

Jane Hamilton *Appellant*

v.

Open Window Bakery Limited *Respondent*

INDEXED AS: HAMILTON v. OPEN WINDOW BAKERY LTD.

Neutral citation: 2004 SCC 9.

File No.: 29225.

Hearing and judgment: November 13, 2003.

Reasons delivered: February 19, 2004.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Repudiation — Damages — Approach to assessing damages for breach of contract with alternative modes of performance.

Costs — Scale — Variation of scale by appellate court — Elements required for appellate court to set aside or vary award of costs.

The parties had entered into a 36-month contract which provided for termination by the respondent: (1) for cause “without notice or other act if . . . the [appellant] acts in a manner . . . detrimental to [the respondent’s] reputation and well being”; or (2) by the exercise of an unconditional right to terminate the contract on three months’ notice “effective after the commencement of the [contract’s] 19th month”. The respondent repudiated the contract pursuant to the first clause and later pursuant to the second. The trial judge held that the respondent had wrongfully repudiated the contract and awarded damages reflecting the payments that would have been made under the full 36-month term of the contract, less an allowance of 25 per cent to reflect the possibility that the respondent might have validly exercised its right to terminate the contract with notice at some later time. He ordered the respondent to pay the appellant’s costs on a party-and-party scale to a certain date and on a solicitor-and-client scale from that date forward. A majority at the Court of Appeal held that the early termination clause with three months’ notice constituted both the minimum guaranteed benefits under the contract and the respondent’s maximum exposure for damages. The damages award was

Jane Hamilton *Appelante*

c.

Open Window Bakery Limited *Intimée*

RÉPERTORIÉ : HAMILTON c. OPEN WINDOW BAKERY LTD.

Référence neutre : 2004 CSC 9.

N° du greffe : 29225.

Audition et jugement: 13 novembre 2003.

Motifs déposés : 19 février 2004.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, Arbour, LeBel et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

Contrats — Résiliation — Dommages-intérêts — Méthode de calcul des dommages-intérêts pour inexécution d’un contrat prévoyant différents modes d’exécution.

Dépens — Base de calcul — Cour d’appel modifiant la base de calcul — Éléments requis pour qu’une cour d’appel annule ou modifie une attribution de dépens.

Les parties avaient conclu un contrat d’une durée de 36 mois qui prévoyait que l’intimée pourrait le résilier : (1) « sans donner de préavis ni prendre aucune autre mesure si [. . .] [l’appelante] agi[ssait] d’une manière dommageable pour la réputation et la prospérité » de l’intimée, ou (2) grâce à un droit absolu de résiliation exercé en donnant un préavis de trois mois « à compter du 19^e mois de la durée prévue du contrat ». L’intimée a résilié le contrat conformément à la première clause et, par la suite, conformément à la deuxième clause. Le juge de première instance a conclu à la résiliation fautive du contrat par l’intimée et a accordé des dommages-intérêts correspondant aux versements qui auraient été effectués pendant toute la durée de 36 mois du contrat, moins 25 pour 100 afin de refléter la possibilité que l’intimée aurait éventuellement eue d’exercer d’une manière valide son droit de résilier le contrat en donnant un préavis. Il a ordonné à l’intimée de payer les dépens de l’appelante sur la base partie-partie jusqu’à une certaine date, et sur la base avocat-client après cette date. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont statué que la clause autorisant la résiliation anticipée du contrat, moyennant un préavis de trois mois, constituait à la fois l’avantage minimum

reduced accordingly and the costs order was varied by reducing the award of costs on a solicitor-and-client scale to costs on a party-and-party scale.

Held: The appeal should be dismissed on the issue of damages and allowed only on the issue of costs.

Where a contract might be performed in several ways, the mode which is the least profitable to the plaintiff, and the least burdensome to the defendant, is adopted. The test is not how the defendant would likely have performed his or her obligations under the contract but for his or her repudiation. The non-breaching party need not be restored to the position it would likely have been in but for the repudiation but rather to the position it would have been in had the contract been performed. A factual inquiry to determine an estimated cost of the various means of performance may be required but was not necessary here.

A costs award should be set aside on appeal only if the trial judge made an error in principle or if the costs award was plainly wrong. The trial judge's costs order was restored as neither condition was met here.

Cases Cited

Referred to: *Cockburn v. Alexander* (1848), 6 C.B. 791; *Park v. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107; *Aldo Ippolito & Co. v. Canada Packers Inc.* (1986), 57 O.R. (2d) 65; *Lavarack v. Woods of Colchester Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 278; *The "World Navigator"*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 23; *Western Oil & Fuel Co. v. Kemp*, 245 F.2d 633 (1957); *Stewart v. Cran-Vela Rental Co.*, 510 F.2d 982 (1975); *Withers v. General Theatre Corp.*, [1933] 2 K.B. 536; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *Duong v. NN Life Insurance Co. of Canada* (2001), 141 O.A.C. 307.

