ordonnant le versement de dommages-intérêts, indiqué son intention de considérer le contrat comme dénoncé en raison de son inexécution.

Les appelants prétendent que l'intimé n'ayant pas choisi de retirer sa demande d'exécution intégrale, il était encore possible d'exécuter le contrat; lorsque l'intimé a refusé de parfaire la vente, il a rompu le contrat qui, jusque-là, avait continué d'exister; ainsi, l'inexécution du contrat était imputable à l'intimé plutôt qu'aux appelants.

Arrêt: l'appel devrait être rejeté.

L'argument de l'intimé voulant qu'il y ait chose jugée n'est pas négligeable mais, parce qu'il est souhaitable que les questions de fond demeurent aussi indécisées que possible tant que l'affaire est pendante, il est préférable que la décision tranchant le litige ne repose pas sur ce motif restreint.

Les appelants se sont appuyés sur un passage de *Halsbury's Laws of England* déclarant que le droit de choisir prend fin si le défendeur remédie à l'inexécution du contrat avant que le demandeur n'accepte la dénonciation. Cette affirmation s'appuyait toutefois sur l'arrêt *Frost v. Knight* (1872), L.R. 7 Exch. 111, qui portait sur une violation anticipée de contrat. Ce jugement ne constitue aucunement un précédent en ce qui regarde une réelle inexécution de contrat.

Les appelants se sont également appuyés sur un extrait de l'œuvre de Sharpe intitulée *Injunctions and Specific Performance*, selon lequel [TRADUCTION] «La dénonciation d'un contrat qui n'est pas acceptée n'a aucune substance et n'a de valeur pour personne: elle ne confère aucun droit reconnu par la loi de quelque nature que ce soit.» Cette phrase est tirée de l'arrêt *Howard v. Pickford Tool Co. Ltd.*, [1951] 1 K.B. 417 (C.A.), dans lequel la Cour a refusé de recevoir la demande du demandeur parce que la question n'avait aucune portée réelle. Sharpe s'appuyait également sur le jugement rendu dans l'affaire *Goldenberg et al. v. Lieberman*, [1951] 2 D.L.R. 584 (H.C. Ont.), dans lequel la déclaration voulant que lorsqu'un demandeur intente une action recherchant soit l'exécution intégrale, soit des dommages-intérêts, le défendeur ait toujours, en tout temps avant le jugement, la possibilité de choisir lui-même d'exécuter le contrat, ce qui le libérerait de la demande subsidiaire en dommages-intérêts, constituait un *obiter dictum*. Cette opinion a été répétée dans un autre *obiter dictum*, qui fait partie de l'arrêt *Dobson v. Winton & Robbins Ltd.* (1958), 14 D.L.R. (2d) 110 (H.C. Ont.). La Cour suprême a infirmé la décision rejetant la demande de dommages-intérêts et statué que le demandeur doit choisir entre les différents recours mais n'est pas obligé de faire ce choix avant le jugement. Lorsqu'une demande d'exécution intégrale est accompagnée d'une demande subsidiaire en dommages-intérêts fondée sur la *common law*, le bref est équivoque et il n'y a pas de choix.

The present claim for specific performance is not an election of that remedy alone. It was always accompanied by the alternative claim for damages. An action for specific performance does not retain the contract in effect and enforceable at any time at the instance of either, but when brought with an alternative claim for damages, invokes the jurisdiction of the Court to enforce the contract, if it can be equitably enforced, and otherwise to award damages for its breach. If the contract can be equitably enforced it is for the Court to determine the terms for completion and what adjustments are to be made for losses resulting from the breach.

If the effect of claiming specific performance were to retain the contract as in effect for all purposes, and enforceable at the instance of either party, the innocent party would be deprived of his election, which he alone has as the result of the other party's original default. The election to forego specific performance can be made at any time during the litigation. It existed when the appellants made their tender of performance if it had not already been irrevocably foregone by either a solicitor's letter indicating an intent not to pursue the claim for specific performance or opposition to the appellants' motion for specific performance. If a tender of performance by the defaulting party could cure his breach he would have, simply because of there being a claim for specific performance, after breaking the contract, as much right to enforce it as the innocent party has. This would not be equity because it would not be fair, in relation to a contract of which time was of the essence, to abrogate the distinction between the wronged and wronging party. The election of remedies must remain at the option of the innocent party, and to that extent, the contract will be alive but will be enforceable if at all, only by the originally non-defaulting party on such terms as to compensation as a court of equity may prescribe.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Dobson v. Winton & Robbins Ltd., [1959] S.C.R. 775; 20 D.L.R. (2d) 164; *Public Trustee v. Pearlberg*, [1940] 2 K.B. 1 (C.A.); *Johnson v Agnew*, [1979] 1 All ER 883 (H.L.).

NOT FOLLOWED:

Dobson v. Winton & Robbins Ltd. (1958), 14 D.L.R. (2d) 110 (Ont. H.C.).

DISTINGUISHED:

Frost v. Knight (1872), L.R. 7 Exch. 111.

CONSIDERED:

Howard v. Pickford Tool Co. Ltd., [1951] 1 K.B. 417 (C.A.); *Goldenberg et al. v. Lieberman*, [1951] 2 D.L.R. 584 (Ont. H.C.); *Lyew v. 418658 Ontario Ltd.* (1982), 134 D.L.R. (3d) 384 (Ont. C.A.).

En l'espèce, la demande d'exécution intégrale ne constitue pas le choix de ce recours uniquement. Elle a toujours été assortie de la demande subsidiaire en dommages-intérêts. L'action en exécution intégrale n'a pas pour effet de maintenir le contrat en vigueur et de le rendre exécutoire à tout moment à la demande de l'une ou de l'autre des parties mais, lorsqu'assortie d'un recours subsidiaire en dommages-intérêts, fait appel à la compétence de la Cour pour faire exécuter le contrat, si cela est possible selon l'*equity*, ou, sinon, pour adjuger des dommages-intérêts pour son inexécution. Si la Cour décide que l'exécution du contrat peut être imposée en respectant les principes de l'*equity*, elle doit fixer selon quelles conditions il sera parfait et déterminer les compensations qui seront accordées pour les dommages résultant de l'inexécution du contrat.

Si l'effet d'une demande d'exécution intégrale était de maintenir le contrat en vigueur à toutes fins et de le rendre exécutoire à la demande de l'une ou l'autre des parties, la partie qui n'est pas en défaut perdrait l'option à laquelle, en raison du manquement initial de l'autre partie, elle est la seule à avoir droit. Cette dernière peut choisir de renoncer à l'exécution intégrale à n'importe quel moment du procès. Cette option existait lorsque les appelants ont fait leur offre d'exécution du contrat à la condition que l'intimé n'y ait pas déjà eu renoncé irrévocablement soit par la lettre de son procureur indiquant qu'il n'avait pas l'intention de maintenir sa demande d'exécution intégrale, soit par son opposition à la requête en exécution intégrale des appelants. Si l'offre d'exécution intégrale par la partie en faute pouvait corriger son manquement, elle aurait de ce simple fait et après avoir violé le contrat, un droit d'exécution égal à celui de la partie sans tort. Une telle situation ne respecterait pas l'*equity*, puisqu'il serait injuste d'annuler la distinction entre le contractant qui est en faute et celui qui ne l'est pas alors que le temps est de l'essence même du contrat. Le choix des redressements doit demeurer le choix du contractant qui n'est pas en faute; dans cette mesure, le contrat sera en vigueur mais il ne sera exécutoire, le cas échéant, que pour le cocontractant qui est sans faute, selon des conditions relatives à l'indemnisation que la cour d'*equity* pourra prescrire.

