

H. F. Clarke Limited *Appellant*;

and

Thermidaire Corporation Limited
Respondent.

1974: January 28, 29, 30; 1974: October 1.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Spence and Dickson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contract—Restrictive covenant—Measure of liquidated damages—Whether formula reasonable or penalty—Construction of covenant in restraint of trade—Scope of covenant—Limitation of operation of covenant by construction or rectification.

In January 1966, the parties entered into a written contract constituting the appellant as from January 1, 1966, the exclusive distributor of the respondent's products (as defined) in a specified area of Canada comprising the larger part of the country. This contract which replaced an earlier one under which there were two restrictive covenants, one respecting competition during the currency of the contract and the second respecting competition during the three year period after termination or cancellation, showed one marked variation in the successor covenants in that the 1966 covenant dealing with sale of competitive products omitted the references to the three year period and to the territory. The covenant dealing with Termination of Agreement by Clarke in neither case made reference to territory but provided for liquidated damages payable by Clarke to Thermidaire of an amount equal to the gross trading profit realised through the sale of competitive products. The contract was terminated by Thermidaire and it was the appellant which initiated suit claiming damages for wrongful termination of the contract. Thermidaire counter-claimed for damages under the covenants against competition. The appellant discontinued its action and the trial of the counter-claim began well after the expiry of the three-year period within which the post-contract covenant was effective. The appellant had continued to sell competitive products contrary to the terms of the covenant and put itself at risk of having to account under the formula for post-contract damages. The respondent however did not seek an interim injunction and while the prayer for relief in the counter-claim did ask for an injunction by the time the action came on for trial there was no longer any basis for one.

H. F. Clarke Limited *Appelante*;

et

Thermidaire Corporation Limited *Intimée*.

1974: les 28, 29 et 30 janvier; 1974: le 1^{er} octobre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Spence et Dickson.

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

Contrat—Clause restrictive—Mesure des dommages liquidés—S'agit-il d'une formule raisonnable ou d'une pénalité?—Interprétation de la clause restrictive de commerce—Portée de la clause—Limitation d'application de la clause par interprétation ou par rectification.

En janvier 1966, les parties ont passé un contrat qui faisait de l'appelante, à compter du 1^{er} janvier 1966, le distributeur exclusif des produits de l'intimée (tels que définis) dans une région spécifiée du Canada qui comprenait la plus grande partie du pays. Ce contrat qui remplaçait un contrat antérieur en vertu duquel les deux clauses restrictives, dont une avait trait à la concurrence pendant la période d'application du contrat et l'autre à la concurrence durant les trois années suivant la résiliation ou l'annulation du contrat, révélaient une différence marquée en regard des clauses qui ont suivi en ce que la clause de 1966 portant sur la vente des produits concurrents ne faisait aucune mention de la période de trois ans et du territoire. La clause portant sur la «Résiliation de l'accord par Clarke» ne mentionnait pas, dans les deux cas, la question du territoire mais elle prévoyait le paiement par Clarke, en dommages-intérêts liquidés, d'un montant égal aux bénéfices bruts d'exploitation réalisés par la vente des produits concurrents. Le contrat a été résilié par Thermidaire et c'est l'appelante qui a commencé les poursuites, réclamant des dommages-intérêts pour la résiliation illicite du contrat. Thermidaire fit une demande reconventionnelle en dommages-intérêts en vertu des clauses de non-concurrence. L'appelante discontinua son action et l'instruction de la demande reconventionnelle commença bien après l'expiration de la période de trois ans durant laquelle la clause post-contractuelle était en vigueur. L'appelante avait continué à vendre des produits concurrents après la résiliation du contrat et s'était placée dans une situation où elle risquait d'avoir à rendre compte sous le régime de la formule concernant les dommages post-contractuels. Cependant, l'intimée n'a pas cherché à obtenir une injonction provisoire et même si les conclusions de la demande reconventionnelle demandaient une injonction, celle-ci n'avait plus raison d'être lorsque le procès a eu lieu.

Both the trial judge and the Court of Appeal found the contracts, either as rectified or as limited by construction as to territory, reasonable *inter partes* and consonant with the public interest. The trial judge also found and the Court of Appeal affirmed that Clarke had broken the contract during its currency by selling competitive products (other than those of the respondent) and had also broken the covenant against post-contract competition. These findings and the finding that the respondent was entitled to terminate the contract were not contested thereafter.

As to damages, the trial judge found that the contractual formula of gross trading profit as a measure was business-like and reasonable, as did the Court of Appeal, despite the fact that it was accepted in the Court of Appeal that the damages would reach \$200,000.

Held (Martland and Dickson JJ. dissenting): The appeal should be allowed with costs.