Authors Cited

American Jurisprudence, vol. 22, 2nd ed. Rochester, N.Y.: Lawyers Co-operative Publishing Co., 1988.
 American Law Institute. *Restatement (Second) of Contracts*, vol. 3. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1981.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: LBC Information Services, 1998.

garanti par le contrat et le risque maximal auquel l'intimée était exposée au chapitre des dommages-intérêts. La cour a donc réduit en conséquence le montant de dommages-intérêts accordé et a modifié l'ordonnance relative aux dépens, en ramenant à des dépens partie-partie les dépens avocat-client.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté relativement aux dommages-intérêts et accueilli uniquement en ce qui concerne la question des dépens.

Lorsqu'il existe plusieurs modes d'exécution d'un contrat, le mode choisi doit être celui qui est le moins avantageux pour le demandeur et le moins onéreux pour le défendeur. Le critère applicable ne consiste pas à se demander comment la défenderesse aurait vraisemblablement exécuté ses obligations contractuelles si elle n'avait pas résilié le contrat. Il est nécessaire non pas de placer la partie innocente dans la situation où elle se serait vraisemblablement trouvée n'eût été la résiliation, mais plutôt de la placer dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté. En l'espèce, il n'était pas nécessaire de procéder à l'examen des faits qui peut être requis pour établir le coût estimatif des différents modes d'exécution.

L'attribution de dépens ne doit être annulée en appel que si le juge de première instance a commis une erreur de principe ou si cette attribution est nettement erronée. L'ordonnance du juge de première instance relative aux dépens est rétablie étant donné que ni l'une ni l'autre condition n'est remplie en l'espèce.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Cockburn c. Alexander* (1848), 6 C.B. 791; *Park c. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107; *Aldo Ippolito & Co. c. Canada Packers Inc.* (1986), 57 O.R. (2d) 65; *Lavarack c. Woods of Colchester Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 278; *The « World Navigator »*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 23; *Western Oil & Fuel Co. c. Kemp*, 245 F.2d 633 (1957); *Stewart c. Cran-Vela Rental Co.*, 510 F.2d 982 (1975); *Withers c. General Theatre Corp.*, [1933] 2 K.B. 536; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *Duong c. NN Life Insurance Co. of Canada* (2001), 141 O.A.C. 307.

Doctrine citée

American Jurisprudence, vol. 22, 2nd ed. Rochester, N.Y. : Lawyers Co-operative Publishing Co., 1988.
 American Law Institute. *Restatement (Second) of Contracts*, vol. 3. St. Paul, Minn. : American Law Institute Publishers, 1981.
 Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney : LBC Information Services, 1998.

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2002.

Heuston, R. F. V., and R. A. Buckley. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. London: Sweet & Maxwell, 1996.

Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 7th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2001.

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2003).

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto: Canada Law Book, 2003.

Williston, Samuel. *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 11, 3rd ed. by Walter H. E. Jaeger. Mount Kisco, N.Y.: Baker, Voorhis, 1968.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 58 O.R. (3d) 767, 211 D.L.R. (4th) 443, 157 O.A.C. 222, [2002] O.J. No. 1228 (QL), reversing a judgment of the Superior Court of Justice, [2000] O.J. No. 5004 (QL). Appeal dismissed on the issue of damages. Appeal allowed on the issue of costs.

Susan J. Heakes and Tiffany Little, for the appellant.

Paul Gemmink, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Facts and Overview

This case requires us to determine the appropriate approach to assessing damages for the breach of a contract with alternative modes of performance.

The appellant, Jane Hamilton, entered into a contract with Open Window Bakery Limited (“OWB”) for a term of 36 months. By its terms, Hamilton was to be an exclusive agent for the marketing and sale of OWB’s baked goods in Japan.

The contract provided that OWB could terminate the agreement in several ways, two of which are apposite to this appeal. First, OWB could terminate the contract “without notice or other act if . . . the Agent acts in a manner which is detrimental to

Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 2002.

Heuston, R. F. V., and R. A. Buckley. *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed. London : Sweet & Maxwell, 1996.

Linden, Allen M. *La responsabilité civile délictuelle*, 6^e éd. Markham, Ont. : Butterworths, 2001.

Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2003).

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, loose-leaf ed. Toronto : Canada Law Book, 2003.

Williston, Samuel. *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. 11, 3rd ed. by Walter H. E. Jaeger. Mount Kisco, N.Y. : Baker, Voorhis, 1968.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (2002), 58 O.R. (3d) 767, 211 D.L.R. (4th) 443, 157 O.A.C. 222, [2002] O.J. No. 1228 (QL), infirmant un jugement de la Cour supérieure de justice, [2000] O.J. No. 5004 (QL). Pourvoi rejeté relativement aux dommages-intérêts. Pourvoi accueilli relativement aux dépens.

Susan J. Heakes et Tiffany Little, pour l’appelante.