JURISPRUDENCE

g DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Dobson v. Winton & Robbins Ltd., [1959] R.C.S. 775; 20 D.L.R. (2d) 164; *Public Trustee v. Pearlberg*, [1940] 2 K.B. 1 (C.A.); *Johnson v Agnew*, [1979] 1 All ER 883 (H.L.).

h DÉCISION ÉCARTÉE:

Dobson v. Winton & Robbins Ltd. (1958), 14 D.L.R. (2d) 110 (H.C. Ont.).

i DISTINCTION FAITE AVEC:

Frost v. Knight (1872), L.R. 7 Exch. 111.

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Howard v. Pickford Tool Co. Ltd., [1951] 1 K.B. 417 (C.A.); *Goldenberg et al. v. Lieberman*, [1951] 2 D.L.R. 584 (H.C. Ont.); *Lyew v. 418658 Ontario Ltd.* (1982), 134 D.L.R. (3d) 384 (C.A. Ont.).

REFERRED TO:

Lyew v. 418658 Ontario Ltd. (1982), 132 D.L.R. (3d) 472 (Ont. H.C.).

COUNSEL:

George R. Strathy for plaintiff (respondent).

Burton Tait and *R. Geoffrey Newbury* for defendants (appellants).

SOLICITORS:

Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto, for plaintiff (respondent).
R. Geoffrey Newbury, Toronto, for defendants (appellants).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MACGUIGAN J.: This is an appeal from a judgment of Mr. Justice Walsh [*Beauchamp v. Coastal Corporation*, judgment dated January 23, 1985, Federal Court, Appeal Division, T-2736-83, not yet reported] awarding the respondent the sum of \$207,500 together with pre-judgment interest and costs for repudiation of a contract for the sale of the vessel *Wayward Princess*.

The Trial Judge's conclusions [at pages 34 to 41] were as follows:

I conclude . . . that as of November 16, 1983 there was a valid contract of sale which the purchaser wished to have completed and had tendered payment in order to do so but which the vendor refused to complete. The plaintiff was therefore entitled on November 17, 1983 to institute proceedings as was done seeking in the alternative specific performance or damages for failure to complete the contract, and to seize the *Wayward Princess in rem*.

The defendant no longer seriously disputes that there was a valid contract for the sale of the vessel and in fact admits this in its pleadings and by the fact that it tendered specific performance. The defendant now seeks to hold the plaintiff to specific performance as a result of the affidavit filed by the plaintiff's counsel on February 23, 1984 stating that the plaintiff intended to pursue its claim for specific performance. It is evident that this affidavit was made as a matter of caution in view of the fact that the defendant was disputing the jurisdiction of the Court *in rem* over the vessel if the claim for specific performance was removed from the proceedings and they became merely an action for damages for breach of contract. It is evident that the plaintiff merely wished to keep his options open as he was entitled to do. The defendant's arguments at trial are

DÉCISION CITÉE:

Lyew v. 418658 Ontario Ltd. (1982), 132 D.L.R. (3d) 472 (H.C. Ont.).

a AVOCATS:

George R. Strathy pour le demandeur (intimé).

Burton Tait et *R. Geoffrey Newbury* pour les défendeurs (appelants).

b PROCUREURS:

Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto, pour le demandeur (intimé).

R. Geoffrey Newbury, Toronto, pour les défendeurs (appelants).

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

LE JUGE MACGUIGAN: Appel est interjeté d'un jugement du juge Walsh [*Beauchamp c. Coastal Corporation*, jugement en date du 23 janvier 1985, Division d'appel de la Cour fédérale, T-2736-83, encore inédit] adjugeant à l'intimé la somme de 207 500 \$ ainsi que les intérêts et les dépens antérieurs au jugement pour rupture d'un contrat de vente ayant pour objet le navire *Wayward Princess*.

Les conclusions du juge de première instance [aux pages 34 à 41] sont ainsi libellées:

Je conclus . . . qu'au 16 novembre 1983 il existait un contrat de vente valide que l'acheteur a tenté de parfaire en présentant des offres de paiement, mais que le vendeur refusait d'exécuter. Le demandeur était donc justifié de prendre, comme il l'a fait le 17 novembre 1983, des procédures concluant à l'exécution intégrale ou à des dommages-intérêts à défaut de parfaire le contrat, tout comme il était justifié de saisir le *Wayward Princess in rem*.

La défenderesse ne conteste plus sérieusement l'existence d'un contrat valide prévoyant la vente du navire et, en fait, le reconnaît dans ses plaidoiries comme par ses offres d'exécution intégrale. La défenderesse cherche à présent à imposer l'exécution intégrale au demandeur en s'appuyant sur l'affidavit versé au dossier le 23 février 1984 par l'avocat de celui-ci, dans lequel il est déclaré que le demandeur entend maintenir sa demande d'exécution intégrale. Il est évident que cet affidavit était une mesure de protection, étant donné que la défenderesse contestait la compétence *in rem* de la Cour sur le navire dans l'éventualité où la réclamation en exécution intégrale serait radiée des procédures et que celles-ci ne viseraient plus qu'une action en dommages-intérêts pour rupture de contrat. Il est évident que le demandeur entendait simplement préserver ses

largely repetition of those made and dealt with in the various motions to which reference has been made (*supra*). The judgment of Mr. Justice Strayer of March 26, 1984 [[1984] 1 F.C. 833 (T.D.)] found that the plaintiff was entitled to keep his options open and that the defendant could not force the plaintiff to make his choice in favour of specific performance by a confession of judgment for this. Mr. Justice Strayer concluded however that by refusing this, the plaintiff in effect indicated an option to proceed for damages, and that is what is being claimed in the present proceedings. He also found that the fact that specific performance was no longer an issue did not remove the matter from the jurisdiction of the Court. The defendant now concedes the jurisdiction of the Court, but in connection with the damages claimed in his cross-demand suggests that the plaintiff had no right to maintain the seizure *in rem* after March 9, 1984 when the confession of judgment for specific performance was refused.

The defendant argues that the claim for damages is now only against the defendant corporation and not against the vessel. This may be so but the vessel is the sole asset of the corporation. I know of no proposition in law nor was I referred to any jurisprudence in point to the effect that, if an action once commenced *in rem* over which the Court still has jurisdiction becomes an action *in personam* then there is no longer any right to hold the vessel itself even though the Court still has jurisdiction over the subject-matter of the action.