Per Laskin C.J. and Judson and Spence JJ.: Three points were in issue, first, the validity of the covenants by reason of their alleged unlimited scope, second, the main issue of whether the formula fixing damages for breach of covenant in the post-contract period establishes a measure of liquidated damages or is a penalty against which relief must be given, and, third, whether certain products should not be taken into account in assessing damages.

Neither of the covenants against competition referred to a territorial limitation and rectification was sought on the ground of mutual mistake, and, while the trial judge found them enforceable without granting rectification, the Court of Appeal allowed the cross-appeal as to rectification and qualified their operation by including therein the words "in the territory". Without interfering with the view taken by the Court of Appeal, reasonable construction of the covenants would, in the absence of indication to the contrary, have limited them to that territory in any event. The covenants having been by construction or rectification limited as to territory the appellants failed also in any challenge to the covenants as being in unreasonable restraint of trade.

Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux statué que les contrats, tels que rectifiés ou tels que limités par interprétation quant au territoire, étaient raisonnables *inter partes* et en accord avec l'intérêt public soit tels que rectifiés soit tels que limités par l'interprétation relative au territoire. Le juge de première instance a conclu, et la Cour d'appel confirmé, que Clarke avait brisé le contrat durant sa période d'application en vendant des produits concurrents (autres que ceux de l'intimée), et avait également violé la clause interdisant la concurrence post-contractuelle. Ces conclusions et la conclusion selon laquelle l'intimée avait le droit de résilier le contrat n'ont pas été contestées par la suite.

«Quant aux dommages-intérêts, le juge de première instance a conclu que la formule de bénéfices bruts d'exploitation comme mesure était propre aux affaires et raisonnable comme l'a fait la Cour d'appel malgré qu'il ait été accepté en Cour d'appel que les dommages-intérêts s'élèveraient à \$200,000.

Arrêt (les juges Martland et Dickson étant dissidents): Le pourvoi doit être accueilli avec dépens.

Le juge en chef Laskin et les juges Judson et Spence: Trois points étaient en litige, premièrement, la validité des clauses en regard de ce qu'on allègue être leur portée illimitée, deuxièmement, la principale question en litige, de savoir si la formule fixant les dommages-intérêts pour violation de la clause durant la période post-contractuelle établit une mesure des dommages liquidés ou constitue une pénalité contre laquelle un recours doit être octroyé, et, troisièmement, de savoir si certains produits ne devraient pas être pris en ligne de compte dans l'évaluation des dommages-intérêts.

Ni l'une ni l'autre des clauses de non-concurrence ne faisaient mention d'une limitation territoriale et la rectification a été demandée pour motif d'erreur mutuelle, et, alors que le juge de première instance les jugeait exécutoires sans rectification, la Cour d'appel accueillait l'appel incident relatif à la rectification et atténuait leur application par l'inclusion des mots «dans le Territoire». Sans modifier la position prise par la Cour d'appel, une interprétation raisonnable des clauses aurait restreint, en l'absence d'indications contraires, leur application à ce territoire-là de toute façon. Les clauses ayant été restreintes territorialement par interprétation ou par rectification, l'appelante a également échoué dans toute contestation des clauses pour motif de restriction déraisonnable du commerce.

As to whether the formula fixing damages was in the circumstances a penalty, while it is always open to parties to make such a pre-determination of damages or their measure this must yield to judicial appraisal of its reasonableness. The doctrine that a sum will be held to be a penalty if extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach is well established and does not lose its force in cases where exact calculation or pre-estimation is difficult. In the present case the stipulation for liquidated damages (of which the estimated loss of net profits of respondent is only 40 per cent) was disproportionate and unreasonable. The respondent was however entitled to recover its provable damages for breach of covenant.

The submission by the appellant that sales of certain products ought not to be taken into account should be rejected as it was in the courts below.

Per Martland and Dickson JJ. dissenting: The appeal should be dismissed with costs for the unanimous reasons given by the Court of Appeal.

[*Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*, [1915] A.C. 79; *Clydebank Engineering & Shipbuilding Co. Ltd. et al. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castaneda et al.*, [1905] A.C. 6 appld.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, dismissing an appeal from a judgment of Wilson J. at trial. Appeal allowed with costs, Martland and Dickson JJ. dissenting.