Paul Gemmink, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE ARBOUR —

I. Aperçu des faits

Il nous faut, en l’espèce, déterminer la méthode appropriée de calcul des dommages-intérêts pour inexécution d’un contrat prévoyant différents modes d’exécution. 1

L’appelante, Jane Hamilton, a conclu un contrat d’une durée de 36 mois avec Open Window Bakery Limited (« OWB »). Ce contrat stipulait que M^{me} Hamilton serait l’agente exclusive de commercialisation au Japon des produits de boulangerie d’OWB. 2

Le contrat prévoyait la possibilité pour OWB de le résilier de plusieurs façons, dont deux sont pertinentes en l’espèce. Premièrement, OWB pourrait résilier le contrat [TRADUCTION] « sans donner de préavis ni prendre aucune autre mesure 3

the reputation and well being” of OWB. Second, the contract granted OWB the unconditional right to terminate the contract “with notice to the Agent effective after the commencement of the 19th month of the term herein, on three (3) months notice”.

4 Approximately 16 months later, OWB repudiated the contract. In a letter of termination addressed to Hamilton, dated May 19, 1998, OWB made two allegations in support of the termination. The first allegation was that Hamilton behaved in a manner “detrimental to the reputation and well being” of OWB by deliberately falsifying ingredient lists in omitting sugar on shipments of bagels to Japan (sugar content was an important factor in the assessment of Japanese import tariffs). The second allegation was that Hamilton disclosed pricing and other confidential information to an employee of one of Japan’s largest food retailers (who also was an employee of the Japanese External Trade Organization) in violation of the contract’s confidentiality clause. The letter stated that Hamilton’s termination was “effective immediately”.

5 In the letter, OWB claimed entitlement to a return of all commission advances paid (but not yet earned) and denied any further obligation to pay commissions or to reimburse Hamilton for expenses. The letter stated that OWB would not pursue the return of commission advances already paid if Hamilton did not legally challenge her termination.

6 OWB sent a subsequent letter of termination dated August 5, 1998. This letter was motivated by OWB’s desire to rely upon the clause in the agreement which provided for early termination with notice in the event its earlier termination was successfully challenged by Hamilton.

7 Hamilton subsequently commenced an action against OWB and its chief executive officer, Gail Agasi, in the Ontario Superior Court of Justice. OWB counterclaimed against Hamilton. At the

si [...] l’agent agi[ssait] d’une manière dommageable pour la réputation et la prospérité » d’OWB. Deuxièmement, le contrat accordait à OWB un droit absolu de résiliation [TRADUCTION] « en donnant à l’agent un préavis de trois (3) mois, à compter du 19^e mois de la durée prévue du contrat ».

Environ 16 mois plus tard, OWB a résilié le contrat. Dans la lettre de résiliation adressée à M^{me} Hamilton le 19 mai 1998, OWB prétendait avoir deux raisons de résilier le contrat. Elle a d’abord allégué que M^{me} Hamilton avait adopté un comportement [TRADUCTION] « dommageable pour la réputation et la prospérité » d’OWB, lequel comportement avait consisté à falsifier délibérément les listes d’ingrédients en omettant d’y inscrire le sucre contenu dans les bagels expédiés au Japon (la teneur en sucre était un élément important dans le calcul des droits d’importation appliqués par le Japon). Elle a ensuite allégué que M^{me} Hamilton avait contrevenu à la clause de confidentialité du contrat en divulguant les prix et d’autres renseignements confidentiels à un employé de l’une des plus grandes chaînes de magasins d’alimentation du Japon (qui travaillait également pour l’Organisation japonaise du commerce extérieur). La lettre précisait que la résiliation du contrat était [TRADUCTION] « immédiate ».

OWB a prétendu, dans sa lettre, qu’elle avait droit au remboursement de toutes les avances consenties pour des commissions non encore gagnées, ajoutant qu’elle n’était plus tenue de verser des commissions à M^{me} Hamilton ni de lui rembourser ses dépenses. La lettre expliquait qu’OWB n’exigerait pas le remboursement des avances sur commission déjà versées si M^{me} Hamilton ne contestait pas la résiliation en justice.

OWB a envoyé une autre lettre de résiliation datée, cette fois, du 5 août 1998. OWB voulait ainsi faire part de sa volonté de recourir à la clause contractuelle autorisant la résiliation anticipée avec préavis, si jamais M^{me} Hamilton contestait avec succès la première résiliation.

Madame Hamilton a subséquemment intenté, contre OWB et sa directrice générale Gail Agasi, une action devant la Cour supérieure de l’Ontario. OWB a déposé une demande reconventionnelle

outset of the trial the action against Agasi was dismissed on consent, as was the counterclaim. The matter proceeded as an action for general damages in breach of contract against OWB. The trial judge, Wilkins J., held that OWB wrongfully repudiated the contract and awarded damages reflecting the payments that would have been made under the full 36-month term of the contract, less an allowance of 25 percent: [2000] O.J. No. 5004 (QL). The discount reflected the possibility that OWB might at some later point have validly exercised its right to terminate the contract with notice.

In addition to the damages award, Wilkins J. ordered OWB to pay Hamilton's costs on a party-and-party scale up to October 30, 2000 and from that date forward on a solicitor-and-client scale. Wilkins J. held that costs on a solicitor-and-client scale were appropriate for several reasons. OWB defended the action on the "most serious" and "narrow" basis that Hamilton had behaved dishonestly. OWB failed to demonstrate on a balance of probabilities that Hamilton had in fact been dishonest. OWB persisted in its allegations of dishonesty even after October 30, 2000, at which time pre-trial production and discovery had been completed. By that date, Wilkins J. held that OWB had access to information sufficient to conclude that Hamilton had not behaved dishonestly or fraudulently. OWB appealed.