The plaintiff was certainly within his rights in maintaining the seizure in the absence of a bond and in not agreeing to . . . alternative suggestions.

Judgment will therefore be rendered in favour of the plaintiff for \$207,500 with interest at the legal rate from November 16, 1983 and costs.

The only events relevant to the appeal are those of February and March 1984. In a letter to the appellants' solicitor on February 2, in the course of applying for a trial date, one of the respondent's solicitors stated that his client would not proceed with his claim for specific performance but would ask the Court for damages only.

The appellants then brought a motion dated February 15 *inter alia* to strike the respondent's claim for specific performance. In response to that application, one of the respondent's solicitors delivered an affidavit stating that the respondent wished to pursue his claim for specific performance. The appellants' motion was dismissed on February 28 by Madam Justice Reed [[1984] 2 F.C. 511 (T.D.)], who took the position that such

voies de recours, comme c'était d'ailleurs son droit. Les arguments présentés par la défenderesse lors du procès répètent en grande partie ceux qui ont été soulevés et dont il a été traité dans les différentes requêtes susmentionnées. Le jugement du juge Strayer en date du 26 mars 1984 [[1984] 1 C.F. 833 (1^{re} inst.)] a conclu que le demandeur avait le droit de préserver ses voies de recours et que la défenderesse ne pouvait, par acquiescement à la demande d'exécution intégrale, forcer le demandeur à opter pour ce recours. Le juge Strayer a cependant conclu que le demandeur, par son refus, avait en fait indiqué son choix d'exercer le recours en dommages-intérêts, et c'est ce qui est prétendu dans les procédures en l'espèce. Il a également conclu que le fait que l'exécution intégrale soit écartée n'avait pas pour effet de retirer à la Cour sa compétence relativement à ce litige. La défenderesse reconnaît à présent que la Cour a compétence mais soutient, relativement aux dommages-intérêts dont fait état sa demande reconventionnelle, que le demandeur n'avait aucunement le droit de maintenir la saisie *in rem* après le 9 mars 1984, date où il a repoussé l'acquiescement à la demande d'exécution intégrale.

La défenderesse soutient que la demande en dommages-intérêts ne vise plus le navire mais ne s'adresse désormais qu'à la société défenderesse. C'est peut-être le cas, mais le navire constitue le seul avoir de cette société. Je ne connais aucun principe de droit et l'on ne m'a cité aucune jurisprudence voulant que la transformation d'une action réelle en action personnelle à l'égard de laquelle la Cour reste compétente abolisse le droit à la saisie du navire en cause, bien que la Cour conserve sa compétence sur l'objet de l'action.

Le demandeur avait certainement le droit de maintenir la saisie en l'absence d'un cautionnement et de ne pas accepter la . . . solution de rechange.

Le litige sera donc tranché en faveur du demandeur, qui aura droit à 207 500 \$ et aux dépens, ainsi qu'aux intérêts courus au taux légal sur cette somme depuis le 16 novembre 1983.

Les seuls événements pertinents à l'appel sont ceux survenus au cours des mois de février et mars 1984. Dans une lettre du 2 février adressée à l'avocat des appelants dans le cadre d'une demande de fixation de la date du procès, un des avocats de l'intimé a déclaré que son client se désisterait de son action en exécution intégrale pour ne réclamer devant la Cour que des dommages-intérêts.

Les appelants ont alors présenté une requête en date du 15 février concluant notamment à la radiation de la demande en exécution intégrale de l'intimé. En réponse à cette requête, un des avocats de l'intimé a déposé un affidavit portant que l'intimé souhaitait maintenir sa demande d'exécution intégrale. La requête des appelants a été rejetée le 28 février par Madame la juge Reed [[1984] 2 C.F. 511 (1^{re} inst.)], qui était d'avis que de telles

issues should not be determined in a summary fashion by way of interlocutory motion.

On March 7 the appellants filed a motion for judgment against themselves for specific performance and a confession of judgment for specific performance, without any abatement of purchase price, and on the same day advised the respondent by letter of their intention to tender on March 9 the documentation required to complete the purchase and sale. On March 9 the appellants' solicitors tendered documents on the respondent's solicitors purporting to close the agreement. The respondent's solicitors did not accept the tender.

The appellants' motion for specific performance and the respondent's cross-motion for judgment for damages were dismissed by Mr. Justice Strayer on March 26 [[1984] 1 F.C. 833 (T.D.)]. The relevant part of his reasons for this order is as follows [at pages 836-837]:

Conclusions

I have reached the following conclusions.

1. I accept that the plaintiff is entitled to plead in the alternative as he has done, seeking either specific performance or damages. See *Dobson v. Winton and Robbins Limited*, [1959] S.C.R. 775; *Widrig v. Strazer et al.*, [1964] S.C.R. 376; *Johnson et al. v. Agnew*, [1980] A.C. 367 (H.L.).

2. I also accept that plaintiff is entitled, though he may have pursued specific performance even as far as obtaining judgment for that remedy, to elect later instead for damages if specific performance has in fact not been carried out. (See the cases cited above.) The election is his and a defendant cannot force him to choose specific performance alone as the defendants have tried to do here. For that reason I am dismissing the defendants' application that a judgment for specific performance be entered against them.

3. I have found no authority, however, for the converse proposition that a plaintiff may first elect damages and then later seek specific performance, and I do not think it is sound law. The reason one may first elect specific performance and later elect damages is that specific performance is based on the continued existence of the contract. So specific performance having failed, the plaintiff can at that time repudiate the contract and seek damages instead. But if he has first clearly elected for damages, in my view he cannot later claim specific performance because the election for damages amounts to a repudiation of the contract which cannot later be revived to sustain a claim for specific performance. As

questions ne devaient pas être tranchées sommairement dans le cadre d'une requête interlocutoire.

Le 7 mars, les appelants ont déposé une requête demandant que soit prononcé contre eux-mêmes un jugement portant exécution intégrale et ils ont également déposé un acquiescement à la demande d'exécution intégrale, sans qu'il y ait aucune réduction du prix d'achat; le même jour, dans une lettre, ils avisaient l'intimé de leur intention de lui présenter le 9 mars les documents nécessaires à la vente. Le 9 mars, les avocats des appelants ont présenté des documents aux avocats de l'intimé dans le but de conclure l'entente. Les avocats de l'intimé n'ont pas accepté cette offre.

La requête en exécution intégrale des appelants ainsi que la contre-requête de l'intimé concluant à des dommages-intérêts ont été rejetées par le juge Strayer le 26 mars [[1984] 1 C.F. 833 (1^{re} inst.)]. Le passage suivant des motifs qu'il a prononcés relativement à cette ordonnance est pertinent [aux pages 836 et 837]:

Conclusions

J'ai tiré les conclusions suivantes:

1. Je suis d'accord que le demandeur est en droit de plaider des recours alternatifs, comme il l'a fait, et de demander soit l'exécution intégrale, soit des dommages-intérêts. Voir *Dobson v. Winton and Robbins Limited*, [1959] R.C.S. 775; *Widrig v. Strazer et al.*, [1964] R.C.S. 376; *Johnson et al. v. Agnew*, [1980] A.C. 367 (H.L.).