J. J. Fitzpatrick, Q.C., and *H. Ross*, for the appellant.

C. E. Woolcombe, Q.C., and *D. H. Sandler*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Judson and Spence JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—There are three points in this appeal, which concerns the enforceability, under an exclusive distributorship contract, of covenants against competition during the currency of the contract and for three years after its lawful

Quant à savoir si la formule fixant les dommages-intérêts constituait dans les circonstances une pénalité, alors que les parties peuvent toujours préétablir les dommages ou la mesure de ceux-ci, cela ne peut se soustraire au pouvoir des tribunaux d'en apprécier le caractère raisonnable. La théorie voulant que la somme sera jugée être une pénalité si elle est extravagante et exorbitante en comparaison de la plus grande perte qui pourrait concevablement être prouvée comme conséquence de la violation est bien établie et ne perd pas sa force dans des affaires où un calcul exact, ou une estimation anticipée, s'avèrent difficiles. En l'espèce, la stipulation prévoyant des dommages liquidés (desquels la perte de bénéfices nets estimative de l'intimée n'est que d'environ 40 pour cent) était disproportionnée et déraisonnable. Cependant, l'intimée a eu le droit de recouvrer ses dommages prouvables découlant de la violation de la clause.

La prétention de l'appelante que les ventes de certains produits ne devraient pas être prises en ligne de compte doit être rejetée comme elle l'a été par les cours d'instance inférieure.

Les juges Martland et Dickson, dissidents: L'appel devrait être rejeté avec dépens pour les motifs unanimes de la Cour d'appel.

[Arrêts appliqués: *Dunlop Pneumatic tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*, [1915] A.C. 79; *Clydebank Engineering & Shipbuilding Co. Ltd. et al. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castaneda et al.*, [1905] A.C. 6.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹, rejetant un appel interjeté à l'encontre d'un jugement de première instance prononcé par le juge Wilson. Pourvoi accueilli avec dépens, les juges Martland et Dickson étant dissidents.

J. J. Fitzpatrick c.r., et *H. Ross*, pour l'appelante.

C. E. Woolcombe c.r., et *D. H. Sandler*, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Judson et Spence a été rendu par

LE JUGE EN CHEF—Trois points se trouvent soulevés en ce pourvoi, qui porte sur le caractère exécutoire, sous le régime d'un contrat de concession exclusive de distribution, de clauses interdisant la concurrence pour la période d'application

¹ [1973] 2 O.R. 57.

¹ [1973] 2 O.R. 57.

termination. The first point relates to the validity of the covenants by reason of their alleged unlimited scope. Secondly, there is an important issue, which in my opinion is the main issue, whether the formula fixing damages for breach of the covenant in the specified post-contract period establishes the measure of liquidated damages or is in reality a penalty against which relief must be given. The third point relates to certain products which, on the appellant's contention, should not be taken into account in assessing damages. Although the appellant also questioned the reference as to damages, directed by the trial judge and affirmed by the Court of Appeal, it being its contention that the assessment should be by a judge of the Supreme Court of Ontario, I would not interfere with this direction if the right to damages should be confirmed by this Court.

The contract which is the subject of this litigation was dated January 14, 1966, and as amended shortly thereafter, it constituted the appellant, as from January 1, 1966, the exclusive distributor of the respondent's products (as defined) in a specified area of Canada, embracing the larger part of Canada from Ontario to the west coast and including the North West Territories and part of Quebec but excluding the eastern part of Quebec and the four Atlantic provinces. This contract replaced an earlier one under which the two covenants against competition, one respecting competition during the currency of the contract, and the second respecting competition during the three year period after termination or cancellation of the contract showed one marked variation from the successor covenants. Article 7 of the first contract of January 20, 1964, provided as follows:

7. Sale of Competitive Products

Distributor undertakes and agrees that during the currency of this Agreement and for a period of three (3) years after the termination hereof, as herein provided, neither it nor any company

du contrat et pour trois ans après sa résiliation licite. Le premier point a trait à la validité des clauses en regard de ce que l'on allègue être leur portée illimitée. Deuxièmement, une importante question se pose, qui à mon avis est la principale question en litige, de savoir si la formule fixant les dommages-intérêts pour violation de la clause durant la période post-contractuelle spécifiée établit la mesure des dommages liquidés ou constitue en réalité une pénalité contre laquelle un recours doit être octroyé. Le troisième point a trait à certains produits qui, d'après la prétention de l'appelante, ne devraient pas être pris en ligne de compte dans l'évaluation des dommages-intérêts. Bien que l'appelante ait aussi mis en cause le renvoi relatif aux dommages-intérêts, prescrit par le juge de première instance et confirmé par la Cour d'appel, la prétention de l'appelante étant que l'évaluation doit être faite par un juge de la Cour suprême de l'Ontario, je ne modifierais pas cette prescription si le droit aux dommages-intérêts devait être confirmé par cette Cour.

