

Sail Labrador Limited *Appellant*

v.

The Owners, Navimar Corporation Ltée and All Others Interested in the Ship *Challenge One*, Her Equipment, Bunkers and Freights, and the Ship *Challenge One*, Her Equipment, Bunkers and Freights *Respondents*

INDEXED AS: SAIL LABRADOR LTD. v. CHALLENGE ONE (THE)

File No.: 26083.

Hearing and judgment: October 9, 1998.

Reasons delivered: February 4, 1999.

Present: Lamer C.J. and Gonthier, Cory, Iacobucci, Major, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Contracts — Option to purchase — Conditions precedent — Substantial performance — Charter party providing for option to purchase vessel at end of lease — Option made subject to “full performance” of all obligations under charter party — One of lease payments made late owing to bank error — Whether doctrine of substantial performance applies — Whether option to purchase still valid.

The appellant entered into a five-year agreement with the respondent Navimar to charter a vessel. Under clause 30 of the charter party, the appellant had an option to purchase the vessel at the end of the five-year period subject to “full performance of all its obligations in th[e] Charter Party including but not limited to payments being made promptly and in accordance with the schedule of Clause 10 throughout th[e] Agreement”. Clause 10 specified the annual payment rate, while clause 11 set out a payment schedule of seven monthly instalments each year. The accepted practice between the parties was for the appellant to submit seven post-dated, uncertified cheques to the respondent at the beginning of each operating season. While there were no problems with the cheques for the first four years, the cheque for the first payment in the fifth year was returned by reason of insufficient funds. The trial judge found that the bank’s refusal to honour the appellant’s cheque was due to an error by a bank employee. The

Sail Labrador Limited *Appelante*

c.

Les propriétaires, Navimar Corporation Ltée et toutes autres personnes ayant un droit sur le navire *Challenge One*, son équipement, ses soutes et le fret, et le navire *Challenge One*, son équipement, ses soutes et le fret *Intimés*

RÉPERTORIÉ: SAIL LABRADOR LTD. c. CHALLENGE ONE (LE)

Nº du greffe: 26083.

Audition et jugement: 9 octobre 1998.

Motifs déposés: 4 février 1999.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Contrats — Option d’achat — Conditions préalables — Exécution substantielle — Charte-partie contenant une option d’achat d’un navire à l’expiration d’un bail — Option assujettie à l’exécution de toutes les obligations imposées par la charte-partie — Versement tardif d’un loyer résultant de l’erreur d’une banque — La théorie de l’exécution substantielle s’applique-t-elle? — L’option d’achat est-elle toujours valide?

L’appelante a conclu une charte-partie avec l’intimée Navimar afin d’affréter un navire pendant cinq ans. L’article 30 de la charte-partie accordait à l’appelante l’option d’acheter le navire à l’expiration de la période de cinq ans, à la condition qu’elle «exécute toutes les obligations que la [...] charte-partie met à sa charge, et notamment qu’elle fasse les versements prévus promptement et en conformité avec l’échéancier de l’article 10 pendant toute la durée du contrat». L’article 10 prescrivait le loyer annuel d’affrètement, tandis que l’article 11 établissait un échéancier selon lequel ce loyer serait payable en sept mensualités chaque année. Les parties ont convenu que l’appelante remettrait à l’intimée sept chèques postdatés non certifiés au début de chaque saison d’exploitation. Les chèques n’ont posé aucun problème pendant les quatre premières années, mais le chèque couvrant le premier versement de la cinquième année a été refusé pour provision insuffisante. Le juge de première instance a conclu que le refus de la banque

respondent wrote to the appellant informing it that the option to purchase was void and of no further effect because of the appellant's failure to make the payment as required. In this same letter, the respondent gave the appellant instructions on how it could remedy its late payment. The appellant promptly made the payment with interest in accordance with the respondent's instructions. All subsequent payments were made on time. Under clause 25 of the charter party, the appellant had to supply deck and engine room logs if required by the respondent. After the appellant's late payment the respondent made such a request; it argued at trial that the appellant had breached clause 25 by failing to provide all copies of the logs as requested. At the end of the five-year lease the appellant gave the respondent notice of its intention to exercise the option to purchase and tendered payment. The respondent refused to execute a bill of sale. The Federal Court, Trial Division, granted the appellant's action for a declaration that it was entitled to exercise the option. The Federal Court of Appeal allowed the respondent's appeal.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: While an option may be a unilateral contract, it may also be an element of a bilateral contract in which it is contained. Whether a contract which contains an option clause establishes a single, bilateral contract or two separate contracts, one bilateral and the other unilateral, is a matter of construction. Courts must examine the text of the contract and the context surrounding it in order to determine the intention of the parties, keeping in mind that this Court has previously approved of the tendency by courts to treat offers as calling for bilateral rather than unilateral performance whenever a contract can fairly be so construed. In this case, the lease and the option form a single, bilateral contract. The option and the charter party in which it is contained are intimately connected to one another. The option requires consideration to be binding on both parties, but it can be assumed that it is based on the same consideration as the underlying lease, namely the lease payments. Further connections between the option and the charter party are the fact that the option is specifically made dependent on the performance of the terms of the charter party and the fact that the option and the charter party involve the same property. This single con-

d'honorer le chèque de l'appelante était dû à une erreur de la part d'un employé de la banque. L'intimée a fait parvenir à l'appelante une lettre l'informant que l'option d'achat était devenue nulle et sans effet en raison de l'omission de cette dernière d'effectuer le versement requis. Dans cette même lettre, l'intimée donnait aussi des directives à l'appelante sur la façon dont celle-ci pourrait remédier à son versement tardif. L'appelante s'est alors empressée de faire le versement et de payer les intérêts courus, conformément aux directives de l'intimée. Tous les versements ultérieurs ont été faits à temps. En vertu de l'article 25 de la charte-partie, l'appelante devait fournir à l'intimée, à la demande de celle-ci, les journaux de bord du pont et de la salle des machines. L'intimée a présenté une telle demande après le versement tardif de l'appelante; elle a soutenu en première instance que l'appelante avait contrevenu à l'article 25 en omettant de lui fournir toutes les copies demandées des journaux de bord. À l'expiration du bail de cinq ans, l'appelante a avisé l'intimée de son intention de lever l'option d'achat et elle lui a offert une somme en guise de paiement. L'intimée a refusé de signer un contrat de vente. La Section de première instance de la Cour fédérale a fait droit à l'action intentée par l'appelante en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'elle avait le droit de lever l'option. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de l'intimée.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, Iacobucci, Major et Bastarache: Bien qu'une option puisse être un contrat unilatéral, elle peut également constituer un élément du contrat bilatéral dont elle fait partie. La question de savoir si un contrat comportant une clause d'option constitue un seul contrat bilatéral ou deux contrats distincts, l'un bilatéral et l'autre unilatéral, est une question d'interprétation. Les tribunaux doivent examiner le libellé du contrat et le contexte dans lequel il s'inscrit pour déterminer l'intention des parties, tout en ayant à l'esprit que notre Cour a déjà approuvé la tendance des tribunaux à considérer que les offres commandent une exécution bilatérale plutôt qu'unilatérale dans tous les cas où il est vraiment possible de donner une telle interprétation au contrat. En l'espèce, le contrat de location et l'option constituent un seul contrat bilatéral. L'option et la charte-partie qui la contient sont intimement liées. L'option requiert une contrepartie pour lier les deux parties, mais il est possible de présumer qu'elle est fondée sur la même contrepartie que le contrat de location sous-jacent, soit les loyers à verser. L'option et la charte-partie sont également liées du fait qu'il est précisé que la levée de l'option dépend du respect des modalités de la charte-partie et que l'option

tract contains many terms, some relating to the lease, others to the option. The option itself forms part of the consideration flowing from the respondent to the appellant under this bilateral contract.

Time is not of the essence of a contract unless the parties have expressly made it of the essence or the nature of the property or circumstances allow for such a presumption. Commercial parties should be familiar enough with the applicable law to know that they must use very precise words if their intention is to make time the essence of a contract. The words used in the option clause are simply not precise enough to satisfy this Court that these parties intended to make timely lease payments the essence of this contract. This conclusion is bolstered by the respondent's admission that contracts used in this industry often include the actual words "time is of the essence" when that is in fact the parties' intention. Even if it could be said that the words of the option clause are adequate to make time of the essence in relation to the lease payments, the actual wording of the clause could only support a finding that time is of the essence in relation to clause 10. The trial judge properly found no breach of clause 10 because the appellant's single late payment did not breach the clause 10 requirement to pay \$85,000 for the year in which the late payment occurred. Since the presumption that time is not of the essence has not been displaced, the bilateral nature of the contract in this case requires that the substantial non-performance doctrine be applied.

The trial judge's finding that there was substantial compliance with clause 25 should not be disturbed. The vessel in question falls within the scope of s. 261(1) of the *Canada Shipping Act*, which dictates that the logs must remain on board the vessel. Furthermore, clause 25 makes no reference to the removal of the logs from the vessel or the making of copies of the logs, but refers to the actual logs only. The clause 25 requirement that the appellant supply the logs to the respondent upon request should therefore have been interpreted as requiring them to be made available on board the vessel.

et la charte-partie portent sur le même bien. Ce seul et unique contrat contient de nombreuses modalités dont certaines ont trait au contrat de location, et d'autres, à l'option. L'option elle-même constitue un élément de la contrepartie consentie par l'intimée à l'appelante en vertu de ce contrat bilatéral.

Le respect des délais n'est pas une condition essentielle d'un contrat, sauf si les parties l'ont expressément stipulé ou si la nature du bien ou des circonstances en cause permet une telle présomption. Des parties qui font du commerce devraient avoir une connaissance suffisante du droit applicable pour savoir qu'elles doivent utiliser des mots très précis pour exprimer leur intention de faire du respect des délais une condition essentielle d'un contrat. Les mots utilisés à la clause d'option ne sont simplement pas assez précis pour convaincre notre Cour que les parties avaient l'intention de faire du versement à temps des loyers une condition essentielle du contrat. Cette conclusion est étayée par l'admission de l'intimée que les contrats utilisés dans ce secteur comprennent souvent l'expression «le respect des délais est une condition essentielle» lorsque telle est, en fait, l'intention des parties. Même si on pouvait affirmer que les mots utilisés à la clause d'option sont suffisants pour faire du respect des délais une condition essentielle en matière de versements de loyer, le libellé de cette clause pourrait seulement étayer une conclusion que le respect des délais est une condition essentielle en ce qui concerne l'article 10. Le juge de première instance a décidé à bon droit qu'il n'a pas été contrevenu à l'article 10 vu que l'appelante, en faisant un seul versement tardif, n'a pas manqué à l'exigence de cet article qu'elle paie la somme de 85 000 \$ pour l'année pendant laquelle elle a fait un tel versement. Vu que la présomption que le respect des délais n'est pas une condition essentielle n'a pas été réfutée en l'espèce, la nature bilatérale du contrat requiert l'application de la théorie de l'inexécution substantielle.

Il n'y a pas lieu de modifier la conclusion du juge de première instance que l'article 25 a été substantiellement respecté. Le navire en question est visé par le par. 261(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui exige que les journaux de bord du navire demeurent à son bord. En outre, l'article 25 ne mentionne ni le retrait des journaux de bord du navire, ni la préparation de copies de ces journaux; il ne renvoie qu'aux journaux de bord eux-mêmes. L'exigence de l'article 25 que l'appelante remette les journaux de bord à l'intimée à la demande de celle-ci aurait donc dû être interprétée comme une exigence que les journaux de bord soient mis à la disposition de l'intimée à bord du navire.

Although clause 11 of the charter party specifically states that the appellant is to make monthly payments “in cash in Canadian currency by way of Bank Transfer and/or certified cheques”, the fact that the respondent accepted the practice of making payment by post-dated, uncertified cheques indicates that it was not insistent on strict compliance with the method of payment set out in clause 11. It follows that the respondent cannot now insist on a strict application of clause 11. The modified method of payment accepted by the parties involved a risk of delay in clearing the cheques. The respondent must bear the consequences of this risk equally with the appellant because it materialized as a result of their mutually accepted alteration of the strict terms of the agreement. The appellant had sufficient funds in its account to cover its cheque and had no reason to suspect a bank error might delay payment of those funds to the respondent. The appellant always had the intention to pay on time and took all the steps that it could reasonably have been expected to take given the modified payment arrangement into which the parties had entered. Upon being notified by the respondent that its cheque had been refused, the appellant promptly paid the amount due plus interest in accordance with the respondent’s instructions. The appellant also made all of the remaining payments under the charter party on time. In these circumstances, the appellant substantially performed its modified clause 11 obligations.

The respondent has no right to cancel the appellant’s option to purchase the vessel in this case. This result is consistent with the true intentions of these parties as revealed by all of the circumstances and with the applicable policy reasons. The respondent has received a significant benefit from the appellant’s defective performance which it cannot restore. Furthermore, there is no proportionality between the impact of the appellant’s defective performance on the respondent and the benefit the appellant will lose if the respondent is permitted to void the option. The deficient performance did not give rise to uncertainty because there was no reason for the respondent to believe that the single late payment, which was caused by a bank error rather than any fault of the appellant, would put future lease payments in doubt. The concern in this instance must be with fairness. On the facts of this case, the respondent was simply not deprived of what it bargained for.

Per Binnie J.: The question of whether a contractual term is satisfied by substantial performance, or whether

Bien que l’article 11 de la charte-partie prévoit expressément que l’appelante doit faire les versements mensuels «en espèces et en devises canadiennes sous forme de virement bancaire ou de chèques certifiés», l’acceptation par l’intimée du mode de paiement par chèques postdatés non certifiés montre que celle-ci n’insistait pas pour que le mode de paiement établi à l’article 11 soit rigoureusement respecté. Il s’ensuit que l’intimée ne saurait désormais insister pour que l’article 11 soit rigoureusement appliqué. Le mode de paiement modifié accepté par les parties comportait un risque de compensation tardive des chèques. L’intimée doit assumer les conséquences de ce risque au même titre que l’appelante, car ce dernier s’est matérialisé à la suite d’une modification, acceptée par les deux parties, des modalités strictes de l’entente. L’appelante avait suffisamment de fonds dans son compte pour couvrir son chèque, et elle n’avait aucune raison de s’attendre à ce qu’une erreur bancaire puisse retarder le versement de ces fonds à l’intimée. L’appelante a toujours eu l’intention de payer à temps et elle a pris toutes les mesures que l’on pouvait raisonnablement s’attendre à ce qu’elle prenne, compte tenu de l’entente de paiement modifiée intervenue entre les parties. Après avoir été avisée par l’intimée que son chèque avait été refusé, l’appelante s’est empressée de verser à l’intimée la somme qu’elle lui devait, en plus des intérêts courus, conformément aux directives de celle-ci. L’appelante a également fait à temps tous les versements qu’il lui restait à faire en vertu de la charte-partie. Dans ces circonstances, l’appelante a exécuté substantiellement les obligations modifiées qui lui incombaient en vertu de l’article 11.

L’intimée n’a, en l’espèce, aucun droit d’annuler l’option d’achat du navire par l’appelante. Cela est conforme à l’intention véritable de ces parties, qui ressort de l’ensemble des circonstances, ainsi qu’aux principes applicables. L’intimée a retiré un avantage important de l’exécution défectueuse de l’appelante, avantage qu’elle n’est pas en mesure de restituer. De plus, il n’y a aucune mesure entre l’effet de l’exécution défectueuse de l’appelante sur l’intimée et l’avantage que l’appelante perdra s’il est permis à l’intimée d’annuler l’option. L’exécution défectueuse n’a créé aucune incertitude car l’intimée n’avait aucune raison de croire qu’un seul paiement tardif, dû à l’erreur d’une banque plutôt qu’à la faute de l’appelante, aurait pour effet de remettre en cause les futurs versements de loyer. En l’espèce, notre Cour doit avoir un souci d’équité. Il ressort des faits de la présente affaire que l’intimée n’a tout simplement pas été privée de ce qu’elle avait négocié.

Le juge Binnie: La question de savoir si une clause contractuelle est respectée par l’exécution substantielle,

strict (or “complete” or “exact”) performance is required, is a matter of interpretation. Everything turns on the intention of the parties as expressed (in this case) in the charter party. Here, the contracting parties stipulated “full performance” as a condition precedent to the exercise of the option, and this stipulation should be respected by the courts. The words “all obligations” refer to all of the things required under the contract, and the words “full performance” must therefore refer to the sufficiency of performance of each of them. Substantial performance is less than full performance, according to the ordinary meaning of the words. An option is a unilateral obligation, irrespective of whether it is contained in a unilateral or a bilateral contract. The general approach in *Pierce v. Empey* was therefore agreed with. It is not without significance that in this case the parties stipulated for “full performance” in relation to the exercise of the option (i.e., by including the stipulation in the option clause itself) rather than in relation to their contract generally. While in some contracts the parties can be interpreted to have agreed to the option being governed by the more flexible standard of “substantial” performance, they did not do so here. However, on a proper interpretation of the charter party the conditions precedent to the exercise of the option were satisfied in “full” (or, in the instance of the banking arrangements, the owners were estopped from saying otherwise), and the charterers were thus entitled to exercise the option.

Cases Cited

By Bastarache J.

Applied: *A/S Tankexpress v. Compagnie Financière Belge Des Pétroles S/A* (1948), 82 Lloyd’s L.R. 43; **distinguished:** *Pierce v. Empey*, [1939] S.C.R. 247; **referred to:** *Canadian Long Island Petroleum Ltd. v. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 715; *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1995] 2 S.C.R. 187; *Margaronis Navigation Agency, Ltd. v. Henry W. Peabody & Co., of London, Ltd.*, [1964] 2 Lloyd’s Rep. 153; *Tenax Steamship Co. v. The Brimnes (Owners)*, [1975] Q.B. 929; *Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 26; *United Dominions Trust (Commercial), Ltd. v. Eagle Aircraft Services, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 104; *Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton*, [1983] 1 A.C. 444; *West Country Cleaners (Falmouth) Ltd. v. Saly*, [1966] 1 W.L.R. 1485; *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1

ou si l’exécution stricte (ou encore «complète» ou «à la lettre») est requise, est une question d’interprétation. Tout dépend de l’intention des parties qui est exprimée (en l’espèce) dans la charte-partie. En l’espèce, les parties contractantes ont stipulé que l’exécution de «toutes les obligations» serait une condition préalable à la levée de l’option, et les tribunaux devraient respecter cette stipulation. Les mots «toutes les obligations» visent tout ce que prescrit le contrat, et les mots «exécute toutes les obligations» doivent donc viser le caractère suffisant de l’exécution de chacune d’elles. L’exécution substantielle est moindre que l’exécution de toutes les obligations, selon le sens ordinaire de ces mots. Une option est une obligation unilatérale, peu importe qu’elle figure dans un contrat unilatéral ou dans un contrat bilatéral. Le point de vue général adopté dans l’arrêt *Pierce c. Empey* est donc accepté. Il n’est pas sans importance, en l’espèce, que les parties aient stipulé l’exécution de «toutes les obligations» relativement à la levée de l’option (c’est-à-dire en incluant cette stipulation dans la clause d’option même) plutôt que relativement à leur contrat en général. Bien que, dans certains contrats, il soit possible de considérer que les parties ont accepté que l’option soit régie par le critère plus souple de l’exécution «substantielle», elles ne l’ont pas fait en l’espèce. Cependant, selon une interprétation correcte de la charte-partie, les conditions préalables à la levée de l’option étaient «toutes» remplies (ou, dans le cas des ententes bancaires, les propriétaires n’étaient pas admis à affirmer le contraire), et les affréteurs avaient donc le droit de lever l’option.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt appliqué: *A/S Tankexpress c. Compagnie Financière Belge Des Pétroles S/A* (1948), 82 Lloyd’s L.R. 43; **distinction d’avec l’arrêt:** *Pierce c. Empey*, [1939] R.C.S. 247; **arrêts mentionnés:** *Canadian Long Island Petroleum Ltd. c. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 715; *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1995] 2 R.C.S. 187; *Margaronis Navigation Agency, Ltd. c. Henry W. Peabody & Co., of London, Ltd.*, [1964] 2 Lloyd’s Rep. 153; *Tenax Steamship Co. c. The Brimnes (Owners)*, [1975] Q.B. 929; *Hongkong Fir Shipping Co. c. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 26; *United Dominions Trust (Commercial), Ltd. c. Eagle Aircraft Services, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 104; *Sudbrook Trading Estate Ltd. c. Eggleton*, [1983] 1 A.C. 444; *West Country Cleaners (Falmouth) Ltd. c. Saly*, [1966] 1 W.L.R. 1485; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*,

S.C.R. 779; *Dawson v. Helicopter Exploration Co.*, [1955] S.C.R. 868; *Daku v. Daku* (1964), 49 W.W.R. 552; *Friesen v. Bomok* (1979), 95 D.L.R. (3d) 446; *Nieckar v. Sliwa* (1976), 67 D.L.R. (3d) 378; *Nilsson v. Romaniuk* (1984), 59 A.R. 39; *Re Kennedy & Beaucage Mines Ltd.*, [1959] O.R. 625; *Davis v. Shaw* (1910), 21 O.L.R. 474; *Lombard North Central Plc. v. Butterworth*, [1987] Q.B. 527; *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; *Parkin v. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698; *Stickney v. Keeble*, [1915] A.C. 386; *Scandinavian Trading Tanker Co AB v. Flota Petrolera Ecuatoriana — The Scaptrade*, [1983] 2 All E.R. 763; *LeMesurier v. Andrus* (1984), 31 R.P.R. 143, rev'd on other grounds (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent*, 129 N.E. 889 (1921); *Lang v. Provincial Natural Gas and Fuel Co. of Ontario* (1908), 17 O.L.R. 262; *Sprague v. Booth* (1908), 21 O.L.R. 637, aff'd [1909] A.C. 576; *Hare v. Nicoll*, [1966] 2 Q.B. 130; *Krause v. Bain Bros. Alta. Ltd.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 500; *Bass Holdings Ltd. v. Morton Music Ltd.*, [1987] 2 W.L.R. 397; *Birchmont Furniture Ltd. v. Loewen* (1978), 84 D.L.R. (3d) 599; *Petrillio v. Nelson* (1980), 114 D.L.R. (3d) 273; *Runnymede Iron & Steel Ltd. v. Rossen Engineering and Construction Co.*, [1962] S.C.R. 26; *Gillespie v. Wells* (1912), 2 D.L.R. 519; *Zim Israel Navigation Co. v. Effy Shipping Corp. — The "Effy"*, [1972] 1 Lloyd's Rep. 18.