Simmons J.A. for the majority at the Court of Appeal for Ontario (2002), 58 O.R. (3d) 767 (Goudge J.A. dissenting), held that the early termination clause with three months' notice constituted the minimum guaranteed benefits under the contract. As such, in the court's opinion, it also constituted OWB's maximum exposure for damages. The damages award was reduced accordingly. Simmons J.A. also varied the costs order of Wilkins J., reducing the award of costs on a solicitor-and-client scale

contre M^{me} Hamilton. À l'ouverture du procès, l'action intentée contre M^{me} Agasi et la demande reconventionnelle ont été rejetées avec le consentement des parties. L'affaire a été instruite comme une action intentée contre OWB en vue d'obtenir des dommages-intérêts généraux pour inexécution de contrat. Le juge Wilkins a conclu, en première instance, à la résiliation fautive du contrat par OWB et a accordé des dommages-intérêts correspondant aux versements qui auraient été effectués pendant toute la durée de 36 mois du contrat, moins 25 pour 100 : [2000] O.J. No. 5004 (QL). La déduction de 25 pour 100 reflétait la possibilité qu'OWB aurait éventuellement eue d'exercer d'une manière valide son droit de résilier le contrat en donnant un préavis.

En plus des dommages-intérêts accordés, le juge Wilkins a ordonné à OWB de payer les dépens de M^{me} Hamilton sur la base partie-partie jusqu'au 30 octobre 2000, et sur la base avocat-client après cette date. Le juge Wilkins a précisé qu'il convenait, pour plusieurs raisons, d'accorder des dépens avocat-client. La défense d'OWB reposait sur l'allégation [TRADUCTION] « très grave » et « limitée » que M^{me} Hamilton s'était comportée malhonnêtement. OWB n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que M^{me} Hamilton avait réellement été malhonnête. OWB a persisté à alléguer la malhonnêteté même après le 30 octobre 2000, c'est-à-dire au moment où la production de documents et les interrogatoires préalables au procès étaient terminés. Le juge Wilkins a conclu qu'à cette date OWB avait accès à des renseignements suffisants pour pouvoir conclure que M^{me} Hamilton ne s'était pas comportée de manière malhonnête ou frauduleuse. OWB a interjeté appel.

La juge Simmons a statué, au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 58 O.R. (3d) 767 (le juge Goudge étant dissident), que la clause autorisant la résiliation anticipée du contrat, moyennant un préavis de trois mois, constituait l'avantage minimum garanti par le contrat. C'est pourquoi, selon la cour, cette clause représentait en même temps le risque maximal auquel OWB était exposée au chapitre des dommages-intérêts. La cour a donc réduit en conséquence le montant

after October 30, 2000, to costs on a party-and-party scale.

10 Hamilton appealed to this Court with respect to both damages and costs. From the bench, this Court dismissed the appeal with respect to the damages, but allowed the appeal with respect to costs.

II. Analysis

A. *Damages*

11 There is a general principle regarding damages awarded in cases where a defendant who wrongfully repudiated a contract had alternative modes of performing the contract. This general principle traces its roots at least as far back as the case of *Cockburn v. Alexander* (1848), 6 C.B. 791. In that case, Maule J. articulated the general principle, at p. 814, as follows:

Generally speaking, where there are several ways in which the contract might be performed, that mode is adopted which is the least profitable to the plaintiff, and the least burthensome to the defendant.

This general principle has been adopted by decisions in Canada (see *Park v. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107 (C.A.); *Aldo Ippolito & Co. v. Canada Packers Inc.* (1986), 57 O.R. (2d) 65 (C.A.); and, more generally, S. M. Waddams, *The Law of Damages* (loose-leaf ed.), at pp. 13-19 to 13-21), and has been confirmed in the United Kingdom (see *Lavarack v. Woods of Colchester Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 278 (C.A.); and *The "World Navigator"*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 23 (C.A.)).

12 This approach is also the one that is generally applicable in the United States (see, for example, *Restatement (Second) of Contracts* § 344 (1981); *Williston on Contracts* (3rd ed. 1968) § 1407; *Western Oil & Fuel Co. v. Kemp*, 245 F.2d 633 (8th Cir. 1957), at p. 640; *Stewart v. Cran-Vela Rental Co.*, 510 F.2d 982 (5th Cir. 1975), at p. 986; and 22 Am. Jur. 2d *Damages* § 126 (1988)).

de dommages-intérêts accordé. La juge Simmons a également modifié l'ordonnance que le juge Wilkins avait rendue en matière de dépens, en ramenant à des dépens partie-partie les dépens avocat-client accordés pour la période postérieure au 30 octobre 2000.

Madame Hamilton a interjeté appel devant la Cour tant sur la question des dommages-intérêts que sur celle des dépens. À l'audience, la Cour a rejeté le pourvoi relativement aux dommages-intérêts, mais l'a accueilli relativement aux dépens.