Le contrat qui fait l'objet du litige est daté du 14 janvier 1966, et tel que modifié peu de temps après cette date il fait de l'appelante, à compter du 1^{er} janvier 1966, le distributeur exclusif des produits de l'intimée (tels que définis) dans une région spécifiée du Canada, comprenant la plus grande partie du Canada de l'Ontario jusqu'à la côte ouest et incluant les territoires du Nord-Ouest et une partie du Québec mais excluant la partie est du Québec et les quatre provinces de l'Atlantique. Ce contrat remplaçait un contrat antérieur en vertu duquel les deux clauses interdisant la concurrence, dont une avait trait à la concurrence pendant la période d'application du contrat et l'autre à la concurrence durant les trois années suivant la résiliation ou l'annulation du contrat, révélaient ce qui se trouvait être une différence marquée en regard des clauses qui ont suivi. L'article 7 du premier contrat du 20 janvier 1964 prévoyait ce qui suit:

[TRANSLATION]

7. Vente de produits concurrents

Le distributeur accepte et convient que durant la période d'application du présent accord et pour une période de trois (3) années après sa résiliation, tel que prévu aux présentes, le distributeur ni aucune

affiliated or associated with it shall sell competitive products in the Territory.

In the contract out of which this litigation arises, the references to the three year period and to the territory were left out, and the paragraph, numbered 7 as before, was in these words:

7. *Sale of Competitive Products*

Clarke undertakes and agrees that during the currency of this Agreement, neither it nor any company associated or affiliated with it shall manufacture, sell, cause to be manufactured or sold, products competitive to Thermidaire products.

Neither Article 14 of the first contract nor its successor Article 15 of the second contract, in restraining competition for three years after termination or cancellation made any reference to its operation in the territory of the distributorship. The two articles were substantially the same in their relevant particulars, and it is enough to reproduce the one that is in issue here. It reads as follows:

15. *Termination of Agreement by Clarke:* In the event of the termination or cancellation of this Agreement by, or caused by, Clarke, either by reason of its non-renewal by Clarke or by reason of any default on the part of Clarke or by reason of any violation or non-fulfilment of the conditions of this contract by Clarke and not remedied by Clarke as laid down in Section 12, including the grounds for termination specified in paragraph 19 hereof, Clarke further undertakes and agrees that neither it nor any company affiliated or associated with it will produce, sell or cause to be produced or sold, directly or indirectly, products competitive with Thermidaire Products for a period of three (3) years after the date of termination or cancellation. In the event of breach by Clarke of this covenant pertaining to competitive products, Clarke shall pay to Thermidaire by way of liquidated damages an amount equal to the gross trading profit realized through the sale of such competitive products.

Although neither of the covenants against competition referred to a territorial limitation on their ambit and rectification was sought on the ground of mutual mistake, the trial judge found them enforceable without granting rectification, it being

compagnie qui lui est affiliée ou associée ne vendront des produits concurrents dans le Territoire.

Dans le contrat dont découle le présent litige, les mentions de la période de trois ans et du territoire ont été omises, et le paragraphe, qui garde toujours le numéro 7, est dans les termes suivants:

[TRADUCTION]

7. *Vente de produits concurrents*

Clarke accepte et convient que durant la période d'application du présent accord, Clarke ni aucune compagnie qui lui est associée ou affiliée ne fabriqueront, vendront, feront fabriquer ou vendre, des produits faisant concurrence aux produits de Thermidaire.

Ni l'article 14 du premier contrat ni l'article 15 qui le remplace dans le second contrat ne font mention, en interdisant la concurrence pour les trois années suivant la résiliation ou l'annulation, de son application dans le territoire de distribution. Les deux articles sont substantiellement les mêmes dans leurs dispositions pertinentes, et il suffit de reproduire celui qui est présentement en litige. Il se lit comme suit:

[TRADUCTION] 15. *Résiliation de l'accord par Clarke:* Advenant la résiliation ou l'annulation du présent accord par Clarke ou à cause de Clarke, du fait du non-renouvellement de l'accord par Clarke ou du fait d'un manquement de la part de Clarke ou du fait d'une violation ou inexécution des conditions du présent contrat par Clarke qui n'a pas été réparée par Clarke comme prévu à l'Article 12, y compris des motifs de résiliation spécifiés au paragraphe 19 des présentes, Clarke accepte et convient en outre que Clarke ni aucune compagnie qui lui est affiliée ou associée ne produiront, vendront ou feront produire ou vendre, directement ou indirectement, pendant une période de trois (3) années après la date de la résiliation ou de l'annulation, des produits faisant concurrence aux produits de Thermidaire. Advenant violation par Clarke de la présente clause relative aux produits concurrents, Clarke devra payer à Thermidaire en dommages-intérêts liquidés un montant égal aux bénéfices bruts d'exploitation réalisés par la vente de tels produits concurrents.