2. Je conviens également que le demandeur, bien qu'il puisse avoir recherché l'exécution intégrale au point d'obtenir un jugement lui accordant ce redressement, est en droit d'opter plus tard, au lieu de cela, pour des dommages-intérêts si l'exécution intégrale n'a pas été réalisée. (Voir la jurisprudence précitée.) Ce choix lui appartient, et un défendeur ne peut le forcer à s'en tenir uniquement à l'exécution intégrale, comme les défendeurs ont essayé de le faire en l'espèce. Par ce motif, je rejette la requête des défendeurs pour que soit prononcé contre eux un jugement portant exécution intégrale.

3. Toutefois, je ne trouve aucune jurisprudence préconisant l'idée contraire qu'un demandeur peut tout d'abord opter pour des dommages-intérêts et puis, plus tard, demander l'exécution intégrale, et je ne pense pas qu'il s'agisse là d'une bonne règle. La raison pour laquelle on peut tout d'abord opter pour l'exécution intégrale et plus tard pour des dommages-intérêts est que l'exécution intégrale repose sur l'existence continue du contrat. L'exécution intégrale n'ayant pas abouti, le demandeur peut, à ce moment, dénoncer le contrat et demander, à la place, des dommages-intérêts. Mais s'il a, tout d'abord, clairement opté pour des dommages-intérêts, il ne saurait, à mon avis, réclamer plus tard une exécution intégrale, puisque choisir de demander des dommages-intérêts équivaut à dénoncer le contrat qui ne peut par la suite

explained in Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983), paragraphs 776-777:

Where the promisee decides to claim damages, he is said to "accept the breach". His election is to treat the contract as having been broken at the point of breach and in effect, to discharge the promisor from any further contractual obligation other than to pay damages.

The accepted position is that subsequent insistence upon specific performance is inconsistent with the acceptance of the promisor's breach. The effect of acceptance, or the assertion of a damages claim, is to discharge both parties from further performance, and hence, specific performance is no longer possible.

I have concluded therefore that while the defendants cannot force the plaintiff here to accept specific performance, the plaintiff has by opposing a judgment in his favour for specific performance and by applying at the same time for judgment for damages has in the clearest possible way indicated that he has chosen to treat the contract as repudiated by a fundamental breach.

The only remedy left to him is damages. Even if this were not the position at law, this would be an obvious case for the equitable discretion to be exercised against a grant of specific performance.

An appeal was initially brought but was subsequently abandoned.

The principal issue pressed by the appellants in oral argument related to the effect of their tender of March 9, which they contended "cured" their original failure to complete on November 16. More fully stated, the appellants' argument is that, there having been no election by the respondent to retract the claim for specific performance, the contract was still open for completion, on the basis of the general contract principle that where a party continues to treat a contract as outstanding and is seeking its performance, the other party may proceed to perform his part of the bargain; the respondent's refusal to complete was a repudiation of the contract, which until that time had continued to exist; in this situation it was then the respondent rather than the appellants that was in breach of contract, and the appellants were entitled to sue for damages for this breach.

The respondent argued that this issue as to the effect of the tender of March 9 was considered and

être rétabli pour étayer une demande d'exécution intégrale. Selon l'explication donnée dans *Injunctions and Specific Performance* (1983) de Sharpe, paragraphes 776 et 777:

[TRADUCTION] Lorsque le détenteur d'une promesse décide de réclamer des dommages-intérêts, on dit qu'il «accepte l'inexécution». Son choix a pour effet de considérer le contrat comme dénoncé au moment de l'inexécution et, en fait, de libérer la personne qui a fait la promesse de toute obligation contractuelle ultérieure autre que celle de verser des dommages-intérêts.

Le point de vue reconnu est que le fait d'insister par la suite pour l'exécution intégrale est incompatible avec l'acceptation de l'inexécution par la personne qui a fait la promesse. L'acceptation, ou la revendication de dommages-intérêts, a pour effet de libérer les deux parties de toute exécution ultérieure et, en conséquence, l'exécution intégrale n'est plus possible.

Je conclus donc que, bien que les défendeurs ne puissent forcer le demandeur à accepter en l'espèce une exécution intégrale, le demandeur a, en s'opposant à ce que soit prononcé en sa faveur un jugement portant exécution intégrale et en demandant en même temps un jugement ordonnant le versement de dommages-intérêts, indiqué de la façon la plus claire possible son intention de considérer le contrat comme dénoncé en raison de l'inexécution.

Les dommages-intérêts sont le seul redressement qu'il lui reste. Même si ce n'était pas la solution que préconise le droit, il s'agirait d'un cas évident où il y aurait lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire en équité pour rejeter une demande d'exécution intégrale.

L'appel initialement interjeté de cette ordonnance a fait par la suite l'objet d'un désistement.

La plaidoirie orale des appelants a porté principalement sur l'effet de leur offre du 9 mars, offre dont ils ont prétendu qu'elle avait [TRADUCTION] «corrigé» leur défaut d'exécution du 16 novembre. Pour exposer leur argumentation de façon plus détaillée, les appelants prétendent que l'intimé n'ayant pas choisi de retirer sa demande d'exécution intégrale, il était encore possible d'exécuter le contrat sur le fondement du principe général relatif aux contrats qui veut qu'une partie ait le droit d'exécuter ses obligations lorsque l'autre partie continue de considérer le contrat comme étant en vigueur et en recherche l'exécution; lorsque l'intimé a refusé de parfaire la vente, il a rompu le contrat, qui, jusque-là, avait continué d'exister; dans ces circonstances, l'inexécution de ce contrat était imputable à l'intimé plutôt qu'aux appelants, et ces derniers avaient le droit d'intenter contre celui-ci une poursuite en dommages-intérêts fondée sur cette inexécution.

L'intimé a soutenu que la question de l'effet de l'offre du 9 mars a été examinée et a fait l'objet

decided in precise terms by Strayer J. and that, since his decision was not appealed, the issue is now *res judicata*. This is a not inconsiderable argument, but because of the general desirability of leaving substantive issues as open as possible pending trial, I prefer not to decide the case on this narrow ground but rather to deal with it in the broader terms in which it was argued by the appellants.

In support of their contention the appellants cite the following passage from *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 44, page 383.

561. Election between remedies. A plaintiff claiming specific performance or damages in the alternative may before the trial elect to accept the repudiation of the contract by the defendant and abandon the claim to specific performance, by communicating his election to the defendant or by other acts showing an unequivocal election to terminate the contract. The right of election will cease, however, if the defendant remedies the breach before the plaintiff accepts the repudiation and the defendant is able and willing to perform his part of the contract

The case relied on by Halsbury for the effect of remedying a breach of contract is *Frost v. Knight* (1872), L.R. 7 Exch. 111, at page 112. However, the reference in that case to keeping the contract alive for the benefit of the other party as well as for his own is strictly related to an anticipatory breach of contract, where the promisee's decision to treat the breach as inoperative has the effect of keeping the contract alive until its original date of completion. It has no precedential value for a case of actual breach of contract as here.