II. Analyse

A. *Dommages-intérêts*

Un principe général régit l'attribution de dommages-intérêts dans les cas où le défendeur, qui a procédé à la résiliation fautive d'un contrat, disposait de différents modes d'exécution du contrat. Ce principe remonte à aussi loin que l'affaire *Cockburn c. Alexander* (1848), 6 C.B. 791. Dans cette affaire, le juge Maule a formulé ainsi ce principe général (p. 814) :

[TRADUCTION] En général, lorsqu'il existe plusieurs modes d'exécution d'un contrat, le mode choisi doit être celui qui est le moins avantageux pour le demandeur et le moins onéreux pour le défendeur.

Adopté dans la jurisprudence canadienne (voir *Park c. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107 (C.A.), *Aldo Ippolito & Co. c. Canada Packers Inc.* (1986), 57 O.R. (2d) 65 (C.A.), et, d'une manière plus générale, S. M. Waddams, *The Law of Damages* (éd. feuilles mobiles), p. 13-19 à 13-21), ce principe général a également été confirmé au Royaume-Uni (voir *Lavarack c. Woods of Colchester Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 278 (C.A.), et *The « World Navigator »*, [1991] 2 Lloyd's Rep. 23 (C.A.)).

Cette approche est aussi celle qui s'applique généralement aux États-Unis (voir, par exemple, *Restatement (Second) of Contracts* § 344 (1981); *Williston on Contracts* (3^e éd. 1968) § 1407; *Western Oil & Fuel Co. c. Kemp*, 245 F.2d 633 (8th Cir. 1957), p. 640; *Stewart c. Cran-Vela Rental Co.*, 510 F.2d 982 (5th Cir. 1975), p. 986; 22 Am. Jur. 2d *Damages* § 126 (1988)).

The general principle was explained by Scrutton L.J. in *Withers v. General Theatre Corp.*, [1933] 2 K.B. 536 (C.A.), at pp. 548-49:

Now where a defendant has alternative ways of performing a contract at his option, there is a well settled rule as to how the damages for breach of such a contract are to be assessed. . . . A very common instance explaining how that works is this: A. undertakes to sell to B. 800 to 1200 tons of a certain commodity; he does not supply B. with any commodity. On what basis are the damages to be fixed? They are fixed in this way. A. would perform his contract if he supplied 800 tons, and the damages must therefore be assessed on the basis that he has not supplied 800 tons, and not on the basis that he has not supplied 1200 tons, not on the basis that he has not supplied the average, 1000 tons, and not on the basis that he might reasonably be expected, whatever the contract was, to supply more than 800 tons. The damages are assessed . . . on the basis that the defendant will perform the contract in the way most beneficial to himself and not in the way that is most beneficial to the plaintiff.

If one substitutes duration in time for quantity of goods into Scrutton L.J.'s statement, then it directly addresses the case at bar. Indeed, the application of this general principle to a breach of a contract with various possible durations is addressed immediately following the above example by Scrutton L.J., at pp. 549-50:

[Consider] a lease for seven, fourteen or twenty-one years which is wrongfully determined at the end of five years by the landlord. On what basis are damages to be assessed? Answer: On the basis that the landlord can determine the lease in seven years, and therefore the plaintiff can only recover damages on the assumption that he had only two more years of the lease to run.

This passage speaks directly to our case, and is persuasive in its application.

Notwithstanding the broad acceptance of the general principle, the appellant in this case advocates another approach — the one employed by Wilkins J. at trial. This approach involves an inquiry into how the defendant would likely have performed his or her obligations under the contract, hypothetically, but for his or her repudiation. This, the

Le lord juge Scrutton explique le principe général dans l'arrêt *Withers c. General Theatre Corp.*, [1933] 2 K.B. 536 (C.A.), p. 548-549 :

[TRADUCTION] Maintenant, lorsque le défendeur dispose de plusieurs modes d'exécution d'un contrat, une règle bien établie régit la façon de calculer les dommages-intérêts pour inexécution du contrat. [. . .] Voici un exemple couramment utilisé pour expliquer la façon dont cette règle fonctionne : A s'engage à vendre à B entre 800 et 1 200 tonnes d'une certaine denrée; A ne fournit aucune denrée à B. Comment les dommages-intérêts seront-ils calculés? Voici comment : A s'acquitterait de ses obligations contractuelles s'il fournissait 800 tonnes. Les dommages-intérêts doivent donc être calculés en fonction de l'omission de fournir 800 tonnes et non de celle de fournir 1 200 tonnes ou encore les 1 000 tonnes représentant la quantité moyenne. Leur calcul ne doit pas reposer non plus sur le fait que, peu importe les termes du contrat, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que A fournisse plus de 800 tonnes. Ce calcul est fondé [. . .] sur la supposition que le défendeur exécutera le contrat de la manière la plus avantageuse, non pas pour le demandeur, mais pour lui.