Bien que ni l'une ni l'autre des clauses de non-concurrence ne font mention d'une limitation territoriale de leur portée, et qu'on ait demandé la rectification pour motif d'erreur mutuelle, le juge de première instance les a jugées exécutoires sans

his view that there was no mutual mistake. In the Court of Appeal, whose reasons were delivered by Brooke J.A., the cross-appeal as to rectification was allowed and the operation of the two covenants was qualified by including therein the words "in the Territory".

I am not disposed to interfere with the view on rectification taken by the Court of Appeal, but I do not think that the relief was necessary in view of the definition in the contract of the territory within which the distributorship was to operate. It seems to me that, in the absence of any indications in the covenants against competition that they were to operate outside the distributorship territory, reasonable construction would limit them to that territory. I do not find it compelling today to view the covenants against competition as if they were detached provisions and to seek thereby a basis of invalidation, especially when no claim was made by the covenantee for a wider application than the distributorship territory.

I need not embark here on any discussion of whether the two covenants, either as rectified or as limited by construction to operation only in the distributorship territory, are invalid as in unreasonable restraint of trade. Both the trial judge and the Court of Appeal found them to be reasonable *inter partes* and consonant with the public interest, and this conclusion was not questioned by the appellant save by reading the covenants as being unlimited in territorial ambit. In failing on this point they fail also in any challenge to the covenants as being in unreasonable restraint of trade.

This brings me to the second and, as I said, the main point in the appeal. The trial judge found, and the Court of Appeal confirmed, that the appellant Clarke had broken the contract during its currency by selling competitive products other than those of the respondent and that it had also broken the covenant against post-contract competition. These findings, and as well a finding that

accorder la rectification, étant d'avis qu'il n'y avait pas eu erreur mutuelle. En la Cour d'appel, dont les motifs ont été rédigés par le juge d'appel Brooke, l'appel incident relatif à la rectification a été accueilli et l'application des deux clauses a été atténuée par inclusion des mots «dans le Territoire».

Je ne suis pas prêt à modifier la position qu'a prise la Cour d'appel sur la rectification, mais je ne crois pas que le recours était nécessaire étant donné la définition dans le contrat du territoire dans lequel la distribution devait avoir lieu. Il me paraît que, en l'absence d'indications dans les clauses de non-concurrence qu'elles devaient s'appliquer en dehors du territoire de distribution, une interprétation raisonnable devrait restreindre leur application à ce territoire-là. Je n'estime pas qu'il faille aujourd'hui considérer les clauses de non-concurrence comme si elles étaient des dispositions détachées et chercher par là un fondement d'annulation, spécialement quand aucune réclamation n'a été faite par le créancier aux fins de leur donner une application plus vaste que le territoire de distribution.

Je n'ai pas à me lancer ici dans une discussion de la question de savoir si les deux clauses, soit telles que rectifiées soit telles que limitées par interprétation à l'application dans le territoire de distribution seulement, sont nulles pour motif de restriction déraisonnable du commerce. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont tous deux statué qu'elles étaient raisonnables *inter partes* et en accord avec l'intérêt public, et cette conclusion n'a pas été mise en doute par l'appelante sauf qu'elle a interprété les clauses comme étant illimitées sur le plan territorial. En échouant sur ce point l'appelante échoue également dans toute contestation des clauses pour motif de restriction déraisonnable du commerce.

Cela m'amène au deuxième et, je l'ai dit, principal point du pourvoi. Le juge de première instance a conclu, et la Cour d'appel confirmé, que l'appelante Clarke avait brisé le contrat durant sa période d'application en vendant des produits concurrents autres que ceux de l'intimée, et qu'elle avait également violé la clause interdisant la concurrence post-contractuelle. Ces conclusions, de

the respondent was entitled to terminate the contract before it had run its five-year period, were not contested in this Court by the appellant.

At the time the parties hereto commenced their business relationship the appellant was in the business of selling boilers in western Canada. The respondent from 1958 on concentrated on the manufacture and sale of water treatment products; and in agreeing to give the appellant the exclusive distributorship of its products in the defined territory it necessarily excluded itself from sales therein and thus depended on the appellant to keep its name and its reputation before the public in the territory. The appellant was not only precluded by the contract between the parties from selling products in the territory competitive to those of the respondent but was also subject to other supporting contractual obligations, such as being required to give the respondent upon request its list of customers, and various provisions respecting advertising and packaging.

It was the appellant which initiated suit, claiming damages for wrongful termination of the contract on January 19, 1967, by the respondent and the latter counterclaimed for damages under the covenants against competition. The action was brought on March 9, 1967, the statement of claim was delivered on April 10, 1967, and the defence and counterclaim on April 25, 1967. The appellant discontinued its action on April 29, 1968, and the trial of the counterclaim began on September 19, 1971, well after the expiry of the three-year period within which the post-contract covenant against competition was effective. The respondent did not seek an interim or interlocutory injunction, which it might have done promptly and thus avoided the running of some of the damages which it claimed in its suit. Its explanation, which is far from satisfactory, was that there was a serious question whether there was a breach of the agreement by the appellant and, even if there was a breach, whether it was not remedied. The prayer for relief in the counterclaim did ask for an injunction but, of course, by the time the action came on for trial

même qu'une conclusion selon laquelle l'intimée avait le droit de résilier le contrat avant que sa durée de cinq ans ne se fût écoulée, n'ont pas été contestées en cette Cour par l'appelante.