By Binnie J.

Applied: *Pierce v. Empey*, [1939] S.C.R. 247; **referred to:** *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; *United Dominions Trust (Commercial), Ltd. v. Eagle Aircraft Services, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 104; *Dominion Grange Mutual Fire Insurance Association v. Bradt* (1895), 25 S.C.R. 154; *Regina Industries Ltd. v. City of Regina*, [1947] S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, s. 261(1).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 3.
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 22.
Judicature Act, R.S.N. 1990, c. J-4, s. 91.
Judicature Act, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 32.
Judicature Act, R.S.N.S. 1989, c. 240, s. 43(8).
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 31.
Law of Property Act, 1925 (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 20, s. 41.
Mercantile Law Amendment Act, C.C.S.M., c. M120, s. 5.

[1991] 1 R.C.S. 779; *Dawson c. Helicopter Exploration Co.*, [1955] R.C.S. 868; *Daku c. Daku* (1964), 49 W.W.R. 552; *Friesen c. Bomok* (1979), 95 D.L.R. (3d) 446; *Nieckar c. Sliwa* (1976), 67 D.L.R. (3d) 378; *Nilsson c. Romaniuk* (1984), 59 A.R. 39; *Re Kennedy & Beaucage Mines Ltd.*, [1959] O.R. 625; *Davis c. Shaw* (1910), 21 O.L.R. 474; *Lombard North Central Plc. c. Butterworth*, [1987] Q.B. 527; *United Scientific Holdings Ltd. c. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; *Parkin c. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698; *Stickney c. Keeble*, [1915] A.C. 386; *Scandinavian Trading Tanker Co AB c. Flota Petrolera Ecuatoriana — The Scaptrade*, [1983] 2 All E.R. 763; *LeMesurier c. Andrus* (1984), 31 R.P.R. 143, infirmé pour d'autres motifs (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Jacob & Youngs, Inc. c. Kent*, 129 N.E. 889 (1921); *Lang c. Provincial Natural Gas and Fuel Co. of Ontario* (1908), 17 O.L.R. 262; *Sprague c. Booth* (1908), 21 O.L.R. 637, conf. par [1909] A.C. 576; *Hare c. Nicoll*, [1966] 2 Q.B. 130; *Krause c. Bain Bros. Alta. Ltd.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 500; *Bass Holdings Ltd. c. Morton Music Ltd.*, [1987] 2 W.L.R. 397; *Birchmont Furniture Ltd. c. Loewen* (1978), 84 D.L.R. (3d) 599; *Petrillio c. Nelson* (1980), 114 D.L.R. (3d) 273; *Runnymede Iron & Steel Ltd. c. Rossen Engineering and Construction Co.*, [1962] R.C.S. 26; *Gillespie c. Wells* (1912), 2 D.L.R. 519; *Zim Israel Navigation Co. c. Effy Shipping Corp. — The «Effy»*, [1972] 1 Lloyd's Rep. 18.

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué: *Pierce c. Empey*, [1939] R.C.S. 247; **arrêts mentionnés:** *United Scientific Holdings Ltd. c. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904; *United Dominions Trust (Commercial), Ltd. c. Eagle Aircraft Services, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 104; *Dominion Grange Mutual Fire Insurance Association c. Bradt* (1895), 25 R.C.S. 154; *Regina Industries Ltd. c. City of Regina*, [1947] R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

Judicature Act, R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 22.
Judicature Act, R.S.N. 1990, ch. J-4, art. 91.
Judicature Act, R.S.N.S. 1989, ch. 240, art. 43(8).
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, ch. 253, art. 31.
Law of Property Act, 1925 (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 20, art. 41.
Loi modifiant le droit commercial, C.P.L.M., ch. M120, art. 5.
Loi modifiant le droit commercial, L.R.O. 1990, ch. M.10, art. 15.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 3.

Mercantile Law Amendment Act, R.S.O. 1990, c. M.10, s. 15.

Queen's Bench Act, R.S.S. 1978, c. Q-1, s. 45(6).

Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10, s. 29(2).

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 261(1).

Loi sur l'organisation judiciaire, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, art. 32.

Queen's Bench Act, R.S.S. 1978, ch. Q-1, art. 45(6).

Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, art. 29(2).

Authors Cited

Annotation, "The Law of Options", [1930] 1 D.L.R. 1.
Cozzillio, Michael J. "The Option Contract: Irrevocable Not Irrejectable" (1990), 39 *Cath. U. L. Rev.* 491.

Di Castri, Victor. *The Law of Vendor and Purchaser*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated July 1998, release 3).

Halsbury's Laws of England, vol. 9(1), 4th ed. (reissue). By Lord Mackay of Clashfern. London: Butterworths, 1998.

Perell, Paul M. "Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 1.

Perell, Paul M. "Putting Together the Puzzle of Time of the Essence" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 417.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1997] 3 F.C. 154, 212 N.R. 256, [1997] F.C.J. No. 451 (QL), reversing a judgment of the Federal Court, Trial Division, [1996] 3 F.C. 821, 115 F.T.R. 128, [1996] F.C.J. No. 919 (QL), granting a declaration that an option to purchase could be exercised. Appeal allowed.

Elizabeth M. Heneghan, Q.C., for the appellant.

Alain R. Pilotte and Julie Bergevin, for the respondents.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, Iacobucci, Major and Bastarache JJ. was delivered by

BASTARACHE J. — The main issue in this appeal is the effect of deficient performance of the terms of a lease upon an owner's right to cancel a purchase option which is expressly made exercis-

Doctrine citée

Annotation, «The Law of Options», [1930] 1 D.L.R. 1.
Cozzillio, Michael J. «The Option Contract: Irrevocable Not Irrejectable» (1990), 39 *Cath. U. L. Rev.* 491.

Di Castri, Victor. *The Law of Vendor and Purchaser*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1988 (loose-leaf updated July 1998, release 3).

Halsbury's Laws of England, vol. 9(1), 4th ed. (reissue). By Lord Mackay of Clashfern. London: Butterworths, 1998.

Perell, Paul M. «Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land» (1991), 70 *R. du B. can.* 1.

Perell, Paul M. «Putting Together the Puzzle of Time of the Essence» (1990), 69 *R. du B. can.* 417.

Treitel, G. H. *The Law of Contract*, 9th ed. London: Sweet & Maxwell, 1995.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1997] 3 C.F. 154, 212 N.R. 256, [1997] A.C.F. n° 451 (QL), qui a annulé un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1996] 3 C.F. 821, 115 F.T.R. 128, [1996] A.C.F. n° 919 (QL), qui avait accordé un jugement déclarant qu'une option d'achat pouvait être levée. Pourvoi accueilli.

Elizabeth M. Heneghan, c.r., pour l'appelante.

Alain R. Pilotte et Julie Bergevin, pour les intimés.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory, Iacobucci, Major et Bastarache rendu par

LE JUGE BASTARACHE — La principale question litigieuse que soulève le présent pourvoi est de savoir quel est l'effet de l'exécution défectueuse des modalités d'un contrat de location sur le droit

able subject to full performance of the terms of the lease.

Facts

2

The respondent Navimar is the owner of the vessel *Challenge One*. On June 21, 1985, the appellant Sail Labrador entered into a five-year charter party agreement with the respondent to charter this vessel. Under clause 30 of the charter party, the appellant had an option to purchase the *Challenge One* at the end of the five-year period subject to full performance of all its obligations in the charter party. The relevant provisions of the charter party are:

Hire

10. The Charterer shall pay to the Owner for the use of the vessel a rate of \$85,000. Canadian currency per year for each year commencing on and from the day of delivery or June 10, 1985 which ever is the later; hire to continue until the date of redelivery. If the vessel is lost the hire payable for the year of the loss being calculated prorata of the number of days the vessel was available of 208 days. Should the vessel be lost after December 1st of any operating year (which concludes on January 3rd of the following calendar year) the annual Charter of that operating year is payable in full.

Annual Schedule Payments

11. The annual Charter hire shall be payable in seven (7) monthly instalments each and every year of the Charter in accordance with the following schedule.

First year of Charter 1985

1.	1985	August 10th	\$12,142.85
2.	1985	September 10th	\$12,142.85
3.	1985	October 10th	\$12,142.85
4.	1985	November 10th	\$12,142.85
5.	1985	December 10th	\$12,142.85
6.	1986	January 10th	\$12,142.85
7.	1986	February 10th	\$12,142.90

du propriétaire d'annuler l'option d'achat dont la levée dépend expressément de l'exécution de toutes les modalités du contrat.

Les faits

L'intimée Navimar est le propriétaire du navire *Challenge One*. Le 21 juin 1985, l'appelante Sail Labrador a conclu une charte-partie avec l'intimée afin d'affréter ce navire pendant cinq ans. L'article 30 de la charte-partie accordait à l'appelante l'option d'acheter le *Challenge One* à l'expiration de la période de cinq ans, à la condition qu'elle ait exécuté toutes les obligations que la charte-partie lui imposait. Voici les dispositions pertinentes de la charte-partie:

[TRANSDUCTION]

Affrètement

10. L'affrèteur verse chaque année au propriétaire du navire la somme de 85 000 \$ en devises canadiennes à titre de frais d'utilisation, à compter de la date de livraison du navire, ou du 10 juin 1985, selon la plus tardive de ces dates. L'affrètement durera jusqu'à la date de la remise du navire au propriétaire. En cas de perte du navire, le loyer d'affrètement payable pour l'année pendant laquelle la perte survient est proportionnel au nombre de jours pendant lesquels le navire était disponible, sur une base de 208 jours. En cas de perte du navire après le premier décembre de toute année d'exploitation (qui se termine le 3 janvier de l'année civile suivante), le loyer d'affrètement annuel pour cette année d'exploitation est payable en entier.

Échéancier annuel

11. Le loyer annuel d'affrètement est payable en sept (7) mensualités chaque année que dure la charte-partie conformément à l'échéancier suivant:

Première année de la charte-partie (1985)

1.	1985	10 août	12 142,85 \$
2.	1985	10 septembre	12 142,85 \$
3.	1985	10 octobre	12 142,85 \$
4.	1985	10 novembre	12 142,85 \$
5.	1985	10 décembre	12 142,85 \$
6.	1986	10 janvier	12 142,85 \$
7.	1986	10 février	12 142,90 \$

Second year of Charter 1986

1.	1986	August 10th	\$12,142.85
2.	1986	September 10th	\$12,142.85
3.	1986	October 10th	\$12,142.85
4.	1986	November 10th	\$12,142.85
5.	1986	December 10th	\$12,142.85
6.	1987	January 10th	\$12,142.85
7.	1987	February 10th	\$12,142.90

Third year of Charter 1987

1.	1987	August 10th	\$12,142.85
2.	1987	September 10th	\$12,142.85
3.	1987	October 10th	\$12,142.85
4.	1987	November 10th	\$12,142.85
5.	1987	December 10th	\$12,142.85
6.	1988	January 10th	\$12,142.85
7.	1988	February 10th	\$12,142.90

Fourth year of Charter 1988

1.	1988	August 10th	\$12,142.85
2.	1988	September 10th	\$12,142.85
3.	1988	October 10th	\$12,142.85
4.	1988	November 10th	\$12,142.85
5.	1988	December 10th	\$12,142.85
6.	1989	January 10th	\$12,142.85
7.	1989	February 10th	\$12,142.90

Fifth year of Charter 1989

1.	1989	June 10th	\$12,142.85
2.	1989	July 10th	\$12,142.85
3.	1989	August 10th	\$12,142.85
4.	1989	September 10th	\$12,142.85
5.	1989	October 10th	\$12,142.85
6.	1989	November 10th	\$12,142.85
7.	1989	December 10th	\$12,142.90

Payments herein above set out are payable to Owners at Quebec City in cash in Canadian currency by way of Bank Transfer and/or certified cheques deposited to the account of:

Navimar Corporation Ltd.

. . .

Should any one of the payments not be deposited as set forth herein, the Owner may forthwith withdraw the vessel from the service/or the Charterer without prejudice to any claim which the Owner may have against the Charterer pursuant to this Charter, nor to any additional rights and/or claims of the Owner pursuant to any collateral guarantee provided by Sail

Deuxième année de la charte-partie (1986)

1.	1986	10 août	12 142,85 \$
2.	1986	10 septembre	12 142,85 \$
3.	1986	10 octobre	12 142,85 \$
4.	1986	10 novembre	12 142,85 \$
5.	1986	10 décembre	12 142,85 \$
6.	1987	10 janvier	12 142,85 \$
7.	1987	10 février	12 142,90 \$

Troisième année de la charte-partie (1987)

1.	1987	10 août	12 142,85 \$
2.	1987	10 septembre	12 142,85 \$
3.	1987	10 octobre	12 142,85 \$
4.	1987	10 novembre	12 142,85 \$
5.	1987	10 décembre	12 142,85 \$
6.	1988	10 janvier	12 142,85 \$
7.	1988	10 février	12 142,90 \$

Quatrième année de la charte-partie (1988)

1.	1988	10 août	12 142,85 \$
2.	1988	10 septembre	12 142,85 \$
3.	1988	10 octobre	12 142,85 \$
4.	1988	10 novembre	12 142,85 \$
5.	1988	10 décembre	12 142,85 \$
6.	1989	10 janvier	12 142,85 \$
7.	1989	10 février	12 142,90 \$

Cinquième année de la charte-partie (1989)

1.	1989	10 juin	12 142,85 \$
2.	1989	10 juillet	12 142,85 \$
3.	1989	10 août	12 142,85 \$
4.	1989	10 septembre	12 142,85 \$
5.	1989	10 octobre	12 142,85 \$
6.	1989	10 novembre	12 142,85 \$
7.	1989	10 décembre	12 142,90 \$

Les versements précités sont payables aux propriétaires, à Québec, en espèces et en devises canadiennes sous forme de virement bancaire ou de chèques certifiés déposés dans le compte suivant:

Navimar Corporation Limitée

. . .

Dans le cas où l'un des versements ne serait pas déposé conformément aux modalités susmentionnées, le propriétaire peut sur-le-champ faire cesser l'exploitation du navire ou retirer celui-ci à l'affrètement sans préjudice des réclamations que le propriétaire peut avoir contre l'affrètement en vertu de la présente charte-partie et sans préjudice des autres droits et réclama-

Labrador Ltd. and/or any one of its share holders and/or directors and/or any other guarantors.

. . .

Reports

25. The Charterer, shall keep the Owner informed of the arrival and departure of this vessel at and from all ports of call other than those referred to in Clause 3. At the end of each month the Charterer shall supply deck and engine room logs of the voyages if required by Owner.

. . .

Option to Purchase

30. Subject to full performance of all its obligations in this Charter Party including but not limited to payments being made promptly and in accordance with the schedule of Clause 10 throughout this Agreement, the Charterer shall have an option to purchase the vessel after the five (5) year period of this Charter for the sum of Two Hundred Thousand Dollars (\$200,000.00) cash if he notifies the Owner in writing of his intention to purchase by no later than March 31, 1990.

This option shall be enforceable only for a period of fifteen (15) days from the time the Charterer's notice is sent to Owner and is subject to cash payment.

tions que le propriétaire peut posséder en vertu de toute garantie accessoire consentie par la Sail Labrador Ltd. ou l'un de ses actionnaires, administrateurs ou cautions.

. . .

Rapports

25. L'affrètement tient le propriétaire au courant des arrivées du navire aux autres ports d'attache que ceux qui sont mentionnés à l'article 3 et de ses départs de ceux-là. À la fin de chaque mois, à la demande du propriétaire, l'affrètement remet les journaux de bord du pont et de la salle des machines.

. . .

Option d'achat

30. À la condition qu'il exécute toutes les obligations que la présente charte-partie met à sa charge, et notamment qu'il fasse les versements prévus promptement et en conformité avec l'échéancier de l'article 10 pendant toute la durée du contrat, l'affrètement a l'option d'acheter le navire à l'expiration de la période de cinq (5) ans de la présente charte-partie moyennant la somme de deux cent mille dollars (200 000 \$) en espèces, s'il avise le propriétaire par écrit de son intention de se porter acquéreur du navire au plus tard le 31 mars 1990.

Cette option ne peut être levée que pendant les quinze (15) jours suivant l'envoi par l'affrètement de l'avis précité au propriétaire et doit faire l'objet d'un paiement en espèces.

3

Clause 11 of the charter party required the appellant to make a total of 35 monthly payments to the respondent, seven payments during each year of the five-year charter party. The accepted practice between the parties was for the appellant to submit seven post-dated, uncertified cheques to the respondent at the beginning of each operating season. There were no problems with the cheques for the first four years. However, the cheque for the first payment in the fifth year, due on June 10, was returned by reason of insufficient funds. The trial judge found that the bank's refusal to honour the appellant's cheque was due to an error by a bank employee.

En vertu de l'article 11 de la charte-partie, l'appelante devait verser en tout 35 mensualités à l'intimée, soit sept versements par année pendant les cinq années que durerait la charte-partie. Les parties ont convenu que l'appelante remettrait à l'intimée sept chèques postdatés non certifiés au début de chaque saison d'exploitation. Les chèques n'ont posé aucun problème pendant les quatre premières années. Cependant, le chèque couvrant le premier versement de la cinquième année, exigible le 10 juin, a été refusé pour provision insuffisante. Le juge de première instance a conclu que le refus de la banque d'honorer le chèque de l'appelante était dû à une erreur de la part d'un employé de la banque.

In a letter dated June 28, 1989, the respondent notified the appellant that its cheque had been refused. The respondent informed the appellant that the option to purchase was void and of no further effect because of the appellant's failure to make the payment as required on June 10, 1989. In this same letter, the respondent gave the appellant instructions on how it could remedy its late payment. The appellant promptly made the payment with interest in accordance with the respondent's instructions. All subsequent payments were made on time.

On October 31, 1989, the appellant wrote to the respondent expressing its view that the option to purchase remained effective. The appellant noted that the default had been due to a bank error and that the error had been promptly remedied in accordance with the respondent's instructions.

Under clause 25 of the charter party, the respondent had the right to be supplied with the vessel's deck and engine room logs upon request. Prior to the June 1989 late payment, the respondent had made no such requests. The respondent's first request under clause 25 was contained in a letter to the appellant dated July 13, 1989. The respondent argued at trial that the appellant had breached clause 25 by failing to provide all copies of the logs as requested.

On January 5, 1990, the appellant gave the respondent notice of its intention to exercise the option. On January 19, the appellant tendered the sum of \$200,000. The respondent refused to execute a bill of sale on the basis that the appellant had breached several clauses of the charter party agreement thereby rendering the option void.

The appellant commenced an action against the respondent in the Federal Court, Trial Division, seeking a declaration that it was entitled to exercise the option. The learned trial judge granted the declaration. The Federal Court of Appeal disagreed and allowed an appeal by the respondent.

Dans une lettre datée du 28 juin 1989, l'intimée a avisé l'appelante que son chèque avait été refusé. Elle a informé l'appelante que l'option d'achat était devenue nulle et sans effet en raison de l'omission de cette dernière d'effectuer le versement requis le 10 juin 1989. Dans cette même lettre, l'intimée donnait aussi des directives à l'appelante sur la façon dont celle-ci pourrait remédier à son versement tardif. L'appelante s'est alors empressée de faire le versement et de payer les intérêts courus, conformément aux directives de l'intimée. Tous les versements ultérieurs ont été faits à temps.