Si l'on y substitue l'écoulement du temps à la quantité des marchandises, l'énoncé du lord juge Scrutton s'applique alors directement à la présente affaire. En fait, la question de l'application de ce principe général à l'inexécution d'un contrat à durée variable est abordée, aux p. 549-550, immédiatement après l'exemple susmentionné du lord juge Scrutton :

[TRADUCTION] [Prenons le cas] du bail de sept, quatorze ou vingt-et-un ans qui, au bout de cinq ans, fait l'objet d'une résiliation fautive par le propriétaire. Comment les dommages-intérêts seront-ils calculés? La réponse : leur calcul tiendra compte du fait que le propriétaire avait la possibilité de résilier le bail au bout de sept ans. Par conséquent, on tiendra pour acquis qu'il ne restait que deux ans avant la fin du bail, et le demandeur n'aura droit d'être indemnisé que dans cette mesure.

Ce passage vise directement l'affaire qui nous occupe et est déterminant.

Même si ce principe général est largement accepté, l'appelante préconise, en l'espèce, une autre approche — celle adoptée au procès par le juge Wilkins. Cette approche consiste à se demander comment, en théorie, la défenderesse aurait vraisemblablement exécuté ses obligations contractuelles si elle n'avait pas résilié le contrat. Pour

appellant argues, is the true test of the position the plaintiff would have been in had the contract not been repudiated.

15 This tort-like analysis proposed by Hamilton is not an established part of Canadian law. There are compelling reasons for this. Contractual obligations are voluntarily assumed by parties and given effect to by the courts. The failure to perform certain promised positive contractual obligations in contract law is conceptually distinct from the breach of unpromised negative obligations to not harm another's interests in tort law: see G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (2nd ed. 2002), at p. 11.

16 In a successful tort claim for damages, unliquidated damages are awarded to a plaintiff on the basis that the plaintiff has suffered a loss through some wrongful interference by the defendant. The plaintiff in such cases has legally protected interests that have been found by a court to be unduly compromised. In tort cases, it is widely recognized that the inquiry into what would have been but for the tort is appropriate, since the plaintiff's interest is in being restored to (or at least awarded compensation in respect of) the position the plaintiff would otherwise be in. See Fridman, *supra*, at p. 2; A. M. Linden, *Canadian Tort Law* (7th ed. 2001), at p. 4, (“[f]irst and foremost, tort law is a compensator”); J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 5; and R. F. V. Heuston and R. A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21st ed. 1996), at pp. 8-9.

17 However, under the general principle applicable in breach of contracts with alternative performances enunciated above, it is not necessary that the non-breaching party be restored to the position they would likely, as a matter of fact, have been in but for the repudiation. Rather, the non-breaching party

l'appelante, il s'agit là du critère applicable pour déterminer quelle aurait été la situation du demandeur si le contrat n'avait pas été résilié.

L'analyse proposée par M^{me} Hamilton — qui s'apparente à celle effectuée en matière de responsabilité délictuelle — n'est pas une pratique bien implantée en droit canadien, et ce, pour plusieurs raisons sérieuses. Les obligations contractuelles sont des obligations que les parties assument de plein gré et auxquelles les tribunaux donnent effet. Le manquement — en droit des contrats — à une obligation contractuelle positive découlant de l'engagement des parties est un concept différent du manquement — en matière de responsabilité délictuelle — à l'obligation, négative cette fois et ne découlant pas d'un engagement, de ne causer aucun préjudice à autrui : voir G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (2^e éd. 2002), p. 11.

Lorsqu'une demande de dommages-intérêts fondée sur la responsabilité délictuelle est accueillie, le demandeur obtient des dommages-intérêts non déterminés pour la perte qu'il a subie à cause de l'intervention fautive du défendeur. En pareil cas, le demandeur possède des droits protégés par la loi qui, selon le tribunal, ont été indûment compromis. En matière de responsabilité délictuelle, on reconnaît généralement qu'il convient de se demander quelle aurait été la situation si le délit n'avait pas été commis, puisque ce à quoi le demandeur a droit, c'est d'être placé dans la situation dans laquelle il se serait trouvé n'eût été ce délit — ou du moins d'être indemnisé à cet égard. Voir Fridman, *op. cit.*, p. 2; A. M. Linden, *La responsabilité civile délictuelle* (6^e éd. 2001), p. 4, (« [l]e droit de la responsabilité délictuelle joue, d'abord et avant tout, un rôle réparateur »); J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9^e éd. 1998), p. 5; R. F. V. Heuston et R. A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21^e éd. 1996), p. 8-9.

Toutefois, selon le principe général susmentionné qui s'applique à l'inexécution des contrats prévoyant différents modes d'exécution, il n'est pas nécessaire de placer la partie innocente dans la situation où elle se serait vraisemblablement trouvée n'eût été la résiliation. Il s'agit plutôt de la placer dans la situation

is entitled to be restored to the position they would have been in had the contract been performed.

In this case, the relevant contractual duties have been expressly set out by the parties in the agreement. Hamilton is entitled to OWB's performance of these voluntarily assumed duties. Hamilton has no compensable interest in the advantages she might have expected under any particular performance of the contract, since the contract itself provided for alternative methods of performance at the election of the defendant. If Hamilton wanted to secure herself the benefits associated with a given particular method of performance, she should have contracted for only that method of performance.