Au moment où les parties au pourvoi ont commencé leurs relations d'affaires, l'appelante était dans le commerce de la vente de chaudières et elle faisait affaires dans l'ouest du pays. L'intimée à partir de 1958 a concentré ses activités sur la fabrication et la vente de produits de traitement d'eau; et en convenant d'octroyer à l'appelante la concession exclusive de distribution de ses produits dans le territoire défini elle s'interdisait nécessairement le droit d'y faire des ventes et comptait ainsi sur l'appelante pour garder son nom et sa réputation devant le public dans le territoire. L'appelante n'était pas seulement empêchée par le contrat intervenu entre les parties de vendre dans le territoire des produits faisant concurrence à ceux de l'intimée mais aussi elle était liée par d'autres obligations contractuelles accessoires, comme par exemple l'obligation de donner à l'intimée sur demande sa liste de clients, et diverses dispositions concernant la réclame et l'emballage.

C'est l'appelante qui a commencé les poursuites, réclamant des dommages-intérêts pour résiliation illicite du contrat par l'intimée le 19 janvier 1967, et cette dernière a fait une demande reconventionnelle en dommages-intérêts en vertu des clauses de non-concurrence. L'action a été intentée le 9 mars 1967, la déclaration écrite a été déposée le 10 avril 1967 et la défense et demande reconventionnelle le 25 avril 1967. L'appelante a discontinué son action le 29 avril 1968, et l'instruction de la demande reconventionnelle a commencé le 19 septembre 1971, bien après l'expiration de la période de trois ans durant laquelle la clause de non-concurrence post-contractuelle était en vigueur. L'intimée n'a pas cherché à obtenir une injonction provisoire ou interlocutoire, ce qu'elle aurait pu faire promptement évitant ainsi la continuation de certains des dommages qu'elle réclamait dans sa demande. Son explication, qui est loin d'être satisfaisante, a été qu'on se demandait sérieusement s'il y avait eu violation de l'accord par l'appelante et, même s'il y avait eu violation, si elle n'avait été réparée. Les conclusions de la demande reconventionnelle

there was no longer any basis for one. Nonetheless, it was obvious from the record that the appellant continued to sell competitive products other than those of the respondent after the contract was terminated and thus put itself at the risk, which indeed materialized, of being called to account under the formula for post-contract damages. Notwithstanding this, no interlocutory injunction was sought by the respondent.

No question arises here as to the entitlement of the respondent to damages for breach of the covenant against competition during the currency of the contract (the covenant in this respect being enforceable), such damages being the loss suffered by the respondent by reason of sales by the appellant of products competitive with those of the respondent and not purchased from the respondent. The formula for assessing damages for breach of Article 15, the post-contract covenant, was however attacked as constituting a penalty rather than a measure of liquidated damages. It was accepted by counsel for the respective parties that the damages under the prescribed formula, namely, the gross trading profit realized by the covenantor on the sale of competitive products, would be about \$200,000. Counsel for the appellant pointed to the very modest, almost inconsequential, profits of the respondent for the ten-year period 1961 to 1970 inclusive. Indeed, it was contended that were it not for an interest free loan to the respondent by its president, there would have been a loss over the ten-year period of some \$86,000 if a realistic rate of interest had to be paid for the loan. To support its contention of the extravagance of the formula as a measure of liquidated damages, counsel for the appellant noted (although not accepting the sum as properly based) that the respondent had, in the alternative, claimed some \$92,000 as the amount of its actual loss of net profit over the three-year post-contract period.

The trial judge concluded that the formula of gross trading profit as the measure of liquidated

demandent une injonction mais, bien entendu, lorsque le procès a eu lieu une injonction n'avait plus de raison d'être. Néanmoins, il apparaissait clairement au dossier que l'appelante avait continué à vendre des produits concurrents autres que ceux de l'intimée après la résiliation du contrat et s'était ainsi placée dans une situation où elle risquait d'être appelée, ce qui s'est effectivement produit, à rendre des comptes sous le régime de la formule concernant les dommages post-contractuels. Nonobstant cela, l'intimée n'a cherché à obtenir aucune injonction interlocutoire.