Le 31 octobre 1989, l'appelante a écrit à l'intimée pour lui dire qu'elle considérait que l'option d'achat demeurait en vigueur. L'appelante a souligné que le défaut avait résulté d'une erreur de la banque, et qu'il avait été rapidement remédié à cette erreur conformément aux directives de l'intimée.

En vertu de l'article 25 de la charte-partie, l'intimée pouvait demander que lui soient remis les journaux de bord du pont et de la salle des machines. Avant le versement tardif de juin 1989, l'intimée n'avait jamais présenté une telle demande. La première demande de l'intimée fondée sur l'article 25 figurait dans une lettre en date du 13 juillet 1989 adressée à l'appelante. L'intimée a soutenu en première instance que l'appelante avait contrevenu à l'article 25 en omettant de lui fournir toutes les copies demandées des journaux de bord.

Le 5 janvier 1990, l'appelante a avisé l'intimée de son intention de lever l'option. Le 19 janvier, l'appelante a offert la somme de 200 000 \$ à l'intimée. L'intimée a alors refusé de signer un contrat de vente pour le motif que l'appelante avait contrevenu à plusieurs articles de la charte-partie, ce qui avait rendu l'option nulle.

L'appelante a intenté une action contre l'intimée devant la Section de première instance de la Cour fédérale, en vue d'obtenir un jugement déclarant qu'elle avait le droit de lever l'option. Le juge de première instance a accordé le jugement déclaratoire. La Cour d'appel fédérale n'était pas du

4

5

6

7

8

The appellant obtained leave to appeal that decision to this Court with regard to the breaches of clauses 11 and 25 of the charter party.

- ⁹ On October 9, 1998, this Court set aside the decision of the Federal Court of Appeal with costs throughout, reasons to follow. These are our reasons.

Judicial History

Federal Court, Trial Division, [1996] 3 F.C. 821

- ¹⁰ In response to the appellant's action, the respondent alleged that the appellant had breached eight separate clauses of the charter party agreement. Nadon J. found that the appellant had breached two clauses of the charter party agreement: clauses 11 and 25.

- ¹¹ In assessing whether there had been breaches of the charter party, Nadon J. made findings of fact relevant to clauses 11 and 25. For example, in relation to clause 11, he found that the appellant's late payment had been due to a bank error. He also found that the appellant had quickly remedied the late payment with interest in accordance with the respondent's instructions. With reference to clause 25, Nadon J. found that a lack of commercial photocopiers at the appellant's disposal had contributed to its failure to provide copies of its log books as required by this clause. No discussion of the effect of the actions of the appellant preceded Nadon J.'s conclusion that the appellant had effectively breached clauses 11 and 25.

- ¹² After concluding that the appellant had breached two clauses of the charter party, Nadon J. undertook an analysis of the legal principles which would permit him to decide whether the option to purchase was still enforceable. He began by stating that charter party agreements are governed by ordinary principles of contract law. He then cited s. 3 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to

même avis et a accueilli l'appel de l'intimée. L'appelante a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour relativement aux contraventions aux articles 11 et 25 de la charte-partie.

Le 9 octobre 1998, notre Cour annulait l'arrêt de la Cour d'appel fédérale avec dépens dans toutes les cours, en indiquant qu'elle ferait ultérieurement connaître ses motifs, que voici.

Historique des procédures judiciaires

Cour fédérale, Section de première instance, [1996] 3 C.F. 821

En réponse à l'action intentée par l'appelante, l'intimée a fait valoir que celle-ci avait contrevenu à huit articles de la charte-partie. Le juge Nadon a conclu que l'appelante avait contrevenu à deux articles de la charte-partie, soit les articles 11 et 25.

En déterminant s'il avait été contrevenu à la charte-partie, le juge Nadon a tiré des conclusions de fait pertinentes à l'égard des articles 11 et 25. Par exemple, en ce qui concerne l'article 11, il a statué que le versement tardif de l'appelante était dû à une erreur de la banque. Il a également conclu que l'appelante avait rapidement remédié à la situation en effectuant le versement en plus de payer les intérêts courus, conformément aux directives de l'intimée. Quant à l'article 25, le juge Nadon a conclu que le fait que l'appelante ne disposait pas de photocopieurs commerciaux avait contribué à son omission de fournir des copies de ses journaux de bord, comme l'exigeait cet article. La conclusion du juge Nadon que l'appelante avait effectivement contrevenu aux articles 11 et 25 n'était précédée d'aucune analyse de l'effet des actes de l'appelante.

Après avoir conclu que l'appelante avait contrevenu à deux articles de la charte-partie, le juge Nadon a entrepris d'analyser les principes juridiques qui lui permettraient de déterminer si l'option d'achat était toujours exécutoire. Il a commencé par affirmer que les chartes-parties sont régies par les principes ordinaires du droit des contrats. Il a ensuite cité l'art. 3 de la *Loi sur la Cour*

reach the conclusion that the Federal Court has jurisdiction to grant equitable relief.

Nadon J. examined the general characteristics of option contracts. To this end, he cited this Court's decisions in *Canadian Long Island Petroleums Ltd. v. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 715, and *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1995] 2 S.C.R. 187.

Nadon J. then addressed the *de minimis non curat lex* principle. He concluded that this principle prevents minor or trivial divergences from the terms of a contract from being considered breaches. He cited *Margaronis Navigation Agency, Ltd. v. Henry W. Peabody & Co., of London, Ltd.*, [1964] 2 Lloyd's Rep. 153 (C.A.), for the proposition that negligible divergences from required performance should be disregarded when considering whether a contractual obligation has been broken.

Nadon J. next made reference to the doctrine of "spent breach". He cited British authorities for the proposition that British law requires strict performance of conditions precedent of unilateral contracts, including option contracts. He noted, however, that English courts have recognized the doctrine of spent breach as an exception to the requirement of strict compliance in cases involving option contracts. According to this doctrine, if an option is conditional upon the performance of covenants, the optionee will not be prevented from exercising the option because of past breaches of the covenants if the breaches are "spent", in the sense of not giving rise to a subsisting cause of action at the time the optionee seeks to exercise the option.

Nadon J. held that Canadian law also recognizes a requirement that conditions precedent be strictly complied with prior to the exercise of an option to purchase. He held, however, that Canadian law leaves room for the operation of equitable doc-

féderale, L.R.C. (1985), ch. F-7, pour conclure que la Cour fédérale avait compétence pour accorder une réparation en *equity*.

Le juge Nadon a examiné les caractéristiques générales des contrats d'option. À cette fin, il a cité les arrêts de notre Cour *Canadian Long Island Petroleums Ltd. c. Irving Industries (Irving Wire Products Division) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 715, et *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. c. Banque Royale du Canada*, [1995] 2 R.C.S. 187.

Il a alors abordé le principe *de minimis non curat lex*. Il a jugé que ce principe empêche de considérer comme des contraventions les dérogations mineures ou de peu d'importance aux modalités d'un contrat. Il a cité la décision *Margaronis Navigation Agency, Ltd. c. Henry W. Peabody & Co., of London, Ltd.*, [1964] 2 Lloyd's Rep. 153 (C.A.), selon laquelle il n'y a pas lieu de tenir compte des entorses négligeables aux clauses du contrat pour déterminer s'il y a eu contravention à une obligation contractuelle.

Le juge Nadon a ensuite renvoyé à la théorie de la «contravention périmée». Il a cité une jurisprudence britannique selon laquelle le droit britannique exige que soient rigoureusement remplies toutes les conditions préalables des contrats unilatéraux, y compris les contrats d'option. Il a fait remarquer, cependant, que les tribunaux anglais ont reconnu que la théorie de la contravention périmée constitue une exception à l'exigence d'observation rigoureuse dans les affaires mettant en cause des contrats d'option. Selon cette théorie, si la levée de l'option est conditionnelle à l'exécution de certains engagements, on n'empêchera pas le bénéficiaire de l'option de lever celle-ci en raison de contraventions antérieures si les contraventions sont «périmées», en ce sens qu'elles ne donnent pas ouverture à un droit de recours qui peut encore être exercé au moment où le bénéficiaire cherche à lever l'option.

Le juge Nadon a statué que le droit canadien reconnaît lui aussi l'obligation de respecter rigoureusement toutes les conditions préalables avant de pouvoir lever une option d'achat. Il a toutefois conclu que le droit canadien n'exclut pas l'applica-

13

14

15

16

trines to relieve optionees from this strict performance requirement. To support this conclusion, Nadon J. cited Duff C.J. in *Pierce v. Empey*, [1939] S.C.R. 247, at p. 252:

It is well settled that a plaintiff invoking the aid of the court for the enforcement of an option for the sale of land must show that the terms of the option as to time and otherwise have been strictly observed. The owner incurs no obligation to sell unless the conditions precedent are fulfilled or, as the result of his conduct, the holder of the option is on some equitable ground relieved from the strict fulfilment of them . . . [Emphasis added.]

tion des théories fondées sur l'*equity* qui permettent de dispenser le bénéficiaire d'une option de cette exigence d'observation rigoureuse. Pour étayer cette conclusion, le juge Nadon a cité les propos du juge en chef Duff dans l'arrêt *Pierce c. Empey*, [1939] R.C.S. 247, à la p. 252:

[TRADUCTION] Il est de jurisprudence constante que le demandeur qui réclame l'aide du tribunal pour obtenir l'exécution forcée d'une option d'achat d'un bien-fonds doit démontrer qu'il a rigoureusement observé les modalités de l'option, et notamment les modalités relatives aux délais à respecter. Le propriétaire n'est nullement tenu de vendre tant que les conditions préalables ne sont pas remplies ou que, en raison de sa conduite, le titulaire de l'option n'est pas dispensé de les remplir rigoureusement pour un motif reconnu en equity . . . [Je souligne.]

17 Nadon J. then cited numerous authorities for the proposition that the doctrine of spent breach has been recognized in Canadian law. Accordingly, he concluded that a party will not be denied the right to exercise an option if a previous breach has been remedied by the time the option is exercised.

Le juge Nadon a ensuite cité de nombreux arrêts voulant que la théorie de la contravention périmée soit reconnue en droit canadien. En conséquence, il a décidé qu'on ne refusera pas à une partie le droit de lever une option s'il a été remédié à une contravention antérieure au moment de la levée de l'option.

18 Nadon J. then turned to clause 30 of the charter party, the option clause. He held that this clause required only that the appellant substantially perform its obligations under the charter party.

Il a par la suite analysé l'article 30 de la charte-partie, la clause d'option. Il a statué que cet article obligeait seulement l'appelante à exécuter de façon substantielle les obligations qu'elle avait contractées aux termes de la charte-partie.

19 Turning to the breaches of clauses 11 and 25, Nadon J. then held that since the appellant had remedied its breach of clause 11 before the exercise of the option, this "spent" breach could not prevent it from exercising the option. Nadon J. made no finding of fact as to when or if the appellant's breach of clause 25 had been remedied. He simply concluded that it would not be equitable to dis-entitle the appellant from exercising the option because of this trivial breach.

En ce qui concerne les contraventions aux articles 11 et 25, le juge Nadon a conclu que, puisque l'appelante avait remédié à sa contravention à l'article 11 avant la levée de l'option, cette contravention «périmée» ne pouvait pas l'empêcher de lever l'option. Le juge Nadon n'a tiré aucune conclusion de fait sur la question de savoir quand il avait été remédié à la contravention à l'article 25 par l'appelante, ou encore s'il y avait été effectivement remédié. Il a simplement conclu qu'il ne serait pas équitable de priver l'appelante de son droit de lever l'option en raison de cette contravention de peu d'importance.

20 Nadon J. therefore concluded that the appellant was entitled to exercise the option to purchase set

Le juge Nadon a donc conclu que l'appelante avait le droit de lever l'option d'achat prévue à

out in clause 30. He issued a declaration to this end.

Federal Court of Appeal, [1997] 3 F.C. 154

The respondent's main ground of appeal was that Nadon J. had erred in deciding that the appellant could exercise the option to purchase notwithstanding its failure to perform its obligations under clauses 11 and 25 of the charter party agreement.

Décary J.A. delivered the unanimous judgment of the court. He proceeded on the basis of Nadon J.'s findings that the appellant had breached clauses 11 and 25.

Décary J.A. held that Nadon J. had improperly applied the *de minimis* principle. According to Décary J.A., *de minimis* is only a rule of interpretation used to determine whether a breach has been committed. That is, the principle only applies to prevent the finding of a breach on the basis that the parties have implicitly agreed that substantial performance will be tantamount to strict performance. The principle cannot be used to qualify a breach as minimal. Therefore, Décary J.A. held that Nadon J., having found that a breach had been committed, could no longer look to the *de minimis* principle to conclude that the breach was so negligible as to not constitute a breach.

Décary J.A. also suggested that Nadon J. had misinterpreted the words of Duff C.J. in *Pierce*. According to Décary J.A., *Pierce* does not stand for the general proposition that Canadian law leaves room for the operation of equitable doctrines to relieve optionees from strict performance. Rather, *Pierce* will only relieve deficient performance of conditions precedent if the deficiency can be related to the conduct of the owner. Décary J.A. then held that no such relation had been established in this case.

l'article 30, et il a rendu un jugement déclaratoire en ce sens.

Cour d'appel fédérale, [1997] 3 C.F. 154

Le principal moyen d'appel soulevé par l'intimée était que le juge Nadon avait commis une erreur en décidant que l'appelante pouvait lever l'option d'achat, même si elle ne s'était pas acquittée des obligations qui lui incombait en vertu des articles 11 et 25 de la charte-partie.

Le juge Décary a rendu le jugement unanime de la cour. Il s'est fondé sur les conclusions du juge Nadon que l'appelante avait contrevenu aux articles 11 et 25.

Le juge Décary a conclu que le juge Nadon avait appliqué incorrectement le principe *de minimis*. À son avis, ce principe n'est qu'un principe d'interprétation qui sert à déterminer si une contravention a été commise. En d'autres termes, ce principe ne s'applique que pour empêcher qu'on ne conclue qu'il y a eu contravention eu égard au fait que les parties ont implicitement convenu que l'exécution substantielle des obligations équivaldrait à une exécution rigoureuse. Il ne peut pas être appliqué pour qualifier de minime une contravention. En conséquence, le juge Décary a statué que le juge Nadon, après avoir conclu qu'il y avait eu contravention, ne pouvait plus s'appuyer sur le principe *de minimis* pour conclure qu'elle était négligeable au point de ne pas constituer une contravention.

Le juge Décary a également laissé entendre que le juge Nadon avait mal interprété les propos du juge en chef Duff dans l'arrêt *Pierce*. À son avis, il ne ressort pas de cet arrêt que, de façon générale, le droit canadien permet d'appliquer des théories fondées sur l'*equity* pour dispenser le bénéficiaire d'une option de l'exigence d'observation rigoureuse. Au contraire, l'arrêt *Pierce* ne permet de remédier au défaut de remplir les conditions préalables que s'il est possible d'établir un rapport entre le défaut et la conduite du propriétaire. Selon le juge Décary, aucun rapport de cette nature n'a été établi en l'espèce.

21

22

23

24

25 Décary J.A. held that Nadon J. erred when he related the doctrine of “spent breach” to equity considerations. According to Décary J.A., even though courts have endeavoured to soften the harsh consequences of requiring strict performance by examining whether the wording of the agreement could support an interpretation that all conditions must be fulfilled by the time the option was exercised rather than at the time they initially were to be fulfilled, the basic principle of strict performance remains good law. Whether strict performance is required at any given time prior to the exercise of the option is a matter of construction of each contract and the doctrine of spent breach is not an exception to this principle.

26 Décary J.A. held that the language used by the parties is key to the interpretation of contracts because courts must give effect to the intention of the parties. He held that if the parties insisted that a condition precedent be fulfilled at a certain time, then it should not be open to the courts to decide that it could be fulfilled at a later time. This would amount to rewriting the contract. To this end, Décary J.A. cited the words of Cairns L.J. in *Tenax Steamship Co. v. The Brimnes (Owners)*, [1975] Q.B. 929 (C.A.), at p. 971: “While it can properly be said that a person who has paid late has remedied his failure to pay, it cannot be said that he has remedied his failure to pay punctually.”

27 Turning to clause 30, the Court of Appeal held that the inclusion of the words “promptly”, “in accordance with the schedule” and “throughout this Agreement” in this clause led to the inescapable conclusion that the appellant could only enforce the option if it had made each and every payment the very day it was due under clause 11. I would note that the Court of Appeal’s reference to the option clause includes the notation “[sic]” after the words “Clause 10”. Décary J.A.’s reasoning suggests that he proceeded on the assumption

Le juge Décary a conclu que le juge Nadon avait commis une erreur en associant la théorie de la «contravention périmée» à des considérations fondées sur l'*equity*. Selon lui, même si les tribunaux ont tenté d'adoucir les conséquences dures de l'exigence d'observation rigoureuse en vérifiant si le libellé de l'entente pouvait appuyer l'interprétation selon laquelle toutes les conditions doivent avoir été remplies au moment où l'option est levée plutôt qu'au moment où elles devaient initialement l'être, le principe fondamental de l'observation rigoureuse demeure une règle de droit valable. La question de savoir si l'observation rigoureuse est requise à un moment donné avant la levée de l'option ressortit à l'interprétation de chaque contrat, et la théorie de la contravention périmée n'est pas une exception à ce principe.

Le juge Décary a décidé que les termes employés par les parties revêtent une importance clé en matière d'interprétation des contrats, étant donné que les tribunaux doivent mettre à exécution l'intention de celles-ci. Il a statué que, si les parties ont insisté pour qu'une condition préalable soit remplie à un certain moment, il ne devrait pas être loisible aux tribunaux de décider que cette obligation peut être remplie à une date ultérieure, car cela équivaldrait à un remaniement du contrat. À cette fin, le juge Décary a cité les propos du lord juge Cairns dans *Tenax Steamship Co. c. The Brimnes (Owners)*, [1975] Q.B. 929 (C.A.), à la p. 971: [TRADUCTION] «Bien qu'on puisse valablement affirmer qu'une personne qui a payé après l'échéance a remédié à son défaut de payer, on ne saurait affirmer qu'elle a remédié à son défaut de payer de façon ponctuelle.»

En ce qui concerne l'article 30, la Cour d'appel a jugé que l'inclusion des mots [TRADUCTION] «promptement», «en conformité avec l'échéancier» et «pendant toute la durée du contrat» amenait inéluctablement à conclure que l'appelante ne pouvait obtenir l'exécution forcée de l'option que si elle avait fait chaque versement le jour même où il devait l'être en vertu de l'article 11. Je fais remarquer que le renvoi, par la Cour d'appel, à la clause d'option, comprend la mention «[sic]» après les mots «article 10». Il semble ressortir du raison-

that the reference to clause 10 in the option clause was a typographical error intended to read clause 11, although no such finding was made by the trial judge.

Décary J.A. allowed the appeal on the basis of the appellant's breach of clause 11. As a result, he did not find it necessary to address the breach of clause 25.

Analysis

Nature of the Contract

A great deal of the written and oral arguments in this case were directed at establishing whether the option is an independent contract from the underlying charter party or whether it is simply a term of the charter party. In other words, the question which arose was whether the facts of this case give rise to a single contract or to two separate but related contracts.

The respondent urged this Court to find that the option clause creates a separate contract from the charter party. According to the respondent, the option is a "contract within a contract". In order to understand why the respondent takes this position, it is useful to examine the performance of contracts more generally. For this purpose, I will refer to two well recognized textbooks on contracts: G. H. Treitel's *The Law of Contract* (9th ed. 1995) and S. M. Waddams' *The Law of Contracts* (3rd ed. 1993).

Both Treitel and Waddams recognize that, as a general rule, parties to a contract must perform their obligations specifically as dictated by the contract. However, if the performance is deficient, for example in quality, quantity or timeliness, it is accepted that the defect in performance must attain a certain minimum degree of seriousness to entitle the non-offending party to rescind the contract. The failure in performance must substantially deprive the other party of what was bargained for. This concept is referred to as substantial non-

nement du juge Décary qu'il a tenu pour acquis que le renvoi à l'article 10 dans la clause d'option était une erreur typographique et qu'il aurait fallu y lire les mots «article 11», bien qu'une telle conclusion n'ait pas été tirée par le juge de première instance.

Le juge Décary a accueilli l'appel en fonction de la contravention de l'appelante à l'article 11. Il n'a donc pas jugé nécessaire d'aborder la question de la contravention à l'article 25.

Analyse

La nature du contrat

Une grande partie de l'argumentation écrite et orale présentée en l'espèce visait à déterminer si l'option constituait un contrat indépendant de la charte-partie sous-jacente ou si elle n'en était qu'une simple modalité. En d'autres termes, la question soulevée était de savoir si, d'après les faits de la présente affaire, il existait un seul contrat ou encore deux contrats distincts, mais connexes.