The trial judge erred in this case in engaging in a tort-like inquiry as to what would have happened if OWB had not breached its contractual obligations to Hamilton, and in concluding that OWB would not have terminated at the earliest opportunity.

The assessment of damages required only a determination of the minimum performance the plaintiff was entitled to under the contract, i.e., the performance which was least burdensome for the defendant. The plaintiff agreed at the outset that she was entitled to no more by contracting for a contractual term that could be truncated with notice entirely at the discretion of the defendant.

This is not to say that the general principle will never require a factual inquiry. The method of performance that is most advantageous or least costly for the defendant may not always be clear at the outset from the contract's terms. A court may have to consider evidence to determine an estimated cost of the various means of performance. In some cases it will only be after this factual investigation that a court can confidently conclude that a certain mode of performance would have been the least burdensome for the defendant. That this factual investigation might need to be conducted in some

où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté.

En l'espèce, les obligations contractuelles pertinentes des parties sont expressément énoncées dans le contrat qu'elles ont signé. Madame Hamilton a droit à l'exécution des obligations que OWB a assumées de plein gré. Elle ne possède aucun droit donnant ouverture à indemnisation en ce qui concerne les avantages qu'elle aurait pu s'attendre à tirer d'un mode particulier d'exécution du contrat, étant donné que le contrat lui-même donnait à la défenderesse le choix de différents modes d'exécution. Si elle avait voulu s'assurer d'obtenir les avantages liés à un mode d'exécution particulier, M^{me} Hamilton aurait dû convenir de ce seul mode d'exécution dans le contrat qu'elle a signé.

En l'espèce, le juge de première instance a commis une erreur en procédant à une analyse semblable à celle effectuée en matière de responsabilité délictuelle, c'est-à-dire en se demandant quelle aurait été la situation si OWB n'avait pas manqué à ses obligations contractuelles envers M^{me} Hamilton, et en concluant qu'OWB n'aurait pas résilié le contrat à la première occasion.

Pour calculer les dommages-intérêts, il était seulement nécessaire de déterminer l'exécution minimale à laquelle la demanderesse avait droit en vertu du contrat, c'est-à-dire celle qui était la moins onéreuse pour la défenderesse. La demanderesse a convenu, au départ, qu'elle n'aurait pas droit à plus en signant un contrat dont la défenderesse pourrait, à son entière discrétion, écarter la durée en donnant un préavis en ce sens.

Cela ne signifie pas que le principe général ne commande jamais un examen des faits. Il se peut qu'au départ le mode d'exécution le plus avantageux ou le moins onéreux pour le défendeur ne ressorte pas toujours clairement du contrat. Il se peut que le tribunal doive procéder à un examen de la preuve pour établir le coût estimatif des différents modes d'exécution. Dans certains cas, ce ne sera qu'après avoir effectué cet examen des faits que le tribunal pourra conclure, sans craindre de se tromper, qu'un certain mode d'exécution aurait été le moins onéreux pour le défendeur. La possibilité

18

19

20

21

instances does not undermine the general principle.

22 A factual investigation of this type is not necessary on the facts of this case. The case at bar raises only a question of the extent of time the contract will be performed which, with three months' notice given after the expiration of the 18th month, is entirely at the election of the defendant.

23 The analytical approach adopted by Simmons J.A. at the Court of Appeal in this case regarding the appropriate quantum of damages is one that comports with the long-standing and widely accepted general principle, is sound in policy, and is one that leads to predictable and justifiable results. For the foregoing reasons, the appeal with regard to damages is dismissed.

B. *Costs*

24 In overturning the costs award ordered by Wilkins J. at trial, Simmons J.A. for the majority of the Court of Appeal, at para. 57, stated:

The trial judge found that the appellant had not met the high standard of proof required to sustain allegations of fraud or dishonesty. He did not find the pleading to be without foundation. In these circumstances and in light of my disposition of the main ground of appeal, I would set aside the order for solicitor and client costs and substitute an award on the partial indemnity scale.

25 In this case, Wilkins J. assessed the tenability of the allegations of dishonesty and fraud, assisted by his observation of the demeanour of all the witnesses. He concluded that, while the allegations had, perhaps, some circumstantial plausibility, OWB relied only upon the narrow issue of dishonesty and persisted unduly in these allegations.

26 In *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at p. 134, McLachlin J. (as she then was) for a majority of this Court held that solicitor-and-client costs "are generally awarded only where there has been

qu'un tel examen des faits soit nécessaire dans certains cas ne mine pas le principe général.

Les faits de la présente affaire ne commandent pas ce genre d'examen. Seule se pose en l'espèce la question de la durée du contrat qui, sous réserve du préavis de trois mois requis à l'expiration du 18^e mois, est laissée à l'entière discrétion de la défendresse.