Aucune question ne se pose ici relativement au droit de l'intimée à des dommages-intérêts pour violation de la clause de non-concurrence durant la période d'application du contrat (la clause à cet égard étant exécutoire), les dommages étant la perte subie par l'intimée par suite de ventes par l'appelante de produits faisant concurrence à ceux de l'intimée et ne lui ayant pas été achetés. La formule d'évaluation des dommages pour violation de l'article 15, la clause post-contractuelle, a cependant été contestée comme étant une pénalité plutôt qu'une mesure servant à liquider les dommages. Il a été concédé par les avocats des parties que les dommages sous le régime de la formule prescrite, soit les bénéfices bruts d'exploitation réalisés par le débiteur lors de la vente de produits concurrents, s'élèveraient à environ \$200,000. L'avocat de l'appelante a souligné les bénéfices très modestes, presque insignifiants, de l'intimée pour la période de dix ans allant de 1961 à 1970 inclusivement. On a même prétendu que si ce n'avait été d'un prêt sans intérêt fait à l'intimée par son président, il y aurait eu au cours de la période de dix ans une perte d'environ \$86,000 si un taux d'intérêt réaliste avait dû être payé pour le prêt. Pour appuyer sa prétention d'extravagance de la formule comme mesure de dommages liquidés, l'avocat de l'appelante a noté (bien que n'acceptant pas la somme comme régulièrement fondée) que l'intimée avait, comme conclusion de remplacement, réclamé environ \$92,000 comme montant de sa perte véritable de bénéfices nets au cours de la période post-contractuelle de trois ans.

Le juge de première instance a conclu que la formule de bénéfices bruts d'exploitation adoptée

damages was a business-like and reasonable one, but this conclusion was associated with an apparent belief that the damages according to this formula would be small. The Court of Appeal accepted, as did counsel, that they would reach \$200,000, but it held nonetheless that the formula, in the circumstances, was "one designed for the determination of liquidated damages in the truest sense and . . . therefore enforceable".

Although there was only brief consideration in the reasons of the trial judge of the issue whether the provision for liquidated damages (so termed by the parties in their contract) was not in substance a penalty and hence unenforceable, the Court of Appeal addressed itself to this issue at some length. I think it important to appreciate that we are dealing here with a not very usual case (so far as reported decisions go) where the pre-estimate of damages was not a fixed sum (as was the situation in the leading English case of *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*²) but was based upon a formula which when applied necessarily yielded a result far in excess of loss of net profits. Gross trading profit, in the words of the trial judge, "means the difference between the net selling prices of the goods and their laid down cost", the laid down cost being the seller's invoice price plus transportation charges to put the goods on the purchaser's shelves. In the words of the Court of Appeal, "the term 'gross trading profit' is profit after cost of sales but before costs customarily deducted to determine net profit".

The contract in this case was lawfully terminated by the respondent on January 19, 1967, and the three-year post-contract covenant against competition ran from that date. The appellant admitted in a letter from its president, dated January 16, 1967,

² [1915] A.C. 79.

comme mesure des dommages liquidés était propre aux affaires et raisonnable, mais cette conclusion est associée à une croyance apparente que les dommages-intérêts fixés suivant cette formule seraient peu élevés. La Cour d'appel a accepté, comme l'ont fait les avocats, qu'ils s'élèveraient à \$200,000, mais elle a néanmoins statué que la formule, dans les circonstances, était [TRADUCTION] «une formule conçue pour la fixation de dommages liquidés dans le sens le plus véritable de l'expression et . . . par conséquent susceptible d'exécution».

Bien que les motifs du juge de première instance ne parlent que brièvement de la question de savoir si la disposition prévoyant des dommages-intérêts liquidés (ainsi appelée par les parties dans leur contrat) n'était pas essentiellement une pénalité et donc non exécutoire, la Cour d'appel s'est penchée sur cette question plus longuement. Je crois qu'il est important de comprendre que nous sommes ici en présence d'un cas très habituel (si on s'en tient aux décisions publiées) où l'estimation anticipée des dommages-intérêts n'était pas une somme fixe (comme c'était le cas dans l'arrêt de principe rendu en Angleterre dans l'affaire *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*²) mais était basée sur une formule dont l'application devait nécessairement produire un résultat dépassant de beaucoup la perte de bénéfices nets. Les bénéfices bruts d'exploitation, d'après les termes utilisés par le juge de première instance, [TRADUCTION] «désignent la différence entre les prix de vente nets des produits et leurs prix de revient énoncés», le prix de revient énoncé étant le prix facturé par le vendeur plus les frais de transport requis pour placer les produits sur les étalages de l'acheteur. D'après les termes employés par la Cour d'appel, [TRADUCTION] «l'expression bénéfices bruts d'exploitation est le profit après le coût des ventes mais avant les coûts habituellement déduits pour déterminer les bénéfices nets».