L'intimée a invité notre Cour à conclure que la clause d'option crée un contrat distinct de la charte-partie. Selon l'intimée, l'option est un «contrat dans le contrat». Pour comprendre la raison pour laquelle l'intimée a adopté ce point de vue, il est utile d'examiner l'exécution des contrats de façon plus générale. Pour ce faire, je me référerai à deux ouvrages bien connus en matière contractuelle, soit *The Law of Contract* (9^e éd. 1995) de G. H. Treitel, et *The Law of Contracts* (3^e éd. 1993) de S. M. Waddams.

Treitel et Waddams reconnaissent tous les deux qu'en règle générale les parties à un contrat doivent remplir les obligations qu'il leur impose expressément. Cependant, si l'exécution est défectueuse, par exemple sur le plan de la qualité, de la quantité ou de l'échéance, on reconnaît que le défaut d'exécution doit avoir un minimum de gravité pour que la partie non fautive puisse résilier le contrat. L'inexécution doit priver d'une façon substantielle l'autre partie de ce qu'elle a négocié. Ce concept est décrit comme l'inexécution subs-

28

29

30

31

performance or as a requirement that a breach go to the “root” of the contract. In English legal literature, the expression “substantial failure” is used. If this minimum standard is not met, rescission will not be available to the non-offending party. This party will be forced to settle for a remedy in damages. Thus, courts are concerned with the consequences of the deficient performance and the nature of the prejudice caused to the non-offending party when determining whether rescission is available (Treitel, at pp. 685-86; Waddams, at pp. 394-96). The case of *Hongkong Fir Shipping Co. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 26 (C.A.), stands for the proposition that courts will apply this type of substantial non-performance test to determine if rescission is available in cases involving charter party contracts like the one in question.

tantielle ou l'exigence que la contravention touche à «l'essence même» du contrat. Dans la doctrine anglaise, on trouve l'expression «*substantial failure*» («défaut grave»). S'il n'est pas satisfait à cette norme minimale, la partie non fautive ne peut pas résilier le contrat et ne peut obtenir que des dommages-intérêts. Les tribunaux s'intéressent donc aux conséquences de l'exécution défectueuse et à la nature du préjudice causé à la partie non fautive lorsque vient le temps de décider si la résiliation peut être demandée (Treitel, aux pp. 685 et 686; Waddams, aux pp. 394 à 396). Il ressort de l'arrêt *Hongkong Fir Shipping Co. c. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 Q.B. 26 (C.A.), que les tribunaux appliqueront ce type de critère d'inexécution substantielle pour déterminer si la résiliation peut être demandée dans des affaires où il est question de chartes-parties comme celle qui est en cause.

³² The important point for the purposes of this case is the fact that, in the past, courts have distinguished deficient performance in bilateral contracts from deficient performance of options, which have generally been categorized as unilateral contracts. A brief review of basic contract law principles may be in order.

Ce qu'il importe de souligner aux fins de la présente affaire, c'est que, dans le passé, les tribunaux ont établi une distinction entre l'exécution défectueuse en matière de contrats bilatéraux et la levée défectueuse d'options, qui ont généralement été qualifiées de contrats unilatéraux. Il peut être pertinent d'examiner brièvement les principes fondamentaux du droit des contrats.

³³ A bilateral contract is a contract in which both parties undertake obligations through an exchange of promises. Acceptance of a bilateral contract, as a general rule, occurs when the offeree communicates its counter-promise to the offeror. In contrast, a unilateral contract is one in which a party makes a promise in return for the performance or forbearance of an act. There is no counter-promise to perform this act or forbearance. In this way, a unilateral contract is a contract in which only one party undertakes a promise. This promise takes the form of an offer which can only be accepted by performance of the required act or forbearance. Such performance provides the other party's consideration, allowing it to enforce the original promise (Treitel, at pp. 35-36; Waddams, at p. 111; *United*

Un contrat bilatéral est un contrat par lequel les deux parties souscrivent à des obligations au moyen d'un échange de promesses. En général, l'acceptation d'un contrat bilatéral a lieu lorsque le destinataire de l'offre communique sa contre-promesse à l'offrant. En revanche, un contrat unilatéral est un contrat par lequel une partie fait une promesse en contrepartie de l'exécution ou de la non-exécution d'un acte. Il n'y a aucune contre-promesse d'exécuter ou de ne pas exécuter cet acte. Ainsi, un contrat unilatéral est un contrat par lequel une seule partie fait une promesse. Cette promesse prend la forme d'une offre qui ne peut être acceptée qu'au moyen de l'exécution ou de la non-exécution de l'acte visé. Une telle exécution donne à l'autre partie une contrepartie lui permettant de faire exécuter la promesse originale (Treitel, aux pp. 35 et 36; Waddams, à la p. 111; *United*

Dominions Trust (Commercial), Ltd. v. Eagle Aircraft Services, Ltd., [1968] 1 All E.R. 104 (C.A.).

As noted above, courts have generally categorised options as unilateral contracts. In *Mitsui*, *supra*, Major J. set out the three principal features of options, at pp. 200-201: (1) exclusivity and irrevocability of the offer to sell within a specific time period; (2) specification of how the contract of sale may be created by the option holder; and (3) obligation of the parties to enter into a contract of sale if the option is exercised. At page 201, Major J. cites the following words of Lord Diplock in *Sudbrook Trading Estate Ltd. v. Eggleton*, [1983] 1 A.C. 444 (H.L.), at pp. 476-77, with approval:

The option clause cannot be classified as a mere “agreement to make an agreement.” There are not any terms left to be agreed between the parties. In modern terminology, it is to be classified as a unilateral or “if” contract. Although it creates from the outset a right on the part of the lessees, which they will be entitled, but not bound, to exercise against the lessors at a future date, it does not give rise to any legal obligations on the part of either party unless and until the lessees give notice in writing to the lessors, within the stipulated period, of their desire to purchase the freehold reversion to the lease. The giving of such notice, however, converts the “if” contract into a synallagmatic or bilateral contract, which creates mutual legal rights and obligations on the part of both lessors and lessees.

In *Canadian Long Island Petroleums Ltd.*, *supra*, at p. 732, Martland J. states:

In other words, the essence of an option to purchase is that, forthwith upon the granting of the option, the optionee upon the occurrence of certain events solely within his control can compel a conveyance of the property to him.

Thus, it is clear that an option may take the form of a unilateral contract. Upon granting the option, the optionor undertakes the promise to honour its terms if it is exercised by the optionee. The optionee, on the other hand, is under no corresponding obligation to exercise the option. How-

Dominions Trust (Commercial), Ltd. c. Eagle Aircraft Services, Ltd., [1968] 1 All E.R. 104 (C.A.).

Comme nous l’avons vu, les tribunaux ont généralement qualifié les options de contrats unilatéraux. Dans *Mitsui*, précité, le juge Major a énuméré, aux pp. 200 et 201, les trois principales caractéristiques des options: (1) exclusivité et irrévocabilité de l’offre de vente à l’intérieur d’un délai précis, (2) spécification de la façon dont le contrat de vente peut être créé par le titulaire de l’option, et (3) obligation des parties de conclure un contrat de vente si l’option est levée. À la page 201, le juge Major cite, en les approuvant, les propos suivants de lord Diplock dans *Sudbrook Trading Estate Ltd. c. Eggleton*, [1983] 1 A.C. 444 (H.L.), aux pp. 476 et 477:

[TRADUCTION] La clause d’option ne saurait être qualifiée de simple «engagement à conclure un accord». Il ne reste aucune condition sur laquelle les parties doivent s’entendre. En langage moderne, elle doit être qualifiée de contrat unilatéral ou conditionnel. Bien qu’elle crée, dès le départ, pour les locataires un droit qu’ils pourront, sans y être obligés, opposer aux bailleurs à une date ultérieure, elle ne donne naissance à aucune obligation légale pour ni l’une ni l’autre des parties tant et aussi longtemps que les locataires n’avisent pas par écrit les bailleurs, dans le délai imparti, de leur désir d’acheter la réversion de propriétaire franc relative au bail. Cette notification change toutefois le contrat conditionnel en un contrat synallagmatique ou bilatéral qui crée des droits et des obligations juridiques réciproques entre les bailleurs et les locataires.

Dans *Canadian Long Island Petroleums Ltd.*, précité, à la p. 732, le juge Martland affirme:

En d’autres mots, la nature d’une option d’achat est de donner à l’optant, après que l’option a été accordée, le privilège d’exiger qu’on lui transfère la propriété si certains faits, dont il a seul le contrôle, se produisent.

Il est donc clair qu’une option peut prendre la forme d’un contrat unilatéral. En accordant l’option, le donneur d’option promet d’en respecter les modalités si elle est levée par l’optant. Par contre, l’optant n’a aucune obligation correspondante de lever l’option. Cependant, pour lever l’option,

34

35

36

ever, if the optionee chooses to exercise the option, it can do so simply by performing the required conditions precedent.

l'optant n'aura qu'à remplir les conditions préalables requises.

37

In contrast to the substantial non-performance doctrine which they have applied to bilateral contracts, courts have historically tended to require that conditions precedent to the exercise of options be strictly performed to give rise to liability on the part of the optionor. For example, in *Pierce, supra*, a mortgagor in default executed a quit claim deed of the mortgaged land to the mortgagee, who was in possession following foreclosure proceedings. In a letter from the mortgagee's solicitor to the mortgagor's solicitor which accompanied the quit claim deed, the mortgagor was granted a right, for a period of three months, to repurchase the land upon payment of the full amount due under the mortgage. This Court found, at pp. 250-51, that even though the option formed part of the arrangement by which the equity of redemption was released, the parties had clearly expressed their intention that the land rest in the mortgagee free from the equity of redemption. Clearly, the option was a separate, unilateral contract and the conditions precedent to its exercise had to be strictly performed. According to Duff C.J. (at p. 252):

It is well settled that a plaintiff invoking the aid of the court for the enforcement of an option for the sale of land must show that the terms of the option as to time and otherwise have been strictly observed. The owner incurs no obligation to sell unless the conditions precedent are fulfilled or, as the result of his conduct, the holder of the option is on some equitable ground relieved from the strict fulfilment of them. . . . [Emphasis added.]

Par opposition à la théorie de l'inexécution substantielle qu'ils ont appliquée aux contrats bilatéraux, les tribunaux ont eu tendance, dans le passé, à exiger que les conditions préalables à la levée d'options soient rigoureusement respectées pour que la responsabilité du donneur d'option soit engagée. Par exemple, dans *Pierce*, précité, un débiteur hypothécaire en défaut avait signé un acte de renonciation au terrain hypothéqué en faveur du créancier hypothécaire, qui en avait la possession à la suite de procédures de forclusion. Par lettre de l'avocat du créancier hypothécaire à celui du débiteur hypothécaire qui était jointe à l'acte de renonciation, le débiteur hypothécaire s'est vu conférer, pour une période de trois mois, le droit de racheter le terrain en payant le montant intégral de la créance hypothécaire. Notre Cour a conclu, aux pp. 250 et 251, que, même si l'option faisait partie de l'entente par laquelle le droit de rachat était abandonné, les parties avaient clairement exprimé la volonté que le créancier hypothécaire demeure en possession du terrain, libre du droit de rachat. Il est évident que l'option constituait un contrat unilatéral distinct et que les conditions préalables à sa levée devaient être rigoureusement respectées. Selon le juge en chef Duff (à la p. 252):

[TRADUCTION] Il est de jurisprudence constante que le demandeur qui réclame l'aide du tribunal pour obtenir l'exécution forcée d'une option d'achat d'un bien-fonds doit démontrer qu'il a rigoureusement observé les modalités de l'option, et notamment les modalités relatives aux délais à respecter. Le propriétaire n'est nullement tenu de vendre tant que les conditions préalables ne sont pas remplies ou que, en raison de sa conduite, le titulaire de l'option n'est pas dispensé de les remplir rigoureusement pour un motif reconnu en equity . . . [Je souligne.]

38

Likewise, in *West Country Cleaners (Falmouth) Ltd. v. Saly*, [1966] 1 W.L.R. 1485 (C.A.), Danckwerts L.J., at p. 1489, noted that "an option of this character is a privilege — a right which has always been treated by the law as requiring complete compliance with the terms and conditions upon which the option is to be exercised". Accord-

De même, dans *West Country Cleaners (Falmouth) Ltd. c. Saly*, [1966] 1 W.L.R. 1485 (C.A.), le lord juge Danckwerts a souligné, à la p. 1489, que [TRADUCTION] «une option de cette nature est un privilège — un droit qui a toujours été considéré sur le plan légal comme exigeant le respect complet des modalités selon lesquelles l'option

ing to the Court, this principle applies even if the condition is the performance of an obligation under another term of the contract in which the option is contained (at pp. 1489-90).

The apparent rationale for the inapplicability of the doctrine of substantial non-performance to the conditions precedent for the exercise of options is the absence of mutual promises in unilateral contracts. That is, since the optionee has made no counter-promise, the optionor has no remedy if the performance is deficient except to refuse to honour its promise. The unavailability of the substantial non-performance doctrine is thus not based on a requirement for certainty (Treitel, at p. 723). The end result is that deficient performance of a condition precedent to the exercise of an option will allow the optionor to refuse to honour the option without showing that there was substantial non-performance. On the other hand, if the performance in question is a promised term of a bilateral contract, like a charter party, the substantial non-performance doctrine would apply to limit the non-offending party's right to rescind. In this way, it appears that the current law prevents the substantial non-performance doctrine from relieving deficient performance of conditions precedent in option contracts because it automatically categorizes them as unilateral in nature.

It thus becomes clear why the respondent urges this Court to find that the option is a separate contract from the underlying, bilateral charter party. It seeks to have the option categorised as an independent, unilateral contract to prevent the appellant from relying on the argument that it has substantially performed the contract. However, while an option may be a unilateral contract, not all options are unilateral contracts. *Pierce, supra*, has been interpreted as establishing that all options are unilateral contracts. I disagree and would add that any previous case law which restricts the interpretation of options in this way must not be followed. That an option may be an element of a bilateral contract in which it is contained rather than an independent, unilateral contract is supported by this Court's decision in *Monk Corp. v. Island Fertilizers Ltd.*,

doit être levée». Selon la cour, ce principe s'applique même si la condition est l'exécution d'une obligation prévue par une autre modalité du contrat dont l'option fait partie (aux pp. 1489 et 1490).

La raison apparente de l'inapplicabilité de la théorie de l'inexécution substantielle aux conditions préalables à la levée d'options est l'absence de promesses réciproques dans les contrats unilatéraux. Autrement dit, étant donné que l'optant n'a fait aucune contre-promesse, le donneur d'option n'a aucun recours en cas d'exécution défectueuse, si ce n'est le refus de remplir sa promesse. L'impossibilité d'invoquer la théorie de l'inexécution substantielle ne repose donc pas sur une exigence de certitude (Treitel, à la p. 723). La conséquence ultime est que l'exécution défectueuse d'une condition préalable à la levée d'une option permettra au donneur d'option de refuser d'accepter la levée de l'option sans démontrer l'existence d'une inexécution substantielle. Par contre, si l'exécution en cause était une modalité expresse d'un contrat bilatéral, telle une charte-partie, la théorie de l'inexécution substantielle s'appliquerait pour limiter le droit de résiliation de la partie non fautive. Ainsi, le droit actuel paraît empêcher la théorie de l'inexécution substantielle de remédier à l'exécution défectueuse de conditions préalables de contrats d'option, car il les qualifie automatiquement d'unilatéraux par nature.

On comprend donc pourquoi l'intimée invite notre Cour à conclure que l'option est un contrat distinct de la charte-partie bilatérale sous-jacente. Elle cherche à faire qualifier l'option de contrat unilatéral indépendant pour empêcher l'appelante d'invoquer l'argument qu'elle a exécuté le contrat de façon substantielle. Toutefois, bien qu'une option puisse être un contrat unilatéral, ce n'est pas toujours le cas. L'arrêt *Pierce*, précité, a été interprété comme établissant que toutes les options sont des contrats unilatéraux. Je ne suis pas de cet avis et j'ajouterais qu'il ne faut pas suivre la jurisprudence antérieure qui restreint ainsi l'interprétation des options. Le fait qu'une option puisse constituer un élément du contrat bilatéral dont elle fait partie plutôt qu'un contrat unilatéral indépendant est étayé par l'arrêt de notre Cour *Monk Corp. c.*

39

40

[1991] 1 S.C.R. 779, where it was recognized that a single contract can contain terms which relate to different subject matters.

Island Fertilizers Ltd., [1991] 1 R.C.S. 779, dans lequel il a été reconnu qu'un seul contrat peut contenir des modalités relatives à différents objets.

41 Whether a contract which contains an option clause establishes a single, bilateral contract or two separate contracts, one bilateral and the other unilateral, is a matter of construction. Courts must examine the text of the contract and the context surrounding it in order to determine the intention of the parties, keeping in mind that this Court has previously approved of the tendency by courts to treat offers as calling for bilateral rather than unilateral performance whenever a contract can fairly be so construed: *Dawson v. Helicopter Exploration Co.*, [1955] S.C.R. 868, at p. 874, *per* Rand J.

La question de savoir si un contrat comportant une clause d'option constitue un seul contrat bilatéral ou deux contrats distincts, l'un bilatéral et l'autre unilatéral, est une question d'interprétation. Les tribunaux doivent examiner le libellé du contrat et le contexte dans lequel il s'inscrit pour déterminer l'intention des parties, tout en ayant à l'esprit que notre Cour a déjà approuvé la tendance des tribunaux à considérer que les offres commandent une exécution bilatérale plutôt qu'unilatérale dans tous les cas où il est vraiment possible de donner une telle interprétation au contrat: *Dawson c. Helicopter Exploration Co.*, [1955] R.C.S. 868, à la p. 874, le juge Rand.

42 In the case at bar, the option and the charter party in which it is contained are intimately connected to one another. For example, an examination of the issue of consideration reveals such a connection. Without consideration, an option is treated like a simple offer. In such a case, the offeror can withdraw the option at any time prior to acceptance, a power clearly running contrary to the very nature of the option. See for example Annotation, "The Law of Options", [1930] 1 D.L.R. 1, at p. 2; M. J. Cozzillio, "The Option Contract: Irrevocable Not Irrejectable" (1990), 39 *Cath. U. L. Rev.* 491; P. M. Perell, "Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 3; V. Di Castri, *The Law of Vendor and Purchaser* (loose-leaf), vol. 1, at pp. 6-16.1 to 6-18. In his article, *supra*, Cozzillio notes that in the case of options contained in lease agreements, American courts have been willing to presume that the rental payments under the lease serve as consideration for the option (at p. 509). In his book, *supra*, Di Castri notes that Canadian courts, like those in the United States, are also willing to presume that options contained in lease agreements gain consideration through the payment of rent under the lease (at p. 6-17). In his article, *supra*, Perell confirms that this is the practice in Canada (at p. 4). For Canadian cases which found

En l'espèce, l'option et la charte-partie qui la contient sont intimement liées. Par exemple, un examen de la question de la contrepartie révèle l'existence d'un tel lien. Une option qui n'a pas de contrepartie est considérée comme une simple offre. Dans un tel cas, l'offrant peut retirer l'option à tout moment avant l'acceptation, ce qui constitue un pouvoir qui va nettement à l'encontre de la nature même de l'option. Voir, par exemple, Annotation, «The Law of Options», [1930] 1 D.L.R. 1, à la p. 2; M. J. Cozzillio, «The Option Contract: Irrevocable Not Irrejectable» (1990), 39 *Cath. U. L. Rev.* 491; P. M. Perell, «Options, Rights of Repurchase and Rights of First Refusal as Contracts and as Interests in Land» (1991), 70 *R. du B. can.* 1, à la p. 3; V. Di Castri, *The Law of Vendor and Purchaser* (feuilles mobiles), vol. 1, aux pp. 6-16.1 à 6-18. Dans son article, *loc. cit.*, Cozzillio note que, dans le cas d'options faisant partie de contrats de location, les tribunaux américains étaient disposés à présumer que les loyers versés aux termes de tels contrats servent de contrepartie aux options qui y sont prévues (à la p. 509). Dans son ouvrage, *op. cit.*, Di Castri fait remarquer que, à l'instar des tribunaux américains, les tribunaux canadiens sont eux aussi disposés à présumer que les loyers versés aux termes d'un contrat de location servent de contrepartie aux options qu'il contient (à la p. 6-17). Dans son article plus récent,

that options contained in lease agreements gain consideration through the payment of rent under the lease, see for example *Daku v. Daku* (1964), 49 W.W.R. 552 (Sask. C.A.); *Friesen v. Bomok* (1979), 95 D.L.R. (3d) 446 (Sask. Q.B.); *Nieckar v. Sliwa* (1976), 67 D.L.R. (3d) 378 (Sask. Q.B.); *Nilsson v. Romaniuk* (1984), 59 A.R. 39 (Q.B.).

The option in the present case requires consideration to be binding on both parties, but it can be assumed that it is based on the same consideration as the underlying lease, namely the lease payments. In this way, the charter party and the option in this case are specially connected.