La méthode analytique que la juge Simmons de la Cour d'appel a adoptée, en l'espèce, pour calculer le montant approprié des dommages-intérêts est conforme au principe général de longue date et généralement accepté, est valable sur le plan de la politique générale et mène à des résultats prévisibles et justifiables. Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi est rejeté en ce qui concerne les dommages-intérêts.

B. *Les dépens*

En écartant l'attribution de dépens ordonnée en première instance par le juge Wilkins, la juge Simmons s'est exprimée ainsi au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel (par. 57) :

[TRADUCTION] Le juge de première instance a décidé que l'appelante n'avait pas satisfait à la norme de preuve élevée qui s'applique aux allégations de fraude et de malhonnêteté. Il n'a pas conclu que les allégations étaient non fondées. Dans ces circonstances et compte tenu de ma décision relative au principal moyen d'appel, je suis d'avis d'annuler l'ordonnance d'attribution de dépens avocat-client et d'y substituer des dépens sur la base d'une indemnisation partielle.

En l'espèce, le juge Wilkins a évalué la solidité des allégations de malhonnêteté et de fraude en observant notamment le comportement de tous les témoins. Il a conclu que, même si les allégations pouvaient avoir une certaine vraisemblance dans les circonstances, OWB n'avait soulevé que la question limitée de la malhonnêteté et avait maintenu indûment ces allégations.

Dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, p. 134, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a statué, au nom des juges majoritaires de la Cour, que les dépens avocat-client « ne sont

reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties”. An unsuccessful attempt to prove fraud or dishonesty on a balance of probabilities does not lead inexorably to the conclusion that the unsuccessful party should be held liable for solicitor-and-client costs, since not all such attempts will be correctly considered to amount to “reprehensible, scandalous or outrageous conduct”. However, allegations of fraud and dishonesty are serious and potentially very damaging to those accused of deception. When, as here, a party makes such allegations unsuccessfully at trial and with access to information sufficient to conclude that the other party was merely negligent and neither dishonest nor fraudulent (as Wilkins J. found), costs on a solicitor-and-client scale are appropriate: see, generally, M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2nd ed. (loose-leaf)), at para. 219.

A court should set aside a costs award on appeal only if the trial judge has made an error in principle or if the costs award is plainly wrong (*Duong v. NN Life Insurance Co. of Canada* (2001), 141 O.A.C. 307, at para. 14). In Wilkins J.’s costs order I find no such error of principle, nor can I conclude that the award is plainly wrong. In light of the privileged position of the trial judge to assess first-hand the credibility of witnesses, and given the highly fact-driven nature of the analysis that was required here, the costs order made by Wilkins J. must be restored.

III. Conclusion

For the foregoing reasons, the appeal was dismissed from the bench with regard to damages and allowed only on the issue of costs. The trial judge’s award of solicitor-client costs at trial is restored. Each party is to bear its own costs in the Court of Appeal for Ontario and in this Court.

généralement accordés que s’il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d’une des parties ». La tentative infructueuse d’établir, selon la prépondérance des probabilités, l’existence de fraude ou de malhonnêteté n’amène pas forcément à conclure que la partie déboutée doit être tenue de verser des dépens avocat-client, étant donné que les tentatives de ce genre ne seront pas toutes considérées, à juste titre, comme une « conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante ». Toutefois, les allégations de fraude et de malhonnêteté sont graves et peuvent être fort dommageables pour ceux et celles qui sont accusés de supercherie. Lorsque, comme en l’espèce, une partie formule en vain de telles allégations au procès et qu’elle a accès à des renseignements qui lui permettent de conclure que l’autre partie a simplement fait montre de négligence et n’est coupable ni de malhonnêteté ni de fraude (comme l’a conclu le juge Wilkins), il convient d’accorder des dépens avocat-client : voir, d’une manière générale, M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2^e éd. (feuilles mobiles)), par. 219.

L’attribution de dépens ne doit être annulée en appel que si le juge de première instance a commis une erreur de principe ou si cette attribution est nettement erronée (*Duong c. NN Life Insurance Co. of Canada* (2001), 141 O.A.C. 307, par. 14). Je ne constate aucune erreur de principe de ce genre dans l’ordonnance du juge Wilkins et je suis incapable de conclure que l’attribution est nettement erronée. Vu la situation privilégiée dans laquelle le juge de première instance se trouve pour apprécier directement la crédibilité des témoins, et compte tenu de la nature éminemment factuelle de l’analyse requise en l’espèce, l’ordonnance du juge Wilkins relative aux dépens doit être rétablie.

III. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi a été rejeté à l’audience relativement aux dommages-intérêts et accueilli uniquement en ce qui concerne la question des dépens. L’attribution de dépens avocat-client par le juge de première instance est rétablie. Chaque partie assumera ses propres dépens devant la Cour d’appel de l’Ontario et devant nous.

27

28

*Appeal dismissed on the issue of damages.
Appeal allowed on the issue of costs.*

*Solicitors for the appellant: Heenan Blaikie,
Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Gemmink &
Associate, Toronto.*

*Pourvoi rejeté relativement aux dommages-
intérêts. Pourvoi accueilli relativement aux dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Heenan Blaikie,
Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Gemmink & Associate,
Toronto.*