The appellants also rely on a statement in Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, 1983, at pages 398-399:

The other option is to insist upon further performance. This usually involves suing for specific performance, but a similar issue arises where the innocent party is able to perform his side of the contract without further co-operation from the repudiating party other than payment. The effect of suing for specific performance is to keep the contract alive. The obligation to perform remains for both parties, and certain important implications follow. The promisee must remain ready, willing

d'une décision explicite du juge Strayer, et comme celle-ci n'a pas été portée en appel, cette question est à présent chose jugée. Cet argument n'est pas négligeable mais, parce qu'il est souhaitable que les questions de fond demeurent aussi indéçises que possible tandis que l'affaire est pendante, je préfère que mon jugement ne repose pas sur ce motif restreint et qu'il soit traité de cette affaire selon la perspective plus large qu'ont adoptée les appelants dans leur plaidoirie.

Pour appuyer leur prétention, les appelants citent le passage suivant de *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 44, page 383:

[TRADUCTION] **561. Exercice d'un choix entre différents recours.** Un demandeur qui réclame l'exécution intégrale ou, à défaut, des dommages-intérêts peut, avant le procès, choisir d'accepter la dénonciation du contrat par le défendeur et se désister de la demande d'exécution intégrale en faisant part de ce choix au défendeur ou en démontrant par ailleurs de façon non équivoque qu'il a choisi de mettre fin au contrat. Toutefois, le droit de choisir prendra fin si le défendeur remédie à l'inexécution du contrat avant que le demandeur n'accepte la dénonciation et si le défendeur est en mesure d'exécuter ses obligations contractuelles et est disposé à le faire . . .

Pour traiter des effets produits lorsqu'il a été remédié à l'inexécution d'un contrat, Halsbury s'appuie sur l'arrêt *Frost v. Knight* (1872), L.R. 7 Exch. 111, à la page 112. Toutefois, dans cette affaire, le maintien en vigueur du contrat tant pour l'avantage du débiteur de l'obligation que pour celui du créancier n'est mentionné qu'en ce qui concerne strictement la violation anticipée d'un contrat, une situation dans laquelle la décision du créancier de l'obligation de considérer l'inexécution comme étant inopérante a l'effet de maintenir le contrat en vigueur jusqu'à la date initialement prévue pour son exécution. Ce jugement ne constitue aucunement un précédent en ce qui regarde une réelle inexécution de contrat, ce qui est le cas en l'espèce.

Les appelants s'appuient également sur un extrait de l'œuvre de Robert J. Sharpe intitulée *Injunctions and Specific Performance*, Toronto, 1983, aux pages 398 et 399:

[TRADUCTION] L'autre possibilité consiste à exiger la suite de l'exécution. Cela donne habituellement lieu à une action en exécution intégrale; cependant, la même question se pose lorsque la partie qui n'est pas en défaut est capable d'exécuter ses obligations contractuelles sans autre participation de la partie en défaut, mise à part la question du paiement. La poursuite en exécution intégrale a pour effet de maintenir le contrat en vigueur. Certaines conséquences importantes découlent de ce

and able to complete his side of the contract If the innocent party does choose to keep the contract alive, he must take care not to put himself in breach by failing to meet his own obligations. In the often-quoted language of Asquith, L.J.: "An unaccepted repudiation is a thing writ in water and of no value to anybody: it confers no legal rights of any sort or kind." The risk the promisee takes in keeping the contract alive, although usually slight, is that he keeps the contract alive for both parties, and if subsequent events arise which excuse the defendant from performing, the defendant will be excused despite his earlier breach Similarly, the innocent party who decides to pursue performance must himself be careful to avoid committing an act which will put him in breach of the sort to excuse performance by the defendant, as the contract is said to be alive for all purposes.

The quotation from Asquith L.J., which was much used by counsel for the appellants, is from *Howard v. Pickford Tool Co. Ltd.*, [1951] 1 K.B. 417 (C.A.), at page 421, a case in which the Court refused to entertain a claim for a declaration that a six-year contract for personal services of the plaintiff had been repudiated by the conduct of the defendants since the fact that the plaintiff was continuing to perform his part of the contract in the particular situation rendered the problem academic.

The other authority relied upon by Sharpe, in addition, to *Frost v. Knight*, *supra*, was *Goldenberg et al. v. Lieberman*, [1951] 2 D.L.R. 584 (Ont. H.C.), at page 586, where McRuer C.J.H.C. declared:

Where a plaintiff sues for specific performance with an alternative claim for damages it is always open to a defendant at any time before judgment to accept the plaintiff's election to treat the contract as subsisting and himself elect to carry it out, thereby relieving him of any liability on the alternative claim for damages.

Although I reserve for a moment whether a suit for specific performance can be said to be an election for any purpose, and although this statement is in any event an *obiter dictum*, nevertheless I believe the meaning of the distinguished Chief Justice is clear and must be treated with respect.

que les deux parties demeurent obligées d'exécuter leurs obligations contractuelles. Le créancier de l'obligation doit continuer d'être prêt, disposé et habile à remplir ses obligations Si la partie qui n'est pas en défaut choisit de maintenir le contrat en vigueur, elle doit prendre soin de ne pas se placer elle-même en défaut en n'exécutant pas ses propres obligations. Ainsi que l'exprime la phrase suivante, souvent citée, du lord juge Asquith: [TRADUCTION] «La dénonciation d'un contrat qui n'est pas acceptée n'a aucune substance et n'a de valeur pour personne: elle ne confère aucun droit reconnu par la loi de quelque nature que ce soit.» Le créancier de l'obligation, en maintenant le contrat en vigueur, prend le risque—habituellement léger—que, le contrat demeurant donc en vigueur pour les deux parties, des événements subséquents puissent libérer le défendeur de son obligation, de sorte que ce dernier sera libéré malgré son défaut antérieur De la même façon, la partie non en défaut qui décide d'exiger l'exécution doit prendre garde de ne pas se mettre elle-même en défaut, de telle sorte que la partie défenderesse se trouverait libérée de l'exécution de ses propres obligations, le contrat étant considéré en vigueur à toutes fins.

La phrase du lord juge Asquith citée à l'intérieur du passage qui précède et sur laquelle s'est beaucoup appuyé l'avocat des appelants, est tirée de l'arrêt *Howard v. Pickford Tool Co. Ltd.*, [1951] 1 K.B. 417 (C.A.), à la page 421. Dans cette affaire, la Cour a refusé de recevoir une demande sollicitant un jugement déclaratoire portant qu'un contrat d'une durée de six ans relatif aux services personnels du demandeur avait été dénoncé par la conduite des défendeurs parce que dans cette situation particulière, le demandeur continuant d'exécuter ses obligations contractuelles, la question en perdait toute portée réelle.