Another connection between the option and the charter party is the fact that the option is specifically made dependent on the performance of the terms of the charter party. An option is not always made dependent on the performance of the underlying contract. In *Re Kennedy & Beaucauge Mines Ltd.*, [1959] O.R. 625 (C.A.), an agreement gave the defendant a 99-year lease of land which included an option to purchase that same land at any time during the currency of the lease. This agreement did not expressly make the option dependent upon fulfilment of the covenants of the underlying lease. Nevertheless, the optionor brought an action seeking a declaration that the optionee was not entitled to exercise the option because it had breached the covenants of the lease. The Ontario Court of Appeal found that the lease and the option were separate and independent contracts, although contained in the same document. One of the reasons the court came to this conclusion was the fact that the option was not made dependent on the covenants in the underlying lease.

The present case involves another significant connection: the option and the charter party involve the same property, namely the vessel the *Challenge One*. In *Daku*, the plaintiff brought an action for specific performance of an option con-

loc. cit., Perell confirme que cette pratique a cours au Canada (à la p. 4). En ce qui concerne la jurisprudence canadienne où il a été conclu que le versement des loyers prévus au contrat servent de contrepartie aux options prévues dans les contrats de location, voir notamment *Daku c. Daku* (1964), 49 W.W.R. 552 (C.A. Sask.); *Friesen c. Bomok* (1979), 95 D.L.R. (3d) 446 (B.R. Sask.); *Nieckar c. Sliwa* (1976), 67 D.L.R. (3d) 378 (B.R. Sask.); *Nilsson c. Romaniuk* (1984), 59 A.R. 39 (B.R.).

L'option en l'espèce requiert une contrepartie pour lier les deux parties, mais il est possible de présumer qu'elle est fondée sur la même contrepartie que le contrat de location sous-jacent, soit les loyers à verser. De cette façon, il y a un lien spécial entre la charte-partie et l'option dont il est question en l'espèce.

L'option et la charte-partie sont également liées du fait qu'il est précisé que la levée de l'option dépend du respect des modalités de la charte-partie. Il n'est pas toujours prévu que la levée d'une option dépend de l'exécution du contrat sous-jacent. Dans *Re Kennedy & Beaucauge Mines Ltd.*, [1959] O.R. 625 (C.A.), une entente accordait à la partie défenderesse un bail d'un bien-fonds d'une durée de 99 ans qui comprenait une option d'achat du bien-fonds à tout moment pendant la durée du bail. Cette entente ne prévoyait pas expressément que la levée de l'option dépendrait du respect des stipulations du contrat sous-jacent. Le donneur d'option a néanmoins intenté une action en vue d'obtenir un jugement déclarant que l'optant n'avait pas le droit de lever l'option, vu qu'il avait contrevenu aux stipulations du bail. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le bail et l'option étaient deux contrats distincts et indépendants, même s'ils faisaient partie du même document. L'une des raisons pour lesquelles la cour est parvenue à cette conclusion était qu'il n'était pas prévu que la levée de l'option dépendrait du respect des stipulations du bail sous-jacent.

La présente affaire comporte un autre lien important: l'option et la charte-partie portent sur le même bien, soit le navire *Challenge One*. Dans *Daku*, le demandeur avait intenté une action en vue d'obtenir l'exécution en nature d'une option conte-

43

44

45

tained within a lease. Under the agreement, the plaintiff received a three year lease of real property and an option to purchase that same property. The Court of Appeal unanimously allowed the application. In a concurring decision, Brownridge J.A. stated, at p. 557: "It is true, of course, that a lease and an option may be two separate agreements although contained in one document".

46 However, Brownridge J.A. went on to find that the option and the lease could not be separated on the facts of that case. He concluded that the document as a whole would have to stand or fall in its entirety (at p. 557). Thus, since the lease stood, so too did the option.

47 In contrast, in *Davis v. Shaw* (1910), 21 O.L.R. 474 (Div. Ct.), a document contained a purchase and sale agreement for one parcel of land, and an option to purchase another parcel of land. In that case, the plaintiff sought specific performance of the option and argued that the sale of the first parcel of land constituted the consideration for the option to purchase the second parcel. The court rejected this submission. According to the court, the option to purchase the second parcel of land was not sufficiently connected to the sale of the first parcel of land to allow for a finding that the sale price also constituted consideration for the option. The court thus found that the two agreements, the sale and the option, though contained in the same document, were two independent agreements.

48 The apparent inconsistency between the cases of *Davis* and *Daku* can be reconciled by the fact that in one case the underlying contract and the option applied to two separate parcels of land, while in the other the underlying contract and the option applied to the same property. Thus, in *Davis*, where the underlying contract and the option applied to two separate parcels of land, the court found two separate contracts, though contained in the same document. In *Daku*, where the underlying contract and the option applied to the same property, the court found a single contract.

nue dans un bail. L'entente accordait au demandeur un bail d'un bien-fonds d'une durée de trois ans et une option d'achat de ce bien-fonds. La Cour d'appel a accueilli l'appel à l'unanimité. Dans ses motifs concordants, le juge Brownridge a dit, à la p. 557: [TRADUCTION] «Il est vrai, bien entendu, qu'un bail et une option peuvent constituer deux ententes distinctes même s'ils font partie d'un seul document».

Cependant, le juge Brownridge a ensuite conclu que l'option et le bail n'étaient pas séparables selon les faits de l'affaire. Il a conclu que le document dans son ensemble devait être maintenu ou rejeté intégralement (à la p. 557). Ainsi, comme le bail était maintenu, l'option l'était elle aussi.

Par contre, dans l'affaire *Davis c. Shaw* (1910), 21 O.L.R. 474 (C. div.), un document contenait une convention d'achat-vente d'une parcelle de terrain, de même qu'une option d'achat d'une autre parcelle de terrain. Dans cette affaire, le demandeur sollicitait l'exécution en nature de l'option en faisant valoir que la vente de la première parcelle de terrain constituait la contrepartie de l'option d'achat de la deuxième parcelle. La cour a rejeté cet argument. Selon elle, l'option d'achat de la deuxième parcelle de terrain n'était pas suffisamment liée à la vente de la première parcelle pour qu'elle puisse conclure que le prix de vente constituait également une contrepartie de l'option. La cour a donc conclu que les deux ententes (la vente et l'option) constituaient deux ententes indépendantes même si elles faisaient partie du même document.

L'incompatibilité apparente des arrêts *Davis* et *Daku* peut être aplanie par le fait que, dans un cas, le contrat sous-jacent et l'option s'appliquaient à deux parcelles de terrain distinctes, alors que, dans l'autre cas, le contrat sous-jacent et l'option s'appliquaient au même bien. Ainsi, dans l'arrêt *Davis*, où le contrat sous-jacent et l'option s'appliquaient à deux parcelles de terrain distinctes, la cour a conclu à l'existence de deux contrats distincts quoique faisant partie du même document. Dans l'arrêt *Daku*, où le contrat sous-jacent et l'option s'appliquaient au même bien, la cour a conclu à l'existence d'un seul contrat.

Based on the examination of the facts in the present case, it is my opinion that the lease and the option form a single, bilateral contract. This single contract contains many terms, some relating to the lease, others to the option. The option itself forms part of the consideration flowing from the respondent to the appellant under this bilateral contract.

Interpretation of the Contract

Having found that the option in the present case is a clause of the bilateral charter party, it must next be determined whether the parties have expressly provided for literal and strict enforcement of any or all of the terms of this contract. Courts will generally give effect to the parties' intentions by upholding any clear contractual provisions which provide that the breach of a certain term, no matter how slight, will justify rescission of the entire contract by the non-offending party (Waddams, *supra*, pp. 400-401; Treitel, *supra*, pp. 694-95; *Lombard North Central Plc. v. Butterworth*, [1987] Q.B. 527 (C.A.)). If the parties have made no such provisions, the bilateral nature of the contract in the present case will require that this Court apply the substantial non-performance doctrine.

One element of performance which parties to a contract may wish to have strictly interpreted is the timing of performance. In *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904, the House of Lords traced the legal and equitable treatment of the timing of performance. Generally, at common law at the time of the Judicature Acts, time was presumed to be of the essence in all contracts. However, as Lords Diplock and Simon of Glaisdale point out in *United Scientific*, at pp. 927-28 and pp. 940-41 respectively, even at that time exceptions to this strict common law approach were being recognized and developed. At the same time, in equity, time was generally presumed not to be of the essence. In *Parkin v. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698, Lord Romilly M.R. noted that "time is held to be of the essence of the contract in equity, only in cases of direct stipulation, or of necessary implication" (p. 65). Similarly, in *Stickney v. Keeble*, [1915]

Compte tenu des faits de la présente affaire, je suis d'avis que le contrat de location et l'option constituent un seul contrat bilatéral. Ce seul et unique contrat contient de nombreuses modalités dont certaines ont trait au contrat de location, et d'autres, à l'option. L'option elle-même constitue un élément de la contrepartie consentie par l'intimée à l'appelante en vertu de ce contrat bilatéral.

L'interprétation du contrat

Après avoir conclu que l'option en cause dans la présente affaire est une clause de la charte-partie bilatérale, il faut ensuite décider si les parties ont expressément prévu l'exécution rigoureuse et à la lettre de l'ensemble ou d'une partie des modalités de ce contrat. Les tribunaux mettent généralement à exécution l'intention des parties en confirmant toute disposition contractuelle claire qui prévoit que le moindre défaut de respecter une modalité donnée justifiera la résiliation de tout le contrat par la partie non fautive (Waddams, *op. cit.*, aux pp. 400 et 401; Treitel, *op. cit.*, aux pp. 694 et 695; *Lombard North Central Plc. c. Butterworth*, [1987] Q.B. 527 (C.A.)). Si les parties n'ont rien prévu en ce sens, notre Cour devra appliquer la théorie de l'inexécution substantielle en raison de la nature bilatérale du contrat en l'espèce.

L'un des éléments d'exécution que les parties peuvent souhaiter voir interpréter strictement est le délai d'exécution. Dans *United Scientific Holdings Ltd. c. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904, la Chambre des lords a établi la façon de traiter le délai d'exécution en common law et en equity. En common law, à l'époque des *Judicature Acts*, le respect des délais était généralement présumé constituer une condition essentielle de tous les contrats. Toutefois, comme les lords Diplock et Simon of Glaisdale le font remarquer dans *United Scientific*, aux pp. 927 et 928 et aux pp. 940 et 941 respectivement, même à cette époque, des exceptions à cette approche restrictive de common law étaient reconnues et établies. À la même époque, en equity, le respect des délais n'était pas généralement présumé constituer une condition essentielle. Dans *Parkin c. Thorold* (1852), 16 Beav. 59, 51 E.R. 698, le maître des rôles lord Romilly a souligné que [TRADUCTION] «le respect des délais n'est

49

50

51

A.C. 386 (H.L.), Lord Parker of Waddington said, at pp. 415-16:

Where it [equity] could do so without injustice to the contracting parties it decreed specific performance notwithstanding failure to observe the time fixed by the contract for completion, and as an incident of specific performance relieved the party in default by restraining proceedings at law based on such failure.

This is really all that is meant by and involved in the maxim that in equity the time fixed for completion is not of the essence of the contract, but this maxim never had any application to cases in which the stipulation as to time could not be disregarded without injustice to the parties, when, for example, the parties, for reasons best known to themselves, had stipulated that the time fixed should be essential, or where there was something in the nature of the property or the surrounding circumstances which would render it inequitable to treat it as a non-essential term of the contract.

52 In *United Scientific*, *supra*, Lord Diplock reiterated the historic approach of equity to the issue of the timeliness of performance as follows, at p. 927:

... the rules of equity, to the extent that the Court of Chancery had developed them up to 1873 as a system distinct from rules of common law, did not regard stipulations in contracts as to the time by which various steps should be taken by the parties as being of the essence of the contract unless the express words of the contract, the nature of its subject matter or the surrounding circumstances made it inequitable not to treat the failure of one party to comply exactly with the stipulation as relieving the other party from the duty to perform his obligations under the contract. [Emphasis added.]

53 Thus, at the time of the Judicature Acts, equity presumed that time was not of the essence unless the parties had expressly made it of the essence or the nature of the property or circumstances allowed for such a presumption. Since the Judicature Acts, the rule of equity has prevailed in

considéré comme une condition essentielle du contrat en *equity* que dans les cas de stipulation expresse ou de déduction nécessaire» (p. 65). De même, dans *Stickney c. Keeble*, [1915] A.C. 386 (H.L.), lord Parker of Waddington a dit, aux pp. 415 et 416:

[TRADUCTION] Lorsqu'en [equity] il était possible de le faire sans commettre d'injustice à l'égard des parties contractantes, l'exécution en nature était ordonnée malgré le défaut de respecter le délai fixé par le contrat pour la fin des travaux et, à titre d'accessoire de l'exécution en nature, la partie en défaut était exonérée par une restriction des recours fondés sur son défaut.

Il s'agit vraiment de la seule signification et de la seule conséquence de la maxime qui veut qu'en *equity* le délai fixé pour la fin des travaux n'est pas une condition essentielle du contrat; mais cette maxime n'a jamais été appliquée dans les cas où on ne pouvait passer outre au délai fixé sans créer d'injustice envers les parties, soit lorsque, par exemple, les parties avaient stipulé, pour des raisons qui leur étaient propres, que le délai fixé devait être essentiel ou lorsqu'un élément dans la nature des biens ou dans les faits en cause faisait en sorte qu'il ne serait pas équitable de considérer cette stipulation comme n'étant pas une modalité essentielle du contrat.

Dans *United Scientific*, précité, lord Diplock a réitéré ainsi, à la p. 927, la façon dont l'*equity* a abordé, par le passé, la question du respect du délai d'exécution:

[TRADUCTION] ... en vertu des règles de l'*equity*, dans la mesure où la Cour de la chancellerie les avait établies, jusqu'en 1873, en tant que système distinct des règles de la common law, les stipulations des contrats relatives au délai dans lequel les parties devaient prendre certaines mesures n'étaient pas considérées comme des conditions essentielles du contrat, à moins que le libellé du contrat, la nature de son objet ou les circonstances l'entourant fassent en sorte qu'il serait inéquitable de ne pas considérer que le défaut d'une partie de se conformer à la lettre à la stipulation en cause dégageait l'autre partie de son devoir d'exécuter ses obligations en vertu du contrat. [Je souligne.]

En conséquence, à l'époque des *Judicature Acts*, il était présumé, en *equity*, que le respect des délais n'était pas une condition essentielle, sauf si les parties l'avaient expressément stipulé ou si la nature du bien ou des circonstances en cause permettait une telle présomption. Depuis l'adoption

Canada and there is therefore no general presumption that time is of the essence. See for example in Alberta, *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 22; in British Columbia, *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 31; in Manitoba, *Mercantile Law Amendment Act*, C.C.S.M, c. M120, s. 5; in New Brunswick, *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, s. 32; in Newfoundland, *Judicature Act*, R.S.N. 1990, c. J-4, s. 91; in Nova Scotia, *Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, c. 240, s. 43(8); in Ontario, *Mercantile Law Amendment Act*, R.S.O. 1990, c. M.10, s. 15; in Prince Edward Island, *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-10, s. 29(2); in Saskatchewan, *Queen's Bench Act*, R.S.S. 1978, c. Q-1, s. 45(6). Similarly, in *United Scientific*, Lord Simon noted, at p. 940, that "in modern English law time is prima facie not of the essence of a contract". See *Law of Property Act, 1925* (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 20, s. 41.

This Court must therefore begin from the presumption that time is not of the essence in the contract in the present case. However, keeping in mind that parties to commercial contracts are free to make time of the essence in relation to the performance of any contractual obligations (*United Scientific*, at p. 923; *Scandinavian Trading Tanker Co AB v. Flota Petrolera Ecuatoriana — The Scaptrade*, [1983] 2 All E.R. 763 (H.L.), at p. 768), I must assess whether these parties have expressly made time the essence of this contract through the incorporation of a "time of the essence" clause. If they have not, this Court may still conclude that time is of the essence if the nature of the property involved or the circumstance of this case call for such an interpretation.

Is Clause 30 a "Time of the Essence" Clause?

This Court must look to the actual language used by these parties in clause 30, the option

des *Judicature Acts*, la règle d'*equity* prévaut au Canada, de sorte qu'il n'existe aucune présomption générale que le respect des délais est une condition essentielle. Voir, par exemple, en Alberta, *Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 22; en Colombie-Britannique, *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 253, art. 31; au Manitoba, *Loi modifiant le droit commercial*, C.P.L.M., ch. M120, art. 5; au Nouveau-Brunswick, *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, art. 32; à Terre-Neuve, *Judicature Act*, R.S.N. 1990, ch. J-4, art. 91; en Nouvelle-Écosse, *Judicature Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 240, par. 43(8); en Ontario, *Loi modifiant le droit commercial*, L.R.O. 1990, ch. M.10, art. 15; à l'Île-du-Prince-Édouard, *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-10, par. 29(2); en Saskatchewan, *Queen's Bench Act*, R.S.S. 1978, ch. Q-1, par. 45(6). De même, dans *United Scientific*, lord Simon a souligné, à la p. 940, [TRADUCTION] «qu'en droit anglais contemporain, le respect des délais n'est pas à première vue une condition essentielle du contrat». Voir *Law of Property Act, 1925* (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 20, art. 41.

Notre Cour doit donc partir de la présomption que le respect des délais n'est pas une condition essentielle du contrat en l'espèce. Cependant, en ayant à l'esprit que les parties à un contrat commercial sont libres de faire du respect des délais une condition essentielle de l'exécution de toute obligation contractuelle (*United Scientific*, à la p. 923; *Scandinavian Trading Tanker Co AB c. Flota Petrolera Ecuatoriana — The Scaptrade*, [1983] 2 All E.R. 763 (H.L.), à la p. 768), je dois vérifier si les parties en ont fait expressément une condition essentielle du présent contrat par l'insertion d'une clause de rigueur des délais. Même si elles ne l'ont pas fait, notre Cour peut toujours conclure que le respect des délais est une condition essentielle si la nature du bien en cause ou les circonstances de la présente affaire requièrent une telle interprétation.

L'article 30 est-il une clause de rigueur des délais?

Notre Cour doit se référer aux termes mêmes utilisés par les parties à l'article 30, soit la clause

54

55

clause, to determine whether it was their intention to expressly make time of the essence. The respondent submits that since this is a commercial contract entered into by equal parties, the wording of clause 30 must be strictly construed. The respondent further submits that the words “promptly and in accordance with the schedule” make time of the essence in relation to the lease payments. Accordingly, the argument goes, the appellant’s single late payment, even though it was caused by a bank error and quickly remedied with interest, allows the respondent to put an end to the option.

d’option, pour déterminer si elles ont voulu faire expressément du respect des délais une condition essentielle. L’intimée soutient que, vu qu’il s’agit d’un contrat commercial conclu par deux parties égales, le libellé de l’article 30 doit recevoir une interprétation stricte. Elle fait également valoir que l’expression [TRADUCTION] «promptement et en conformité avec l’échéancier» fait du versement à temps des loyers une condition essentielle. En conséquence, suivant cet argument, le seul versement tardif de l’appelante, bien qu’il résulte d’une erreur de la banque et qu’il y ait rapidement été remédié par le paiement de la somme due et des intérêts courus, permet à l’intimée de mettre fin à l’option.

56 Before discussing the strict interpretation urged by the respondent, I would point out that commercial parties should be familiar enough with the applicable law to know that they must use very precise words if their intention is to make time the essence of a contract. This is self-evident given that the reason for the inclusion of a clause of this nature in the first place is to provide certainty about the consequences of breach which the substantial non-performance doctrine cannot provide. Furthermore, because of the real possibility of an unjust enrichment, courts must be certain that it was the parties’ intention to allow any breach of the timing of performance, no matter how minor or non-prejudicial, to justify rescission of the entire contract.

Avant de discuter de l’interprétation stricte préconisée par l’intimée, je tiens à souligner que des parties qui font du commerce devraient avoir une connaissance suffisante du droit applicable pour savoir qu’elles doivent utiliser des mots très précis pour exprimer leur intention de faire du respect des délais une condition essentielle d’un contrat. Cela va de soi, étant donné que l’inclusion d’une telle clause vise avant tout à établir, au sujet des conséquences d’un défaut d’exécution, une certitude que ne peut établir la théorie de l’inexécution substantielle. De plus, en raison de la possibilité réelle d’enrichissement sans cause, les tribunaux doivent être certains que les parties ont voulu permettre que tout manquement aux délais d’exécution, peu importe qu’il soit mineur ou non préjudiciable, soit suffisant pour justifier la résiliation de tout le contrat.

57 In my opinion, the words used in clause 30 are simply not precise enough to satisfy this Court that these parties intended to make timely lease payments the essence of this contract. The word “promptly” adds nothing to the words “in accordance with the schedule”. Read together, these words call for regular payment. Nothing exceptional about the obligations of the parties can be inferred. This conclusion is bolstered by the respondent’s admission in oral argument that contracts used in this industry often include the actual

À mon avis, les mots utilisés à l’article 30 ne sont simplement pas assez précis pour convaincre notre Cour que les parties avaient l’intention de faire du versement à temps des loyers une condition essentielle du contrat. Le mot «promptement» n’ajoute rien aux mots «en conformité avec l’échéancier». Interprétés conjointement, ces mots exigent que les versements soient effectués à intervalles réguliers. On ne peut rien en déduire d’exceptionnel à l’égard des obligations des parties. Cette conclusion est étayée par l’admission de l’intimée, lors des plaidoiries, que les contrats utilisés dans ce secteur comprennent souvent l’expression [TRADUCTION] «le respect des délais est une condi-

words “time is of the essence” when the parties intend to, in fact, make time of the essence.

Binnie J., in his separate reasons, attaches great importance to the use of the words “full performance” in clause 30. An examination of the use of this expression in case law reveals that these words, which do not appear to be terms of art, refer to the obligation to do all things required under the contract, not to the manner of performance of the obligation; see *LeMesurier v. Andrus* (1984), 31 R.P.R. 143 (Ont. H.C.), at p. 168, reversed on other grounds (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.). This view is also advocated in the United States; see for example *Jacob & Youngs, Inc. v. Kent*, 129 N.E. 889 (N.Y. 1921), at p. 890 (Cardozo J.). *Halsbury’s Laws of England*, which Binnie J. quotes, refers to “exact” performance when addressing the issue under review here, but states that even exact performance is mitigated by the doctrine of substantial non-performance in appropriate cases; see *Halsbury’s Laws of England* (4th ed. 1998), vol. 9(1), at para. 921. I would therefore conclude that the use of the words “full performance” by these parties was not sufficient to change their obligations, particularly since timely performance, which is at issue here, is generally considered to be a separate issue.

Even if it could be said that the words of clause 30 are adequate to make time of the essence in relation to the lease payments, the actual wording of clause 30 could only support a finding that time is of the essence in relation to Clause 10, since it reads: “payments being made promptly and in accordance with the schedule of clause 10 throughout this Agreement”. The respondent urges this Court to find that the reference to clause 10 in the option clause is a typographical error and was meant to read “clause 11”. It appears that the Federal Court of Appeal proceeded on this assumption since its reference to the option clause includes the notation “[sic]” after the words “clause 10”. As noted, no such finding was made by the trial judge.

tion essentielle» lorsque les parties ont, en fait, l’intention de subordonner l’exécution du contrat à une clause de rigueur des délais.

Le juge Binnie, dans des motifs distincts, attache une grande importance aux mots [TRADUCTION] «exécute toutes les obligations» de l’article 30. Il ressort d’un examen de l’utilisation de ces mots, non techniques semble-t-il, dans la jurisprudence qu’ils ont trait à l’obligation de faire tout ce que le contrat demande de faire, et non pas à la façon d’exécuter cette obligation; voir *LeMesurier c. Andrus* (1984), 31 R.P.R. 143 (H.C. Ont.), à la p. 168, infirmé pour d’autres motifs (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.). Ce point de vue est également préconisé aux États-Unis; voir, par exemple, *Jacob & Youngs, Inc. c. Kent*, 129 N.E. 889 (N.Y. 1921), à la p. 890 (le juge Cardozo). Dans *Halsbury’s Laws of England*, que cite le juge Binnie, on parle d’exécution «à la lettre» («*exact*» performance) au moment d’aborder la question examinée en l’espèce, mais on y affirme que même l’exécution à la lettre est atténuée par la théorie de l’inexécution substantielle dans des cas appropriés; voir *Halsbury’s Laws of England* (4^e éd. 1998), vol. 9(1), au par. 921. Je suis donc d’avis de conclure que l’utilisation par les présentes parties des mots «exécute toutes les obligations» n’était pas suffisante pour changer leurs obligations, étant donné particulièrement que l’exécution à temps, qui est en cause en l’espèce, est généralement considérée comme une question distincte.

Même si on pouvait affirmer que les mots utilisés à l’article 30 sont suffisants pour faire du respect des délais une condition essentielle en matière de versements de loyer, le libellé de cet article pourrait seulement étayer une conclusion que le respect des délais est une condition essentielle en ce qui concerne l’article 10, étant donné qu’il parle de faire «les versements prévus promptement et en conformité avec l’échéancier de l’article 10 pendant toute la durée du contrat». L’intimée invite notre Cour à statuer que le renvoi à l’article 10 dans la clause d’option est une erreur typographique et qu’il aurait plutôt fallu y lire «l’article 11». La Cour d’appel fédérale paraît avoir examiné l’affaire en fonction de cette suppo-

58

59

Both clauses 10 and 11 contain schedules. Furthermore, a reference to clause 10 in the option clause is more consistent with what the parties would reasonably have intended had they addressed their minds to this issue upon entering the charter party. Indeed, it makes more commercial sense that the respondent would be more insistent on receiving a total of \$85,000 per year than each monthly payment on the exact day it falls due. In addition, it is unlikely that the parties could have intended that a single late payment among 35 payments made over a five year term, caused by no fault of the appellant and quickly remedied with interest, would void the option, given its importance to the contract as a whole.

sition, car en renvoyant à la clause d'option, elle a inséré la mention «[sic]» après les mots «article 10». Comme nous l'avons vu, aucune conclusion de cette nature n'a été tirée par le juge de première instance. Tant l'article 10 que l'article 11 établissent un échéancier. De plus, un renvoi à l'article 10 dans la clause d'option est plus compatible avec ce que les parties auraient raisonnablement voulu si elles s'étaient penchées sur cette question en signant la charte-partie. En fait, il est plus logique, du point de vue commercial, que l'intimée insiste davantage pour qu'une somme totale de 85 000 \$ lui soit versée chaque année, plutôt que pour que chaque versement mensuel soit fait la journée même où il est dû. En outre, il est peu probable que les parties aient pu vouloir que, des 35 versements à faire sur une période de cinq ans, un seul versement tardif ne résultant pas d'une faute de l'appelante et ayant été rapidement fait par la suite, avec les intérêts courus, annule l'option, vu l'importance qu'elle revêt à l'égard du contrat dans son ensemble.

60 Since the option clause expressly refers to clause 10 and not clause 11, it is logical to conclude that the parties could only have intended that time be of the essence in relation to clause 10, should the words used in fact be sufficient to imply a time of the essence clause. The trial judge properly found no breach of clause 10 because the appellant's single late payment did not breach the clause 10 requirement to pay \$85,000 for the year in which the late payment occurred. As the trial judge found, the late payment was, at most, a breach of clause 11, which sets out the exact day upon which each monthly payment was due.

Vu que la clause d'option renvoie expressément à l'article 10 et non pas à l'article 11, il est logique de conclure que les parties ont forcément voulu assujettir l'article 10 à une clause de rigueur des délais, à supposer que les mots utilisés dans cet article soient effectivement suffisants pour déduire l'existence d'une telle clause. Le juge de première instance a décidé à bon droit qu'il n'a pas été contrevenu à l'article 10 vu que l'appelante, en faisant un seul versement tardif, n'a pas manqué à l'exigence de cet article qu'elle paie la somme de 85 000 \$ pour l'année pendant laquelle elle a fait un tel versement. Comme l'a conclu le juge de première instance, le versement tardif constituait tout au plus une contravention à l'article 11, qui établit la journée à laquelle chaque versement mensuel devait être effectué.

61 Having found that the actual wording of clause 30 reveals no intention on behalf of these parties to expressly make timely lease payments of the essence in relation to the exercise of the option by the appellant, this Court must next assess whether the nature of the property involved or the circum-

Ayant conclu que le libellé de l'article 30 ne révèle aucune intention expresse de la part de ces parties de faire du versement à temps des loyers une condition essentielle de la levée de l'option par l'appelante, notre Cour doit maintenant déterminer si la nature du bien en cause ou les circonstances

stances in the present case call for such an interpretation.

Can “Time is of the Essence” be Implied from the Property Involved or the Circumstances in the Present Case?

Time will be presumed to be of the essence if the subject matter of a contract is the acquisition of a perishable commodity or something which is likely to rapidly change in value. See for example *Lang v. Provincial Natural Gas and Fuel Co. of Ontario* (1908), 17 O.L.R. 262 (Ch. D.); *Sprague v. Booth* (1908), 21 O.L.R. 637 (C.A.), aff’d [1909] A.C. 576 (P.C.); *Hare v. Nicoll*, [1966] 2 Q.B. 130 (C.A.); *United Scientific*, *supra*, at p. 950. In such cases, if the seller fails to deliver within the specified time, the buyer may be seriously prejudiced. No such potential prejudice arises in the present case. The property at issue is a vessel. It is not perishable. Furthermore, it cannot be said that its value will fluctuate greatly, as for example, the value of corporate shares. In any event, the appellant’s lack of timeliness is in no way related to the delivery of the vessel. Rather, the appellant made a single late lease payment and failed to deliver the log books in the manner requested. As a result, I cannot conclude that the nature of the property in the present case would make it inequitable to presume time was not of the essence in relation to the exercise of the option.

Finally, I must assess whether the circumstances surrounding this contract would make it inequitable for this Court to presume that time was not of the essence in relation to the exercise of the option.

The respondent places a great deal of emphasis on the commercial nature of this contract. However, there is no general rule making time the essence of all commercial contracts (*United Scientific*, *supra*, at pp. 924 and 950). Indeed, in *United Scientific*, Lord Diplock refused to hold that a timetable specified in a rent review clause was of the essence where no specific “time of the

de la présente affaire commandent une telle interprétation.

La rigueur des délais peut-elle s’inférer du bien en cause ou des circonstances de la présente affaire?

Le respect des délais sera présumé constituer une condition essentielle si l’objet du contrat est l’acquisition de biens périssables ou de quelque chose dont la valeur est susceptible de fluctuer rapidement. Voir, par exemple, *Lang c. Provincial Natural Gas and Fuel Co. of Ontario* (1908), 17 O.L.R. 262 (Ch. D.); *Sprague c. Booth* (1908), 21 O.L.R. 637 (C.A.), conf. par [1909] A.C. 576 (C.P.); *Hare c. Nicoll*, [1966] 2 Q.B. 130 (C.A.); *United Scientific*, précité, à la p. 950. Dans de tels cas, si le vendeur omet de livrer la marchandise dans le délai prévu, l’acheteur peut subir un préjudice grave. Aucun préjudice potentiel de cette nature n’existe en l’espèce. Le bien en cause est un navire. Il n’est pas périssable. De plus, on ne saurait prétendre que sa valeur fluctuera beaucoup, comme par exemple celle d’actions d’entreprise. De toute façon, le défaut de l’appelante de respecter les délais n’est d’aucune façon liée à la livraison du navire. En effet, l’appelante n’a effectué qu’un seul versement en retard et a omis de livrer les journaux de bord de la façon requise. En conséquence, je ne puis conclure que la nature du bien en cause en l’espèce ferait en sorte qu’il serait inéquitable de présumer que le respect des délais n’était pas une condition essentielle à la levée de l’option.

Enfin, je dois vérifier si les circonstances entourant ce contrat feraient en sorte qu’il serait inéquitable de la part de notre Cour de présumer que le respect des délais n’était pas une condition essentielle à la levée de l’option.

L’intimée insiste beaucoup sur la nature commerciale du présent contrat. Toutefois, il n’existe aucune règle générale voulant que le respect des délais constitue une condition essentielle des contrats commerciaux (*United Scientific*, précité, aux pp. 924 et 950). En fait, dans *United Scientific*, lord Diplock a refusé de conclure que l’échéancier établi dans une clause de révision de loyer était

62

63

64

essence” clause was incorporated into the contract. As in other cases, the Court was concerned with whether the deficiency in performance was of vital importance given the contractual context (Treitel, *supra*, at p. 715).

65 Although he was dealing with a charter party which did not contain an option, the words of Lord Diplock in *Scandinavian Trading Tanker Co AB*, *supra*, at p. 768, are applicable here:

Prima facie parties to a commercial contract bargaining on equal terms can make ‘time to be of the essence’ of the performance of any primary obligation under the contract that they please When time is made of the essence of a primary obligation, failure to perform it punctually is a breach of a condition of the contract which entitles the party not in breach to elect to treat the breach as putting an end to all primary obligations under the contract that have not already been performed.

66 The fact that commercial parties are free to make time of the essence rather than to make time not of the essence confirms that there is no general rule that time is of the essence in all commercial contracts. Indeed, under such a rule, the essential question surrounding the availability of rescission would revolve around whether or not a given contract could be classified as “commercial” or not. The actual intentions of the parties and requirements of the contractual context would be rendered irrelevant. The problems of drawing a distinction on this artificial ground are apparent; see Treitel, at p. 742.

67 The respondent also urged this Court to presume that time is of the essence in the present case because it involves the exercise of an option to purchase. According to this argument, time is always of the essence in relation to the exercise of options. See for example *Krause v. Bain Bros. Alta. Ltd.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 500 (Alta. S.C.T.D.); *United Scientific*, *supra*; P. M. Perell,

une condition essentielle, dans une affaire où le contrat ne comportait aucune clause précise de rigueur des délais. Comme dans d’autres cas, la cour s’est demandé si le défaut d’exécution revêtait une importance capitale compte tenu du contexte contractuel (Treitel, *op. cit.*, à la p. 715).

Même si, dans *Scandinavian Trading Tanker Co AB*, précité, à la p. 768, il était saisi d’une charte-partie qui ne comportait aucune option, lord Diplock y a tenu des propos qui s’appliquent en l’espèce:

[TRADUCTION] Les parties légitimes à première vue à un contrat commercial qui négocient d’égal à égal peuvent subordonner l’exécution de toutes les obligations principales prévues au contrat qu’elles veulent [...] à une clause de rigueur des délais. Lorsque le respect d’un délai est une condition essentielle d’une obligation principale, le défaut d’une partie d’exécuter l’obligation ponctuellement équivaut au non-accomplissement d’une condition du contrat qui autorise l’autre partie à choisir de traiter le non-accomplissement comme une extinction de toutes les obligations principales prévues au contrat qui n’ont pas déjà été exécutées.

Vu que les parties qui font du commerce sont libres de faire ou de ne pas faire du respect des délais une condition essentielle, cela confirme qu’il n’y a pas de règle générale voulant que le respect des délais soit une condition essentielle de tous les contrats commerciaux. En réalité, suivant une telle règle, la question fondamentale qui se poserait au sujet de la possibilité de résiliation serait de savoir si un contrat donné peut ou non être qualifié de «commercial». L’intention véritable des parties et les exigences du contexte contractuel perdraient toute pertinence. Les problèmes que causerait l’établissement d’une distinction fondée sur ce motif artificiel sont évidents; voir Treitel, à la p. 742.

L’intimée a également invité notre Cour à présumer que le respect des délais est une condition essentielle en l’espèce car il concerne la levée d’une option d’achat. Selon cet argument, le respect des délais est toujours une condition essentielle en matière de levée d’options. Voir, par exemple, *Krause c. Bain Bros. Alta. Ltd.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 500 (C.S. 1^{re} inst. Alb.); *United*

“Putting Together the Puzzle of Time of the Essence” (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 417, at p. 425; Di Castri, *supra*, at p. 6-12.

I must disagree with the statement that time is always of the essence in option contracts. Option case law reveals that courts have not applied any such strict approach to the timing of performance. One example of the flexibility courts have applied to performance in option contexts is the doctrine of spent breach. This doctrine mitigates against the severity of the application of the strict performance rule to options by preventing deficiently performed conditions precedent which have been remedied by the time the option is to be exercised from rendering the option void. For example, in *Bass Holdings Ltd. v. Morton Music Ltd.*, [1987] 2 W.L.R. 397 (Ch. D.), a lease contract included an option to renew provided the tenant was not in breach of any of the tenant’s covenants contained in the lease. The tenant was at one time in breach of this condition because his rent was overdue. However, he had remedied that breach by the time he sought to exercise the option. In its interpretation of the contract, the court found that such “spent” breaches do not prevent the exercise of the option. The language here may be somewhat confusing. In reality, this doctrine simply provides that the option clause is interpreted to mean that conditions precedent are met providing that the positive covenants of the underlying contract have been performed at the time of the exercise of the option. There is, therefore, no breach, even though some payments were made late. Late payment can be remedied because this possibility is implied in the interpretation of the option clause.

The doctrine of spent breach has also been recognized by Canadian appeal courts. In *Birchmont Furniture Ltd. v. Loewen* (1978), 84 D.L.R. (3d) 599 (Man. C.A.), a lease contained an option to purchase “provided there be no default by the Ten-

Scientific, précité; P. M. Perell, «Putting Together the Puzzle of Time of the Essence» (1990), 69 *R. du B. can.* 417, à la p. 425; Di Castri, *op. cit.*, à la p. 6-12.

Je suis en désaccord avec l’affirmation que le respect des délais est toujours une condition essentielle des contrats d’option. La jurisprudence en matière d’option montre que les tribunaux n’ont pas adopté une approche aussi restrictive à l’égard du délai d’exécution. La théorie de la contravention périmée est un exemple de la souplesse des tribunaux relativement à l’exécution dans le cadre d’options. Cette théorie atténue la rigueur de la règle d’exécution stricte dans le cas des options en empêchant que l’exécution défectueuse des conditions préalables, à laquelle il a été remédié au moment où l’on se propose de lever l’option, annule cette dernière. Par exemple, dans *Bass Holdings Ltd. c. Morton Music Ltd.*, [1987] 2 W.L.R. 397 (Ch. D.), un bail comportait une option de renouvellement sujette à la condition que le locataire ne contrevienne à aucun des engagements qu’il avait pris dans le contrat. À un moment donné, le locataire a contrevenu à cette condition en ne payant pas son loyer à temps. Cependant, il avait déjà remédié à cette contravention au moment où il cherchait à lever l’option. Dans son interprétation du contrat, la cour a conclu que de telles contraventions «périmées» n’empêchent pas la levée de l’option. Une certaine confusion peut résulter des termes utilisés en l’espèce. En réalité, cette théorie prévoit simplement que la clause d’option est interprétée comme signifiant que les conditions préalables sont remplies pourvu que les stipulations comportant obligation de faire du contrat sous-jacent aient été respectées au moment de la levée de l’option. Il n’y a donc aucune contravention même si des paiements ont été faits en retard. Il est possible de remédier à un paiement tardif du fait que cette possibilité ressort implicitement de l’interprétation de la clause d’option.

La théorie de la contravention périmée a également été reconnue par des cours d’appel canadiennes. Dans *Birchmont Furniture Ltd. c. Loewen* (1978), 84 D.L.R. (3d) 599 (C.A. Man.), un bail conférait une option d’achat [TRADUCTION]

ant in any of the terms and conditions expressed or implied in the within Lease” (p. 599). The tenant had defaulted under the lease, but there were no outstanding defaults when the time came to exercise the option. The Manitoba Court of Appeal, *per* Hall J.A., confirmed the trial judge’s interpretation of the option clause and allowed the tenant to exercise the option because the deficient performance of the lease had been remedied prior to the exercise of the option. See also *Petrillo v. Nelson* (1980), 114 D.L.R. (3d) 273 (Ont. C.A.).

«à la condition que la locataire respecte chacune des clauses expresses ou implicites du bail» (p. 599). La locataire avait manqué à certains engagements prévus au bail, mais avait déjà remédié à la situation au moment de lever l’option. La Cour d’appel du Manitoba, sous la plume du juge Hall, a confirmé l’interprétation de la clause d’option donnée par le juge de première instance et a permis à la locataire de lever l’option parce qu’elle avait déjà remédié à l’exécution défectueuse du bail avant de la lever. Voir également *Petrillo c. Nelson* (1980), 114 D.L.R. (3d) 273 (C.A. Ont.).

70 My review of the doctrine of spent breach reveals that courts have not assumed that time is always of the essence in option cases. The respondent’s argument that time is necessarily of the essence in the present case simply because it involves an option must therefore fail.

Il ressort de mon examen de la théorie de la contravention périmée que les tribunaux n’ont pas présumé que le respect des délais est toujours une condition essentielle en matière d’options. L’argument de l’intimée voulant que le respect des délais soit nécessairement une condition essentielle en l’espèce du seul fait qu’une option est en cause doit donc échouer.

71 No other circumstances in the present case support a presumption that these parties would have intended to make the timing of each of the 35 lease payments of the essence had they addressed their minds to this issue upon entering the charter party. It is, to my mind, incredible that the parties could have intended that a single late payment among 35 payments made over a five-year term, caused by no fault of the appellant and quickly remedied with interest, would deprive the appellant of the option, given its importance to the contract as a whole. This conclusion is reinforced when one considers that the respondent did not insist on strict compliance with the method of payment set out in clause 11, a matter which will be discussed more fully below.