Sharpe, en plus de s'appuyer sur le jugement que nous venons de mentionner et sur *Frost v. Knight*, précité, s'est appuyé sur le jugement rendu dans l'affaire *Goldenberg et al. v. Lieberman*, [1951] 2 D.L.R. 584 (H.C. Ont.), dans lequel, à la page 586, le juge en chef de la Haute Cour McRuer, a déclaré:

[TRADUCTION] Lorsqu'un demandeur intente une action recherchant soit l'exécution intégrale, soit à défaut, des dommages-intérêts, le défendeur a toujours, en tout temps avant le jugement, la possibilité de se prévaloir du choix du demandeur de considérer le contrat comme étant toujours en vigueur et de choisir lui-même de l'exécuter, ce qui le libérera de la demande subsidiaire en dommages-intérêts.

Même si, pour l'instant, je ne me prononce pas sur la question de savoir si une action en exécution intégrale peut constituer un choix à toutes fins, et même si le passage qui précède est en fait un *obiter dictum*, je crois que le sens des paroles du juge en chef est clair et que son opinion doit être

McRuer C.J.H.C. in fact repeated his views, again by way of an *obiter dictum* in *Dobson v. Winton & Robbins Ltd.* (1958), 14 D.L.R. (2d) 110 (Ont. H.C.), at page 112:

The plaintiff by his pleading came into Court stating that he was ready and willing to carry out the contract. The defendant might have at any time elected to abandon its defence and carried out the contract. In that case the plaintiff would have been entitled to his costs and any damages sustained by reason of the delay in carrying out the contract.

The same view was expressed by Reid J. in *Lyew v. 418658 Ontario Ltd.* (1982), 132 D.L.R. (3d) 472 (Ont. H.C.). However, this latter decision was reversed by the Ontario Court of Appeal at (1982), 134 D.L.R. (3d) 384. Lacourcière J.A. said for the Court [at page 384]:

The summary judgment is based on the proposition that a plaintiff who claims specific performance is subject to specific performance at any time that the defendant elects to submit to it. We do not accept that proposition as clear law: see *Dobson v. Winton & Robbins Ltd.*, [1959] S.C.R. 775, 20 D.L.R. (2d) 164, particularly at p. 781 S.C.R., p. 168 D.L.R., which casts some doubt on the dicta relied upon by the Motions Court Judge. Accordingly, the matter should proceed to trial where the matter will be determined on all of the equities.

The *Dobson* case cited by the Ontario Court of Appeal, which was the appeal from the judgment of McRuer C.J.H.C. *supra* as affirmed by the Ontario Court of Appeal, is the authority most directly on point. It was an action for specific performance of an agreement for the sale of land, which the purchaser has repudiated. Because the vendor closed another transaction for the sale of the same land to a third party while the trial was pending, the question was whether the vendor, by selling as he did, could go on with a claim for damages and whether his pleading was adequate for this purpose. The dismissal of the claim for damage by McRuer C.J.H.C. was reversed by a unanimous Supreme Court [[1959] S.C.R. 775; 20 D.L.R. (2d) 164]. Judson J. wrote for the Court (at pages 779-781 S.C.R.; 166-168 D.L.R.):

considérée avec déférence. En fait, le juge en chef McRuer a répété son opinion dans un autre *obiter dictum*, qui se trouve à la page 112 de l'arrêt *Dobson v. Winton & Robbins Ltd.* (1958), 14 D.L.R. (2d) 110 (H.C. Ont.):

[TRADUCTION] La partie demanderesse, par son acte de procédure, a déclaré à la Cour qu'elle était prête et disposée à parfaire le contrat. La partie défenderesse aurait pu à tout moment choisir de se désister de sa défense et exécuter ses obligations contractuelles. La partie demanderesse aurait alors eu droit à ses dépens ainsi qu'à un montant correspondant aux dommages consécutifs au retard mis à exécuter le contrat.

Le juge Reed a exprimé la même opinion dans l'affaire *Lyew v. 418658 Ontario Ltd.* (1982), 132 D.L.R. (3d) 472 (H.C. Ont.). Cette dernière décision a toutefois été infirmée par la Cour d'appel de l'Ontario dans un jugement rapporté dans le recueil (1982), 134 D.L.R. (3d), 384. Le juge Lacourcière, de la Cour d'appel, a déclaré dans les motifs qu'il énonçait pour la Cour [à la page 384]:

[TRADUCTION] Le jugement sommaire s'appuie sur la proposition voulant que la partie demanderesse qui réclame l'exécution intégrale y soit liée à quelque moment que la partie défenderesse choisisse d'y procéder. Nous ne considérons pas que cette proposition exprime une règle de droit établie: l'arrêt *Dobson v. Winton & Robbins Ltd.*, [1959] R.C.S. 775, 20 D.L.R. (2d) 164, en particulier à la p. 781 du recueil R.C.S., qui correspond à la p. 168 du recueil D.L.R., soulève des doutes sur les *obiter dictum* sur lesquels s'est appuyé le juge de la Cour des motions. En conséquence, la question devrait faire l'objet d'un procès et être décidée conformément aux principes de l'*equity*.

L'arrêt *Dobson*, que cite la Cour d'appel de l'Ontario, constitue le précédent le plus directement pertinent. Appel y était interjeté du jugement du juge en chef McRuer que nous avons déjà cité, jugement qui avait été confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario. L'action réclamait l'exécution intégrale d'une entente prévoyant la vente d'un terrain, entente que l'acheteur avait dénoncée. Le vendeur ayant conclu une autre transaction prévoyant la vente du même terrain à un tiers lorsque l'affaire était pendante, la question consistait à savoir d'une part, si le vendeur, s'étant départi du terrain comme il l'avait fait, pouvait continuer de réclamer des dommages-intérêts, et d'autre part, si sa procédure était appropriée à cette fin. La Cour suprême, dans un jugement unanime [[1959] R.C.S. 775; 20 D.L.R. (2d) 164], a infirmé la décision du juge en chef McRuer rejetant la demande de dommages-intérêts. Le juge Judson, énonçant les motifs de la Cour, a écrit (aux pages 779 à 781 R.C.S.; 166 à 168 D.L.R.):

The plaintiff's common law right of action on the facts of this case, as found by both Courts, is clear. On the purchaser's repudiation of the contract, the vendor could have forfeited the deposit and claimed for loss of bargain and out-of-pocket expenses. The *Judicature Act* gives him the right to join this claim with one of the specific performance. At some stage of the proceedings he must, of course, elect which remedy he will take. He cannot have both specific performance and a common law claim for loss of bargain. But he is under no compulsion to elect until judgment, and the defendant is not entitled to assume that by issuing the writ for specific performance with a common law claim for damages in the alternative, the vendor has elected at the institution of the action to claim specific performance and nothing else

The judgment at trial is based in part upon the proposition that a claim for specific performance must be deleted by amendment before the alternative claim for damages for breach of contract can be considered. The foundation for this theory must be that by issuing a writ for specific performance the plaintiff has elected this remedy and that no other is open to him. *Hipgrave v. Case*, is cited in support of this principle and the plaintiff's action has failed in this case largely because of the construction which the Courts have put upon that decision

The case, however, is not authority for any principle that by issuing a writ for specific performance with an alternative common law claim for damages, the plaintiff has elected his remedy and is bound by the election. If the claim for specific performance alone is made, that constitutes an affirmation of the contract and, to that extent, an election to enforce the contract. But where the alternative common law claim is made, the writ is equivocal and there is no election. The distinction was clearly pointed out by Luxmoore L.J. in *Public Trustee v. Pearlberg*. The matter is summarized in *Williams on Vendor and Purchaser*, 4th ed., p. 1054, as follows:

Thus, if a purchaser of land makes default in carrying out the contract, and the vendor sues to enforce it specifically, it will be a good defence that the vendor has *subsequently* made some sale or other disposition of the land, which effectually prevents him from completing the contract. This would be no defence to a claim by the vendor for damages for the purchaser's breach of contract.