Aucune autre circonstance de la présente affaire n’étaye une présomption que les parties auraient voulu faire du moment où serait effectué chacun des 35 versements une condition essentielle, si elles s’étaient penchées sur cette question en signant la charte-partie. Il m’apparaîtrait incroyable que les parties aient pu vouloir qu’un seul versement tardif sur les 35 versements effectués au cours d’une période de cinq ans, alors que l’appelante n’était pas responsable du retard et qu’elle y a rapidement remédié tout en payant les intérêts, lui fasse perdre l’option en cause, compte tenu de son importance relativement au contrat dans son ensemble. Cette conclusion est renforcée par le fait que l’intimée n’a pas insisté pour que le mode de paiement prévu à l’article 11 soit respecté à la lettre, une question qui fera l’objet d’une analyse plus complète plus loin.

72 Since the presumption that time is not of the essence has not been displaced, the bilateral nature of the contract in the present case requires that this Court apply the substantial non-performance doctrine.

Vu que la présomption que le respect des délais n’est pas une condition essentielle n’a pas été réfutée en l’espèce, la nature bilatérale du contrat oblige notre Cour à appliquer la théorie de l’inexécution substantielle.

*Application of the Substantial Non-Performance Doctrine*1. Breach of Clause 25

In the present case, the trial judge found that clause 25 of the charter party, namely the duty to provide log books, had been minimally breached. I agree, noting however that this is not meant to be taken as an application of the *de minimis non curat lex* principle. Nevertheless, since there was some disagreement in the courts below about the application of this principle, I will take this opportunity to address it briefly.

The trial judge below was of the opinion that a court can apply *de minimis* after finding a minor divergence in performance from the express terms of a contract to prevent that divergence from being considered a breach. He made no distinction between the application of the principle to unilateral as opposed to bilateral contracts. In contrast, the Federal Court of Appeal was of the opinion that *de minimis* is only a rule of contractual interpretation used to determine whether or not a breach has been committed. According to Décary J.A., the principle can only be applied to prevent the finding of a breach on the basis that the parties had implicitly agreed that substantial performance would be tantamount to strict performance. He found that the principle could not be used to qualify a breach as minimal. Therefore, Décary J.A. held that the trial judge, having found that a breach had been committed, could no longer look to the *de minimis* principle to conclude that the breach was so trivial that it did not constitute a breach. However, like the trial judge, Décary J.A. did not comment on whether the application of the *de minimis* principle would differ depending on whether a case involved a unilateral or a bilateral contract.

While there is little jurisprudence which expressly addresses how the *de minimis* principle

*Application de la théorie de l'inexécution substantielle*1. Contravention à l'article 25

En l'espèce, le juge de première instance a conclu qu'il y avait eu manquement minime à l'article 25 de la charte-partie, notamment à l'obligation de fournir les journaux de bord. Je partage cette opinion, mais je souligne que cela ne doit pas être interprété comme une application du principe *de minimis non curat lex*. Néanmoins, vu que l'application de ce principe a fait l'objet d'un certain désaccord au sein des tribunaux d'instance inférieure, je profite de l'occasion pour l'aborder brièvement.

Le juge de première instance était d'avis que, après avoir constaté une divergence mineure d'exécution par rapport à ce qui était prévu expressément au contrat, un tribunal peut appliquer le principe *de minimis* afin d'empêcher que cette divergence soit considérée comme une contravention. Pour les fins de l'application de ce principe, il n'a fait aucune distinction entre les contrats unilatéraux et les contrats bilatéraux. Par contre, la Cour d'appel fédérale a estimé que le principe *de minimis* n'est qu'une règle d'interprétation des contrats utilisée pour déterminer si une contravention a eu lieu. Selon le juge Décary, ce principe ne peut s'appliquer que pour empêcher de conclure à l'existence d'une contravention du fait que les parties se sont entendues implicitement pour qu'une exécution substantielle soit considérée comme une exécution rigoureuse. Il a jugé que ce principe ne pouvait pas servir à qualifier de minime une contravention. En conséquence, le juge Décary a décidé qu'après avoir constaté l'existence d'une contravention le juge de première instance ne pouvait plus s'appuyer sur le principe *de minimis* pour conclure que la contravention était si négligeable qu'elle n'en constituait pas une. Toutefois, à l'instar du juge de première instance, le juge Décary ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si l'application du principe *de minimis* varierait selon que l'affaire porte sur un contrat unilatéral ou bilatéral.

Bien que peu de précédents portent expressément sur la façon d'appliquer le principe *de mini-*

73

74

75

is to be applied, the case law which does exist suggests that the approach of the trial judge is correct, providing it is specified that a finding of *de minimis* means that no fundamental breach permitting rescission has been committed, not that there has been no breach giving rise to an action in damages. For example, in *Runnymede Iron & Steel Ltd. v. Rossen Engineering and Construction Co.*, [1962] S.C.R. 26, this Court dealt with the deficient performance of a contract of sale. In the contract, the respondent agreed to sell and deliver steel rails to the appellant. Approximately 20 to 25 percent of the delivered rails were defective. The appellant sought to rescind the entire contract. The important element of the case for present purposes is the order in which this Court dealt with the breach. The Court first found that the respondent had breached the contract by providing defective goods. Only then did the Court state that *de minimis* could not be applied since at least 20 percent of the goods were defective. This case thus supports the approach of the trial judge, namely that a court should first find a divergence from the performance dictated in the contract and then assess whether that divergence is *de minimis*.

mis, il ressort de la jurisprudence existante que l'approche adoptée par le juge de première instance est correcte, pourvu qu'il soit précisé qu'une conclusion de manquement mineur signifie qu'il n'y a eu aucune contravention fondamentale justifiant la résiliation, et non pas qu'il n'y a eu aucune contravention donnant lieu à une action en dommages-intérêts. Par exemple, dans l'arrêt *Runnymede Iron & Steel Ltd. c. Rossen Engineering and Construction Co.*, [1962] R.C.S. 26, notre Cour s'est penchée sur l'exécution défectueuse d'un contrat de vente. Dans le contrat, l'intimée avait convenu de vendre et de livrer des rails en acier à l'appelante. Environ 20 à 25 pour 100 des rails livrés étaient défectueux. L'appelante a demandé la résiliation de tout le contrat. Aux fins du présent pourvoi, l'élément important de cette affaire est l'ordonnance dans laquelle notre Cour s'est prononcée sur la rupture du contrat. La Cour a d'abord conclu que l'intimée avait rompu le contrat en fournissant des biens entachés d'un vice. Ce n'est qu'à ce moment que notre Cour a affirmé que le principe *de minimis* ne pouvait pas s'appliquer étant donné qu'au moins 20 pour 100 des biens étaient entachés d'un vice. Cet arrêt appuie donc l'approche adoptée par le juge de première instance, à savoir qu'un tribunal doit d'abord constater une divergence par rapport à l'exécution prescrite au contrat pour ensuite déterminer si cette divergence est minime.

76

In *Gillespie v. Wells* (1912), 2 D.L.R. 519 (Man. K.B.), the plaintiff and defendant entered a contract for the sale of land. The defendant agreed to sell its property in exchange for a promise from the plaintiff to make specified payments over a specified term. The defendant refused to transfer the property claiming that the plaintiff had not fully performed a condition precedent, namely tendering the full amount owing under the payment schedule. The plaintiff brought this action for specific performance. The Court found that the plaintiff had indeed diverged from the contractually required performance because her final payment was deficient by \$2.20. Nevertheless, the Court granted specific performance by applying *de minimis* to the plaintiff's slight deficiency in performance. In this way, the Court first found a divergence in per-

Dans *Gillespie c. Wells* (1912), 2 D.L.R. 519 (B.R. Man.), la demanderesse et le défendeur ont conclu un contrat de vente de terrain. Le défendeur a accepté de vendre son terrain à la demanderesse en contrepartie d'une promesse de cette dernière d'effectuer certains paiements pendant une période précise. Le défendeur a refusé de céder le terrain pour le motif que la demanderesse n'avait pas rempli complètement une condition préalable, soit le paiement intégral du montant dû selon l'échéancier prévu. La demanderesse a intenté une action visant à obtenir l'exécution en nature du contrat. La cour a décidé que l'exécution à laquelle avait procédé la demanderesse divergeait effectivement de celle requise par le contrat parce qu'il manquait 2,20 \$ à son paiement final. La cour a néanmoins ordonné l'exécution en nature du contrat en appliquant le

formance and only then applied *de minimis*. At no point in the judgment did the Court suggest that *de minimis* actually prevented the finding of a breach in the first place. The rule was simply used to qualify the breach as minimal.

While I agree with the trial judge on the method in which the *de minimis* principle should be applied, I disagree that it should be applied in the present case. I leave the scope of the *de minimis* principle, and more particularly whether it applies to unilateral contracts, to be determined in the appropriate case.

Instead of referring to the *de minimis* principle in his interpretation of clause 25, the trial judge should have interpreted this clause in light of s. 261(1) of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, which states:

261. (1) An official log shall be kept in every foreign-going ship and every home-trade ship of or over fifty tons register tonnage registered in Canada in the appropriate form for that ship approved by the Minister.

According to the terms of the charter party, the *Challenge One* is a home-trade ship which falls within the scope of s. 261(1). It is described as a vessel of about 56.5 tons which is to be operated between Harbour Deep and Jackson's Arm White Bay, Newfoundland. Accordingly, s. 261 dictates that the logs of the *Challenge One* must remain on board the vessel. Furthermore, clause 25 makes no reference to the removal of the logs from the vessel or the making of copies of the logs. It refers to the actual logs only. The clause 25 requirement that the appellant supply the logs to the respondent upon request should therefore have been interpreted as requiring the logs to be made available to the respondent on board the vessel. I note, however, that it is likely that Nadon J. assumed clause 25 only required the appellant to supply the

principe *de minimis* au léger défaut d'exécution de la demanderesse. Ainsi, c'est seulement après avoir constaté une divergence d'exécution que la cour a appliqué le principe *de minimis*. Nulle part dans le jugement la cour n'a laissé entendre que le principe *de minimis* l'empêchait de conclure à une contravention au départ. Le principe a simplement été utilisé pour qualifier de minime la contravention.

Quoique je partage l'opinion du juge de première instance sur la façon d'appliquer le principe *de minimis*, je ne suis pas d'accord pour dire qu'il y a lieu de l'appliquer en l'espèce. Je laisse le soin de déterminer la question de la portée du principe *de minimis* et plus particulièrement celle de savoir s'il s'applique aux contrats unilatéraux, dans un cas où il conviendra de le faire.

Au lieu de renvoyer au principe *de minimis* en interprétant l'article 25, le juge de première instance aurait dû interpréter cet article en fonction du par. 261(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9, dont voici le libellé:

261. (1) Un journal de bord réglementaire doit être tenu, dans la forme appropriée pour ce navire et approuvée par le ministre, sur tout navire au long cours et tout navire de cabotage dont la jauge au registre est de cinquante tonneaux ou plus et qui est immatriculé au Canada.

Selon la charte-partie, le *Challenge One* est un navire de cabotage au sens du par. 261(1). Il est décrit comme un navire d'environ 56,5 tonnes qui doit relier Harbour Deep à Jackson's Arm White Bay, à Terre-Neuve. En conséquence, l'art. 261 exige que les journaux de bord du *Challenge One* demeurent à son bord. En outre, l'article 25 ne mentionne ni le retrait des journaux de bord du navire, ni la préparation de copies de ces journaux. Il ne renvoie qu'aux journaux de bord eux-mêmes. L'exigence de l'article 25 que l'appelante remette les journaux de bord à l'intimée à la demande de celle-ci aurait donc dû être interprétée comme une exigence que les journaux de bord soient mis à la disposition de l'intimée à bord du navire. Je souligne cependant que le juge Nadon a probablement présumé que l'article 25 obligeait simplement l'ap-

77

78

79

respondent with copies of the logs because he was aware of the statutory requirement that the actual log books remain on board the vessel.

80 In the circumstances of the case, I would not disturb the finding of the trial judge that there was substantial compliance with clause 25. As mentioned, the Court of Appeal did not deal with clause 25.

2. Breach of Clause 11

81 Clause 11 of the charter party specifically states that the appellant is to make monthly payments “in cash in Canadian currency by way of Bank Transfer and/or certified cheques”. Yet, the accepted practice between these parties was for the appellant to submit seven post-dated, uncertified cheques to the respondent at the beginning of each operating season. The adoption of this alternative method of payment indicates that the respondent was not insistent on strict compliance with the method of payment set out in clause 11. It follows that the respondent cannot now insist on a strict application of clause 11. In *A/S Tankexpress v. Compagnie Financière Belge Des Pétroles S/A* (1948), 82 Lloyd’s L.R. 43 (H.L.), a charter party gave the owner a right to withdraw the ship if the charterer did not pay “[i]n cash, monthly, in advance, in London”. However, the parties had mutually adopted and accepted a practice whereby the charterer would pay by sending a cheque to the owner in the mail. Thus, like the respondent in the present case, the owner did not insist on strict compliance with the method of payment set out in the agreement. In *Tankexpress*, the charterer made all payments in accordance with the adopted practice, but on one occasion the cheque arrived late because it was delayed in transit due to war. The House of Lords unanimously concluded that the owner did not have the right to withdraw the ship because the charterer had made payment in accordance with the adopted practice. Lord Uthwatt stated, at p. 57:

pelante à remettre des copies des journaux de bord à l’intimée, car il connaissait l’exigence de la loi que les journaux de bord demeurent à bord du navire.

Vu les circonstances de la présente affaire, je suis d’avis de ne pas modifier la conclusion du juge de première instance que l’article 25 a été substantiellement respecté. Comme nous l’avons vu, la Cour d’appel ne s’est pas prononcée sur cet article.

2. Contravention à l’article 11

L’article 11 de la charte-partie prévoit expressément que l’appelante doit faire les versements mensuels «en espèces et en devises canadiennes sous forme de virement bancaire ou de chèques certifiés». Pourtant, les parties avaient convenu que l’appelante remettrait sept chèques postdatés non certifiés à l’intimée au début de chaque saison d’exploitation. L’adoption de cet autre mode de paiement montre que l’intimée n’insistait pas pour que le mode de paiement établi à l’article 11 soit rigoureusement respecté. Il s’ensuit que l’intimée ne saurait désormais insister pour que l’article 11 soit rigoureusement appliqué. Dans *A/S Tankexpress c. Compagnie Financière Belge Des Pétroles S/A* (1948), 82 Lloyd’s L.R. 43 (H.L.), une charte-partie donnait au propriétaire le droit de reprendre le navire si l’affrèteur ne le payait pas [TRADUCTION] «[e]n espèces, chaque mois, à l’avance, à Londres». Cependant, les parties avaient adopté et accepté de concert une façon de procéder selon laquelle l’affrèteur paierait le propriétaire au moyen de chèques expédiés par courrier. Ainsi, à l’instar de l’intimée en l’espèce, le propriétaire n’avait pas insisté pour que la méthode de paiement prévue dans l’entente soit rigoureusement respectée. Dans *Tankexpress*, l’affrèteur avait effectué tous les versements conformément à la méthode adoptée par les parties mais, à une seule occasion, le chèque était arrivé en retard en raison de la guerre qui sévissait. La Chambre des lords a conclu à l’unanimité que le propriétaire n’avait pas le droit de reprendre le navire étant donné que l’affrèteur avait fait le versement conformément à la méthode adoptée par les parties. Lord Uthwatt a dit, à la p. 57:

I fail to see that it is implicit in this particular arrangement that the charterers are to take the risk that the agreed machinery, to which they must adhere, fails in a particular instance to perform the functions that both have assigned to it.

... the charterers having complied with the working arrangement as to payment involved in the accepted method had not breached the contract.

Lord Du Parcq (with Lord Morton concurring) stated, at pp. 58-59:

I conclude, therefore, that if the charterers, when the time came to make the payment due in September, 1939, in fact acted in accordance with the "accepted method," the owners were not entitled, on the ground that, through no fault of the charterers, receipt of the payment was delayed, to exercise a remedy which was open to them only "in default of" the payment stipulated by the contract.

. . .

Whatever form of transmission is adopted, there is a possibility of delay, though it may be a slight possibility. If one party elects to rely on the postal service, or on any messenger of his own choice, he has to bear the responsibility for his agent's delay; but when, as in this case, both parties are agreed that a cheque is to be sent, and it is in fact sent by suitable, and normally expeditious, means, the creditor must run the risk of delay equally with the debtor. It seems to me to be hopeless to contend that the owners' acceptance of the method of payment was subject to a condition, unexpressed but implied, that if the cheque did not arrive in London on Sept. 27, the charterers, though they were not to blame for the delay, should be treated as having made default, and so would incur the risk of losing a contract of great value. If such a condition had been expressly stated, the charterers might well have thought that they were being asked, not to conform to a sensible business arrangement, but to walk into a trap.

In *Zim Israel Navigation Co. v. Effy Shipping Corp.* — *The "Effy"*, [1972] 1 Lloyd's Rep. 18 (Q.B. Com. Ct.), the Court applied the reasoning in *Tankexpress*. In *The "Effy"*, a charter party gave the owner a right to withdraw the ship if the charterer did not make monthly cash payments in

[TRADUCTION] Je ne vois pas comment cette entente particulière prévoit implicitement que les affréteurs courent le risque que le mécanisme convenu, qu'ils sont tenus d'observer, fasse défaut à une occasion en particulier.

... les affréteurs, ayant respecté l'entente conclue relativement à la méthode acceptée de paiement, n'ont pas violé le contrat.

Lord Du Parcq (lord Morton souscrivant à ses motifs) a dit, aux pp. 58 et 59:

[TRADUCTION] Je conclus donc que si les affréteurs, au moment où le versement est devenu exigible en septembre 1939, ont effectivement agi conformément à la «méthode acceptée», les propriétaires n'avaient pas le droit, pour le motif que le paiement leur était parvenu en retard même si les affréteurs n'avaient commis aucune faute, de se prévaloir de la réparation prévue seulement en cas «de défaut» du paiement stipulé au contrat.

. . .

Quelle que soit la forme de transmission adoptée, il existe une possibilité, même légère, de retard. Si une partie choisit de s'en remettre au service postal ou au messenger de son choix, elle est responsable du retard de son mandataire; cependant, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les deux parties ont convenu qu'un chèque sera envoyé par des moyens convenables et habituellement expéditifs et que le chèque est effectivement acheminé ainsi, le créancier doit courir, au même titre que le débiteur, le risque que le chèque arrive en retard. Il me semble inutile de prétendre que l'acceptation, par les propriétaires, de la méthode de paiement était assujettie à la condition, inexprimée mais implicite, que si le chèque n'arrivait pas à Londres le 27 septembre, les affréteurs, même s'ils n'étaient pas responsables du retard, seraient réputés avoir fait défaut et courraient donc le risque de perdre un contrat de grande valeur. Si une telle condition avait été expressément mentionnée, les affréteurs auraient fort bien pu croire qu'on leur demandait non pas de se conformer à une entente commerciale raisonnable, mais plutôt de se laisser prendre au piège.

Dans l'affaire *Zim Israel Navigation Co. c. Effy Shipping Corp.* — *The «Effy»*, [1972] 1 Lloyd's Rep. 18 (Q.B. Com. Ct.), la cour a appliqué le raisonnement de *Tankexpress*. Dans l'affaire *The «Effy»*, une charte-partie accordait au propriétaire le droit de reprendre le navire si l'affréteur omet-

advance. The parties had mutually adopted and accepted the practice that the charterer would pay by notifying its Israeli bank to transfer funds to the owner's London bank via an American bank. Thus, as in *Tankexpress*, *supra*, the owner had not insisted on strict compliance with the method of payment set out in the contract. On one occasion, the charterer notified its bank to transfer the funds for a timely credit to be made to the owner's account. However, due to a bank error, the transfer was late. The Court found the case to be indistinguishable from *Tankexpress*.

84 Likewise, I am of the opinion that the facts surrounding the application of clause 11 in the case at bar are indistinguishable from *Tankexpress*. I again refer to the decision of Lord Du Parc in that case, at p. 59:

There is always a risk that a cheque may be lost in transit, especially when it has to cross the sea, and since all men, and even banks, are capable of error, it may, through some blunder, not be met, although there are funds to meet it. In either of these events the charterers would no doubt remain liable to pay the hire due, but in neither case would the delay in payment justify cancellation of the contract. . . . The risk of delay in the post was hardly more serious than the risk of delay in clearing the cheque. That these risks should be accepted by the owners is not surprising. [Emphasis added.]

85 The fact that the respondent accepted the practice of making payment by post-dated, uncertified cheques is inconsistent with its present insistence on strict compliance with the clause 11 requirement that the appellant pay only with cash or certified cheques on a given day. Lease payments were made under a modified arrangement, rather than under the strict terms set out in clause 11. The modified method of payment accepted by the parties involved a risk of delay in clearing the cheques. Such a delay in fact occurred because of an

tait d'effectuer à l'avance des versements mensuels en espèces. Les parties avaient adopté et accepté de concert la façon de procéder suivant laquelle l'affrètement paierait en demandant à sa banque israélienne de transférer des fonds à la banque du propriétaire, à Londres, par l'entremise d'une banque américaine. Ainsi, comme dans l'affaire *Tankexpress*, précitée, le propriétaire n'avait pas insisté pour que le mode de paiement énoncé au contrat soit rigoureusement respecté. À une occasion, l'affrètement a demandé à sa banque de transférer les fonds pour qu'un crédit soit porté en temps utile au compte du propriétaire. Cependant, en raison d'une erreur de la banque, le transfert a été effectué en retard. La cour a conclu que l'affaire ne pouvait pas être distinguée de l'affaire *Tankexpress*.