As the Supreme Court here indicates, the theory espoused in the *Dobson* case by McRuer C.J.H.C. and in the instant case by the appellants is that a claim for specific performance amounts to an election of that remedy. The Supreme Court strongly rejects this proposition. The claim for specific

[TRADUCTION] Considérant les conclusions de fait tirées par les deux Cours dans cette affaire, la *common law* confère au demandeur un droit d'action incontestable. L'acheteur n'ayant pas exécuté ses obligations contractuelles, le vendeur aurait pu conserver les arrhes, et réclamer ses déboursés et des dommages-intérêts pour perte de profit. La *Judicature Act* lui donne le droit de joindre cette demande à une demande d'exécution intégrale. Il doit évidemment, à un stade donné des procédures, choisir entre les différents recours. Il ne peut simultanément réclamer l'exécution intégrale et des dommages-intérêts fondés sur la *common law* pour perte de profit. Il n'est cependant pas obligé de faire ce choix avant le jugement, de sorte que la partie défenderesse n'est pas justifiée de tenir pour acquis que le vendeur, en assortissant sa demande d'exécution intégrale d'une demande subsidiaire en dommages-intérêts fondée sur la *common law*, a choisi à l'introduction de l'action de réclamer l'exécution intégrale et rien d'autre . . .

Le jugement de première instance est fondé en partie sur la proposition voulant qu'une demande d'exécution intégrale doive être radiée au moyen d'une modification avant que le recours de remplacement en dommages-intérêts pour inexécution de contrat ne puisse être pris en considération. Cette théorie doit être fondée sur la proposition voulant qu'en obtenant un bref d'exécution intégrale la partie demanderesse ait choisi ce recours et n'en puisse exercer aucun autre. L'interprétation donnée par les tribunaux au jugement rendu dans l'affaire *Hipgrave v. Case*, qui a été citée à l'appui de ce principe, a joué un rôle important dans le rejet de l'action du demandeur en l'espèce . . .

Cette décision ne constitue cependant pas un précédent appuyant le principe suivant lequel, en obtenant un bref d'exécution intégrale assorti, à titre subsidiaire, d'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *common law*, la partie demanderesse a choisi son recours et se trouve liée par ce choix. Si seule est faite une demande d'exécution intégrale, dans la mesure où cette demande maintient le contrat en vigueur, il sera considéré qu'on a choisi de l'exécuter. Cependant, lorsqu'une autre demande, fondée sur la *common law*, est faite à titre subsidiaire, le bref est équivoque et il n'y a pas de choix. Lord Juge Luxmoore, dans l'arrêt *Public Trustee v. Pearlberg*, a énoncé cette distinction de façon claire. Dans l'ouvrage *Williams on Vendor and Purchaser*, 4^e éd., à la p. 1054, cette question est résumée de la manière suivante:

Ainsi, lorsque le vendeur d'un terrain réclame l'exécution intégrale du contrat que l'acheteur n'a pas exécuté, le défendeur sera justifié de soulever dans sa défense que le vendeur a *subséquentement* aliéné le terrain de quelque manière et que cela a pour effet de l'empêcher de parfaire le contrat. Ce moyen de défense ne pourrait être invoqué à l'encontre d'une demande dans laquelle le vendeur réclamerait des dommages-intérêts pour inexécution du contrat.

Ainsi que l'indique la Cour suprême dans cette affaire, la théorie adoptée par le juge en chef McRuer dans l'affaire *Dobson* et invoquée par les appelants en l'espèce, voudrait que la demande d'exécution intégrale implique le choix de ce recours. La Cour suprême rejette vigoureusement

performance in the present case, even as reaffirmed in February 1984, is, therefore, not an election of that remedy alone. It was always accompanied by the alternative claim for damages.

Further, the effect of bringing an action for specific performance is not, as the appellants contend, to retain the contract in effect and enforceable at any time at the instance of either. The bringing of such an action with an alternative claim for damages invokes the jurisdiction of the Court to enforce the contract, if it can be equitably enforced, and otherwise to award damages for its breach. If the contract can be equitably enforced it is for the Court to determine when and on what terms it is to be completed and what adjustments are to be made for losses resulting from the breach. Thus in *Public Trustee v. Pearlberg*, [1940] 2 K.B. 1 (C.A.), at page 19, a case referred to by Judson J. in the *Dobson* case, Luxmoore L.J. observed:

Where (as in the present case) time for completion is not of the essence of the contract, it is always open to a vendor to fix a reasonable time for completion and so make time of the essence, but where a vendor starts an action for specific performance it appears to me that the issue of a writ is equivalent to a notice to the purchaser that he must complete his purchase at a time which will be fixed by the Court if the vendor succeeds in his action. Having given notice of this fact it seems to me to be impossible, while the action is pending, for the vendor to fix some other and shorter time for completion under some provision of the contract. [Emphasis added.]

In *Johnson v Agnew*, [1979] 1 All ER 883 (H.L.), at page 894, Lord Wilberforce wrote:

A vendor who seeks (and gets) specific performance is merely electing for a course which may or may not lead to implementation of the contract; what he elects for is not eternal and unconditional affirmation, but a continuance of the contract under control of the court which control involves the power, in certain events, to terminate it. If he makes an election at all, he does so when he decides not to proceed under the order for specific performance, but to ask the court to terminate the contract (see the judgment of Greene MR in *Austins of East Ham Ltd v Macey*) [[1941] Ch 338 at 341].

cette proposition. En l'espèce, la demande d'exécution intégrale, même confirmée en février 1984, ne constitue donc pas le choix unique de ce recours. Elle a toujours été assortie de la demande subsidiaire en dommages-intérêts.