De même, je suis d'avis que les faits entourant l'application de l'article 11 en l'espèce ne peuvent pas être distingués de ceux de *Tankexpress*. Là encore, je renvoie aux motifs exposés par lord Du Parc dans cette affaire, à la p. 59:

[TRADUCTION] Un chèque risque toujours de se perdre pendant qu'il est en cours de compensation, surtout lorsqu'il doit franchir l'océan et, étant donné que tous les êtres humains, même les banques, sont susceptibles de commettre des erreurs, il se peut qu'à la suite d'une bêtise quelconque le chèque ne soit pas honoré, même si des fonds sont disponibles pour le faire. Quoi qu'il advienne, il ne fait aucun doute que les affrètement seraient toujours tenus de payer les frais d'affrètement applicables, mais dans l'un et l'autre cas, le retard du paiement ne justifierait pas l'annulation du contrat. [. . .] Le risque de courrier en retard n'était guère plus élevé que le risque de compensation tardive du chèque. Il n'est pas étonnant que les propriétaires doivent accepter ces risques. [Je souligne.]

L'acceptation par l'intimée du mode de paiement par chèques postdatés non certifiés est incompatible avec le fait qu'elle insiste maintenant pour que soit rigoureusement respectée l'exigence de l'article 11 que l'appelante la paye seulement en espèces ou par chèques certifiés, à une date déterminée. Les versements de loyer ont été faits conformément à une entente modifiée plutôt que selon les modalités strictes de l'article 11. Le mode de paiement modifié accepté par les parties comportait un risque de compensation tardive des chèques.

error by a bank employee. The respondent must bear the consequences of this risk equally with the appellant because it materialized as a result of their mutually accepted alteration of the strict terms of the agreement. The respondent cannot now insist that the option clause, which makes the availability of the option dependent on the performance of the written terms of the charter party, be strictly applied to the appellant's late payment under the modified arrangement.

In *Tankexpress*, great emphasis was put on two facts: there were sufficient funds available in the account to cover the cheque on the due date; and the charterer had no reason to expect that those funds would be delayed in reaching the owner. Similarly, in the present case, the appellant had sufficient funds in its account to cover its cheque and had no reason to suspect a bank error might delay payment of those funds to the respondent. The appellant always had the intention to pay on time and took all the steps that it could reasonably have been expected to take given the modified payment arrangement into which the parties had entered. What is more, upon being notified by the respondent that its cheque had been refused, the appellant promptly paid the amount due plus interest in accordance with the respondent's instructions. The appellant also made all of the remaining payments under the charter party on time. Under these circumstances, I would conclude that the appellant substantially performed its modified clause 11 obligations.

Conclusion

I have come to the conclusion that the appellant has substantially performed its obligations under the charter party. The trial judge was not asked to consider the possible application of relief against forfeiture, forbearance or promissory estoppel. I will therefore not discuss these remedies. As just mentioned, the respondent has no right to cancel the appellant's option to purchase the vessel in the

En fait, un tel retard s'est produit en raison d'une erreur commise par un employé de banque. L'intimée doit assumer les conséquences de ce risque au même titre que l'appelante, car ce dernier s'est matérialisé à la suite d'une modification, acceptée par les deux parties, des modalités strictes de l'entente. L'intimée ne saurait désormais insister pour que la clause d'option, qui a assujéti la levée de l'option à l'exécution des modalités écrites de la charte-partie, soit rigoureusement appliquée au versement tardif que l'appelante a fait en vertu de l'entente modifiée.

Dans *Tankexpress*, on a beaucoup insisté sur deux faits: il y avait suffisamment de fonds dans le compte pour couvrir le chèque à la date d'échéance, et l'affrètement n'avait aucune raison de s'attendre à ce que ces fonds tardent à parvenir au propriétaire. De même, en l'espèce, l'appelante avait suffisamment de fonds dans son compte pour couvrir son chèque, et elle n'avait aucune raison de s'attendre à ce qu'une erreur bancaire puisse retarder le versement de ces fonds à l'intimée. L'appelante a toujours eu l'intention de payer à temps et elle a pris toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle prenne, compte tenu de l'entente de paiement modifiée intervenue entre les parties. Qui plus est, après avoir été avisée par l'intimée que son chèque avait été refusé, l'appelante s'est empressée de verser à l'intimée la somme qu'elle lui devait, en plus des intérêts courus, conformément aux directives de celle-ci. L'appelante a également fait à temps tous les versements qu'il lui restait à faire en vertu de la charte-partie. Dans ces circonstances, je suis d'avis de conclure que l'appelante a exécuté substantiellement les obligations modifiées qui lui incombaient en vertu de l'article 11.

Conclusion

J'en suis venu à la conclusion que l'appelante a substantiellement exécuté les obligations qui lui incombaient en vertu de la charte-partie. Il n'a pas été demandé au juge de première instance d'examiner l'application possible de recours contre la déchéance d'un droit, l'abstention de l'exercer et la préclusion promissive. Je n'aborderai donc pas ces recours. Comme nous venons de le voir, l'inti-

86

87

present case. This result is consistent with the true intentions of these parties as revealed by all of the circumstances and with the applicable policy reasons. The respondent has received a significant benefit from the appellant's defective performance which it cannot restore. Furthermore, there is no proportionality between the impact of the appellant's defective performance on the respondent and the benefit the appellant will lose if the respondent is permitted to void the option. The deficient performance did not give rise to uncertainty because there was no reason for the respondent to believe that the single late payment, which was caused by a bank error rather than any fault of the appellant, would put future lease payments in doubt. The concern of the Court in this instance must be with fairness. On the facts of this case, the respondent was simply not deprived of what it bargained for.

Disposition

88 The appeal was allowed, with costs throughout, in a decision rendered from the bench on October 9, 1998.

The following are the reasons delivered by

89 BINNIE J. — I agree with my colleagues that this appeal must be allowed. I would not, however, with respect, invoke the doctrine of substantial performance. As Justice Bastarache makes clear in his reasons (at paras. 25 and 50), the question whether a contractual term is satisfied by substantial performance, or whether strict (or “complete” or “exact”) performance is required, is a matter of interpretation. Everything turns on the intention of the parties as expressed (in this case) in the charter party. A concise statement of the rule is found in *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1998), vol. 9(1), at para. 924: “It has been said to be a question of construction in each case whether the parties intended that this doctrine [of substantial performance] should apply or that there should be complete and exact performance”. Here, the con-

mée n’a, en l’espèce, aucun droit d’annuler l’option d’achat du navire par l’appelante. Cela est conforme à l’intention véritable de ces parties, qui ressort de l’ensemble des circonstances, ainsi qu’aux principes applicables. L’intimée a retiré un avantage important de l’exécution défectueuse de l’appelante, avantage qu’elle n’est pas en mesure de restituer. De plus, il n’y a aucune mesure entre l’effet de l’exécution défectueuse de l’appelante sur l’intimée et l’avantage que l’appelante perdra s’il est permis à l’intimée d’annuler l’option. L’exécution défectueuse n’a créé aucune incertitude car l’intimée n’avait aucune raison de croire qu’un seul paiement tardif, dû à l’erreur d’une banque plutôt qu’à la faute de l’appelante, aurait pour effet de remettre en cause les futurs versements de loyer. En l’espèce, notre Cour doit avoir un souci d’équité. Il ressort des faits de la présente affaire que l’intimée n’a tout simplement pas été privée de ce qu’elle avait négocié.

Dispositif

Le pourvoi a été accueilli avec dépens dans toutes les cours dans une décision rendue à l’audience du 9 octobre 1998.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE — À l’instar de mes collègues, j’estime que le présent pourvoi doit être accueilli. En toute déférence, cependant, je n’invoque pas la théorie de l’exécution substantielle. Comme le juge Bastarache l’explique clairement dans ses motifs (aux par. 25 et 50), la question de savoir si une clause contractuelle est respectée par l’exécution substantielle, ou si l’exécution stricte (ou encore «complète» ou «à la lettre») est requise, est une question d’interprétation. Tout dépend de l’intention des parties qui est exprimée (en l’espèce) dans la charte-partie. La règle est énoncée de façon concise dans *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1998), vol. 9(1), au par. 924: [TRADUCTION] «On a dit que, dans chaque cas, il s’agit de savoir si les parties ont voulu que cette théorie [de l’exécution substantielle] s’applique ou qu’il y ait exécution complète et à la lettre». En l’espèce, les parties contractantes ont stipulé que l’exécution de «toutes

tracting parties stipulated “full performance” as a condition precedent to the exercise of the option:

Option to Purchase

30. Subject to full performance of all its obligations in this Charter Party including but not limited to payments being made promptly and in accordance with the schedule of Clause 10 throughout this Agreement, the Charterer shall have an option to purchase the vessel. . . . [Emphasis added.]

The stipulation that the appellant’s option to purchase the *Challenge One* was “[s]ubject to full performance of all its obligations in this Charter Party” (emphasis added) should be respected by the courts. The words “all its obligations” refer to all of the things required under the contract, and the words “full performance” must therefore refer to the sufficiency of performance of each of them. If the contracting parties had deliberately set out to exclude the doctrine of substantial performance from their contractual arrangement, I do not know what words they could have found to make their intention any clearer. Substantial performance is less than full performance, according to the ordinary meaning of the words.

There is good reason why the parties specified full performance. So long as the option was outstanding, the vessel owners were disabled from selling their ship to anyone but the charterer, yet the charterer was under no reciprocal obligation to buy unless and until the option was exercised. As Lord Diplock put it in *United Scientific Holdings Ltd. v. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904 (H.L.), at p. 929, “the grantor [of the option] needs to know with certainty the moment when [the disability from selling the ship] has come to an end”. This, I believe, is the commercial rationale for the strict interpretation of options endorsed by Duff C.J. in *Pierce v. Empey*, [1939] S.C.R. 247, at p. 252. My colleague suggests that *Pierce* can be explained on the basis that the option in that case could be characterized as a unilateral contract. However, an option is a unilateral obligation, irre-

les obligations» serait une condition préalable à la levée de l’option:

[TRADUCTION]

Option d’achat

30. À la condition qu’il exécute toutes les obligations que la présente charte-partie met à sa charge, et notamment qu’il fasse les versements prévus promptement et en conformité avec l’échéancier de l’article 10 pendant toute la durée du contrat, l’affrèteur a l’option d’acheter le navire . . . [Je souligne.]

Les tribunaux devraient respecter la stipulation que l’option d’achat du *Challenge One* par l’appelante était assujettie «[à] la condition qu’[elle] exécute toutes les obligations que la présente charte-partie met à sa charge» (je souligne). Les mots «toutes les obligations» visent tout ce que prescrit le contrat, et les mots «exécute toutes les obligations» doivent donc viser le caractère suffisant de l’exécution de chacune d’elles. Si les parties contractantes avaient délibérément cherché à exclure la théorie de l’exécution substantielle de leur entente contractuelle, j’ignore quels mots elles auraient pu utiliser pour rendre leur intention plus claire. L’exécution substantielle est moindre que l’exécution de toutes les obligations, selon le sens ordinaire de ces mots.

Les parties ont précisé que toutes les obligations devraient être exécutées pour une bonne raison. Tant que l’option serait en vigueur, les propriétaires du navire ne pourraient le vendre à personne d’autre que l’affrèteur, encore est-il que ce dernier n’avait aucune obligation réciproque de l’acheter, sauf si l’option était levée. Comme lord Diplock l’a précisé dans *United Scientific Holdings Ltd. c. Burnley Borough Council*, [1978] A.C. 904 (H.L.), à la p. 929, [TRADUCTION] «le donneur [de l’option] doit connaître avec certitude le moment où [l’incapacité de vendre le navire] prend fin». Je crois que c’est la raison d’être commerciale de l’interprétation stricte des options, approuvée par le juge en chef Duff dans *Pierce c. Empey*, [1939] R.C.S. 247, à la p. 252. Mon collègue laisse entendre que l’arrêt *Pierce* peut s’expliquer par le fait que l’option, dans cette affaire, pouvait être quali-

90

91

spective of whether it is contained in a unilateral or a bilateral contract: *United Dominions Trust (Commercial), Ltd. v. Eagle Aircraft Services, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 104 (C.A.), *per* Diplock L.J., at p. 110:

While, for simplicity in analysing the relevant differences in legal character, I have spoken of synallagmatic [i.e., bilateral or multilateral] and unilateral or “if” *contracts*, it would be more accurate to speak of synallagmatic and unilateral obligations, for obligations of these two different kinds are often contained in a single agreement, as where a lease contains an option for renewal. [Italics in original; underlining added.]

It is the unilateral nature of the obligation rather than the nature of the contract that is the key to the strict interpretation of options. It is not without significance that in this case the parties stipulated for “full performance” *in relation to the exercise of the option* (i.e., by including the stipulation in the option clause itself) rather than in relation to their contract generally. The parties thereby made it clear that whatever consequences may flow from deficient performance of the clauses in question in terms of the ongoing charter of the vessel, such clauses would have to be fully performed if the vessel owners were to continue to be disabled from selling the vessel to third parties by the option.

fiée de contrat unilatéral. Toutefois, une option est une obligation unilatérale, peu importe qu’elle figure dans un contrat unilatéral ou dans un contrat bilatéral: *United Dominions Trust (Commercial), Ltd. c. Eagle Aircraft Services, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 104 (C.A.), le lord juge Diplock, à la p. 110:

[TRADUCTION] Bien que, pour simplifier l’analyse des différences pertinentes sur le plan de la nature juridique, j’aie parlé de *contrats* synallagmatiques [c.-à.-d., bilatéraux ou multilatéraux] et unilatéraux ou «conditionnels», il serait plus exact de parler d’obligations synallagmatiques et unilatérales, car ces deux catégories différentes d’obligations figurent souvent dans une seule entente, comme dans le cas d’un bail assorti d’une option de renouvellement. [En italique dans l’original; je souligne.]

C’est la nature unilatérale de l’obligation plutôt que la nature du contrat qui est la clé de l’interprétation stricte des options. Il n’est pas sans importance, en l’espèce, que les parties aient stipulé l’exécution de «toutes les obligations» *relative-ment à la levée de l’option* (c’est-à-dire en incluant cette stipulation dans la clause d’option même) plutôt que relativement à leur contrat en général. Les parties ont, de ce fait, précisé que peu importe les conséquences que l’exécution défectueuse des clauses en question pourrait avoir sur l’affrètement en cours du navire, ces clauses devraient être exécutées intégralement pour que l’option continue d’empêcher les propriétaires du navire de le vendre à des tiers.

92

There are good policy reasons to support the approach taken by Duff C.J. in *Pierce* and to respect the decision of the parties in this case to call for “full” performance in relation to the exercise of the option. Owners have a business need to know exactly where they stand in that regard, as pointed out by Lord Diplock. Determining “full” performance is not without difficulty, but attempting to predict what a court would consider to be “substantial” performance of a condition precedent on the facts of a particular case adds unnecessarily to commercial uncertainty. I agree with my colleagues that in some contracts the parties may be interpreted to have agreed to the preconditions to the option being governed by the more flexible

Il y a de bonnes raisons de principe d’appuyer le point de vue adopté par le juge en chef Duff dans *Pierce*, et de respecter la décision des parties en l’espèce d’exiger l’exécution «de toutes les obligations» relativement à la levée de l’option. Les propriétaires ont besoin, sur le plan commercial, de connaître la situation dans laquelle ils se trouvent à cet égard, comme l’a souligné lord Diplock. Déterminer ce qui constitue l’exécution de «toutes les obligations» ne se fait pas sans difficulté, mais tenter de prédire ce qu’un tribunal considérera comme l’exécution «substantielle» d’une condition préalable, selon les faits d’une affaire particulière, augmente inutilement l’incertitude sur le plan commercial. Je conviens avec mes collègues que,

standard of “substantial” performance. They did not do so here.

Despite the different view I take of the proper interpretation of the contract, I agree that the appeal must be allowed. When the terms of the charter party, properly construed, are applied to the facts found by the trial judge, I believe that the requirements of Duff C.J. in *Pierce* are met, namely that the conditions precedent to the exercise of the option were satisfied or that the “holder of the option is on some equitable ground relieved from the strict fulfilment of them” (p. 252).

While, as stated, I accept the trial judge’s findings of fact, his interpretation of the legal obligations created by the charter party raises questions of law or mixed questions of fact and law properly reviewable in this Court (see: *Dominion Grange Mutual Fire Insurance Association v. Bradt* (1895), 25 S.C.R. 154, at p. 161; *Regina Industries Ltd. v. City of Regina*, [1947] S.C.R. 345, at p. 354). I agree with my colleague, for the reasons he gives in para. 59, that the courts below were not entitled to rewrite the option to refer to clause 11 instead of clause 10. Clause 10 was performed in full. In any event, the owners were estopped from relying on non-compliance with clause 11 because they accepted an alternate payment arrangement which clearly carried with it the risk of the very type of bank error that in fact materialized. The possibility of such an estoppel was expressly contemplated in *Pierce, supra*. Finally, as to clause 25, the courts below were wrong to read an obligation to furnish copies of log books into a clause which provided for no such thing. The log books were kept aboard the vessel in accordance with s. 261 of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9, and

dans certains contrats, il est possible de considérer que les parties ont accepté que les conditions préalables de l’option soient régies par le critère plus souple de l’exécution «substantielle». Elles ne l’ont pas fait en l’espèce.

Malgré ma divergence d’opinion quant à la bonne façon d’interpréter le contrat, je conviens que le pourvoi doit être accueilli. Quand les modalités de la charte-partie, correctement interprétées, sont appliquées aux faits constatés par le juge de première instance, j’estime que les exigences formulées par le juge en chef Duff dans l’arrêt *Pierce* sont respectées, savoir que les conditions préalables à la levée de l’option ont été remplies ou que le [TRADUCTION] «titulaire de l’option [est] dispensé de les remplir rigoureusement pour un motif reconnu en *equity*» (p. 252).

Bien que, comme nous l’avons vu, j’accepte les conclusions de fait du juge de première instance, son interprétation des obligations légales créées par la charte-partie soulève des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qui peuvent être examinées, à juste titre, par notre Cour (voir: *Dominion Grange Mutual Fire Insurance Association c. Bradt* (1895), 25 R.C.S. 154, à la p. 161; *Regina Industries Ltd. c. City of Regina*, [1947] R.C.S. 345, à la p. 354). Je partage l’avis de mon collègue, pour les motifs qu’il expose au par. 59, que les tribunaux d’instance inférieure n’avaient pas le droit de récrire l’option de manière à ce qu’elle renvoie à l’article 11 plutôt qu’à l’article 10. Toutes les obligations prévues à l’article 10 ont été exécutées. Quoiqu’il en soit, les propriétaires n’étaient pas admis à invoquer l’inobservation de l’article 11, parce qu’ils avaient souscrit à une autre entente de paiement qui comportait nettement le genre même de risque d’erreur bancaire qui s’est effectivement matérialisé. La possibilité d’une telle préclusion a été expressément envisagée dans l’arrêt *Pierce*, précité. Enfin, en ce qui concerne l’article 25, les tribunaux d’instance inférieure ont eu tort de considérer qu’un article qui ne contenait aucune disposition en ce sens imposait l’obligation de fournir des copies des journaux de bord. Les journaux de bord étaient tenus à bord du navire conformément à l’art. 261 de la *Loi sur la*

93

94

would have been “supplied” to the owners at that place if and when the owners had turned up.

marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, et ils auraient été «remis» aux propriétaires à cet endroit si ces derniers s’y étaient présentés.

95

On a proper interpretation of the charter party the conditions precedent to the exercise of the option were therefore satisfied in “full” (or, in the instance of the banking arrangements, the owners were estopped from saying otherwise), and I thus agree with the conclusion of my colleagues that the charterers were entitled to exercise the option. Therefore, the appeal must be allowed.

Suivant une interprétation correcte de la charte-partie, les conditions préalables à la levée de l’option étaient donc «toutes» remplies (ou, dans le cas des ententes bancaires, les propriétaires n’étaient pas admis à affirmer le contraire), et je souscris ainsi à la conclusion de mes collègues que les affrêteurs avaient le droit de lever l’option. Par conséquent, le pourvoi doit être accueilli.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitor for the appellant: Elizabeth M. Heneghan, St. John’s.

Procureur de l’appelante: Elizabeth M. Heneghan, St. John’s.

Solicitor for the respondents: Alain R. Pilotte Law Office, Montréal.

Procureur des intimés: Étude légale Alain R. Pilotte, Montréal.