De plus, contrairement à ce que prétendent les appelants, l'action en exécution intégrale n'a pas pour effet de maintenir le contrat en vigueur et de le rendre exécutoire à tout moment à la demande de l'une ou de l'autre des parties. Cette action assortie d'un recours subsidiaire en dommages-intérêts fait appel à la compétence de la Cour pour faire exécuter le contrat, si cela est possible selon l'*equity*, ou, sinon, pour adjuger des dommages-intérêts pour son inexécution. Si la Cour décide que l'exécution du contrat peut être imposée en respectant les principes de l'*equity*, elle doit fixer à quel moment et selon quelles conditions il sera parfait et déterminer les compensations qui seront accordées pour les dommages résultant de l'inexécution du contrat. Ainsi, à la page 19 de l'arrêt *Public Trustee v. Pearlberg*, [1940] 2 K.B. 1 (C.A.), dont parle le juge Judson dans l'arrêt *Dobson*, le lord juge Luxmoore a fait les remarques suivantes:

[TRADUCTION] Lorsque (comme c'est le cas en l'espèce) le moment prévu pour l'exécution n'est pas de l'essence même du contrat, il est toujours loisible au vendeur de fixer un moment raisonnable pour cette exécution, lequel devient alors de l'essence même du contrat; mais lorsqu'un vendeur intente une action en exécution intégrale, il me semble que la délivrance d'un bref constitue un avis à l'acheteur de parfaire son achat au moment fixé par la Cour si l'action du vendeur est accueillie. Il m'apparaît impossible pour le vendeur, une fois qu'il a avisé l'acheteur de ce fait, de fixer, lorsque l'action est pendante, un délai plus bref pour l'exécution du contrat en vertu de l'une quelconque des dispositions de celui-ci. (C'est moi qui souligne.)

Dans le jugement qu'il a rendu dans l'affaire *Johnson v Agnew*, [1979] 1 All ER 883 (H.L.), à la page 894, lord Wilberforce a écrit:

[TRADUCTION] Un vendeur qui sollicite (et qui obtient) l'exécution intégrale choisit tout simplement une voie qui peut conduire ou non à l'exécution du contrat; il ne choisit pas de le maintenir en vigueur pour l'éternité et de façon inconditionnelle, mais il opte pour son maintien en vigueur sous l'autorité de la Cour, autorité qui comprend le pouvoir d'y mettre fin dans certaines circonstances. S'il fait un choix, il le fait au moment où il décide de ne pas procéder en vertu de l'ordonnance d'exécution intégrale mais de demander à la Cour de mettre fin au contrat (voir le jugement rendu par le maître des rôles Greene dans l'affaire *Austins of East Ham Ltd v Macey*) [[1941] Ch 338, à la page 341].

It seems to me to follow that until the innocent party makes an unequivocal election against specific performance the effect of his having claimed it and of having asserted his readiness, willingness and ability to perform the contract cannot be, as the appellants contend, to retain the contract as in effect for all purposes and enforceable at the instance of either party. That would deprive the innocent party of his election, which he alone has as the result of the other party's original default. As the election to forego specific performance in favour of damages can be made at any time during the litigation, it existed and was exercisable at the moment when the appellants made their tender of performance, if indeed the respondent's equitable right to specific performance had not already been irrevocably foregone by what had occurred earlier when the letters of January 5, 1984 and February 2, 1984 (pages 143 and 145 of the case) were written. Persisting in keeping the claim for specific performance in the statement of claim is itself of little significance. It asks for the relief but the claim can be withdrawn at any moment. If a tender of performance by the party in default could cure his breach he would have, simply because of a claim for specific performance, after breaking the contract, as much right to enforce it as the innocent party has. Even if, as with *McRuer C.J.H.C.* in the *Dobson* case [at page 112], the innocent party were allowed "his costs and any damages sustained by reason of the delay in carrying out the contract" he would still be allowed only the specific performance option and not the right to withdraw the claim and take his alternative common law remedy of damages.

This would not be equity, because it would not be fair, in relation to a contract of which time was of the essence, to abrogate the distinction between the wronged and the wronging party. The election of remedies must remain at the option of the innocent party, and to that extent, the contract will be alive in an unequal way, or, more accurately, it will remain alive but will be enforceable if at all, only by the originally non-defaulting party on

Il me semble s'ensuivre que jusqu'à ce que la partie qui n'est pas en défaut choisisse de façon non équivoque de ne pas demander l'exécution intégrale, l'effet de sa demande antérieure d'exécution intégrale et de son affirmation qu'elle était prête, disposée et habile à exécuter le contrat ne puisse être, ainsi que le prétendent les appelants, de maintenir le contrat en vigueur à toutes fins et de le rendre exécutoire à la demande de l'une ou l'autre des parties. Si c'était le cas, la partie qui n'est pas en défaut perdrait l'option à laquelle, en raison du manquement initial de l'autre partie, elle est la seule à avoir droit. Comme cette dernière peut choisir de renoncer à l'exécution intégrale pour demander des dommages-intérêts à n'importe quel moment du procès, cette option existait et pouvait être exercée lorsque les appelants ont fait leur offre d'exécution du contrat, à la condition, bien entendu, que l'intimé n'ait pas déjà eu renoncé irrévocablement à son droit reconnu en *equity* en raison de ce qui s'est produit plus tôt lorsque les lettres du 5 janvier 1984 et du 2 février 1984 (pages 143 et 145 du dossier d'appel) ont été écrites. Le fait qu'il ait persisté à maintenir la demande d'exécution intégrale dans la déclaration a, en soi, peu d'importance. Le redressement y est demandé mais la demande peut être retirée en tout temps. Si l'offre d'exécution intégrale par la partie en faute pouvait corriger son manquement, elle aurait de ce simple fait et après avoir violé le contrat, un droit d'exécution égal à celui de la partie sans tort. Même si, comme l'a décidé le juge en chef *McRuer* dans l'affaire *Dobson* [à la page 112], celui qui n'a pas commis de faute avait droit à [TRADUCTION] «ses dépens et à des dommages-intérêts le compensant du préjudice causé par le retard mis par la défenderesse à exécuter le contrat», il n'aurait encore droit qu'au recours en exécution intégrale et non au droit de retirer la demande et d'opter pour le recours en dommages-intérêts prévu par la *common law*.

Une telle situation ne respecterait pas l'*equity*, puisqu'il serait injuste d'annuler la distinction entre le contractant qui est en faute et celui qui ne l'est pas alors que le temps est de l'essence même du contrat. Le choix des redressements doit demeurer le choix du contractant qui n'est pas en faute; dans cette mesure, le contrat sera en vigueur de façon inégale ou, plus justement, demeurera en vigueur mais il ne sera exécutoire, le cas échéant,

such terms as to compensation as a court of equity may prescribe.

The other points raised by counsel for the appellants were dealt with at the hearing and counsel for the respondent was not called on to answer them.

The appeal accordingly fails and I would dismiss it with costs.

THURLOW C.J.: I agree.

MAHONEY J.: I agree.

que pour le cocontractant qui est sans faute, selon des conditions relatives à l'indemnisation que la cour d'*equity* pourra prescrire.

^a Il a été traité à l'audience des autres points soulevés par l'avocat des appelants sans qu'il soit demandé à l'avocat de l'intimé de faire part de son point de vue à leur sujet.

^b L'appel doit, en conséquence, échouer, et je le rejetterais avec dépens.

LE JUGE EN CHEF THURLOW: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MAHONEY: Je souscris à ces motifs.