Le contrat en l'espèce a été licitement résilié par l'intimée le 19 janvier 1967 et la clause interdisant la concurrence post-contractuelle pour trois ans est entrée en vigueur à compter de cette date-là. L'appelante a reconnu dans une lettre adressée par son

² [1915] A. C. 79.

that as late as June, 1966, it had sold competitive products covered by the agreement and not purchased from the respondent, and it promised to desist from this "hereafter". The trial judge, obviously by inadvertent error, referred to June 30, 1967 (instead of to June, 1966) as the end period to which the admission referred. In fact, the appellant did not desist after termination of the contract, and there is evidence that from January 1, 1967, to January 31, 1969, the gross trading profit of the appellant was \$177,161.20, consisting of \$78,739.80 for 1967, \$93,609.25 for 1968 and \$4,812.15 for the one month of 1969, the appellant having in 1969 changed its year end from December 31 to January 31.

I take the judgment of the Ontario Court of Appeal to be based on the fact that the parties had fixed the formula of gross trading profit after a mutual consideration of the difficulty of establishing compensation for a probably substantial loss, having regard to the factors to be considered, if there was a breach of the post-contract covenant not to compete. The extent of the loss, by reason of the formula, would vary directly with the length of time, up to the three year limit, over which the breach would continue. In his reasons in the Court of Appeal, Brooke J.A. assessed the matter as follows:

The disproportion of gross trading profit and net profit and financial position of Thermidaire were known by the parties when this agreement was struck. No doubt net profit was considered inappropriate as a measure of damage or loss since its application would involve charging all the costs of advertising, promotion and administration used to put down Thermidaire in a prohibited competitive venture. As to the true object of the provision, Mr. Deeks stated that the formula was used because of the serious difficulties involved in calculating not only simple loss of profit through the prohibited competition, but also the loss of things of value, of real value, which the parties well understood. This included such matters as the loss of the past value of previous years of advertising by Clarke of the Thermidaire products, the loss of present and future worth of advertising by Thermidaire by reason of Clarke's active competition

président, en date du 16 janvier 1967, qu'aussi récemment qu'en juin 1966 elle avait vendu des produits concurrents visés par l'accord et non achetés de l'intimée, ce à quoi elle a promis de renoncer «à partir de maintenant». Le juge de première instance, de toute évidence par suite d'une erreur commise par inadvertance, a mentionné le 30 juin 1967 (au lieu de juin 1966) comme étant la fin de la période que mentionnait l'aveu. En fait, l'appelante n'a pas renoncé après la résiliation du contrat, et il y a preuve que du 1^{er} janvier 1967 au 31 janvier 1969 les bénéfices bruts d'exploitation de l'appelante ont été de \$117,161.20, consistant dans une somme de \$78,739.80 pour 1967, de \$93,609.25 pour 1968 et \$4,812.15 pour l'unique mois de 1969, l'appelante ayant en 1969 changé sa fin d'exercice du 31 décembre au 31 janvier.

Je considère le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario comme basé sur le fait que les parties avaient fixé la formule relative aux bénéfices bruts d'exploitation après examen conjoint de la difficulté d'établir une indemnisation pour une perte probablement substantielle, eu égard aux facteurs à considérer, advenant une violation de la clause de non-concurrence post-contractuelle. L'étendue de la perte, par suite de la formule, devait varier directement en fonction de la durée au cours de laquelle la violation se poursuivrait, jusqu'à la limite de trois ans. Dans ses motifs en Cour d'appel, le juge d'appel Brooke a vu la question comme suit:

[TRADUCTION] La disproportion entre les bénéfices bruts d'exploitation et les bénéfices nets, ainsi que la situation financière de Thermidaire, étaient connues par les parties lorsque l'accord a été conclu. Il ne fait pas de doute que les bénéfices nets ont été considérés comme non appropriés comme mesure de dommages ou de pertes du fait que leur application comporterait la déduction de tous les coûts de réclame, de promotion et d'administration consacrés à l'écrasement de Thermidaire dans une initiative de concurrence prohibée. Quant à l'objet véritable de la disposition, M. Deeks a dit que la formule avait été utilisée à cause des difficultés sérieuses que comporte le calcul non seulement de la simple perte de bénéfices due à la concurrence prohibée, mais également de la perte de choses de valeur, de valeurs réelles, que les parties comprenaient bien. Cela comprenait des choses comme la perte de la valeur

and, of course, the loss of the value of product identification, product integrity and the loss of customers and, of importance, the name and reputation of the product in the marketplace. If the effect in terms of loss of present and future sales because of adverse advertising and competitive sales suffered by a company which had placed its entire reliance upon the conduct of its exclusive agent was properly a part of the parties' consideration, perhaps the difficulty encountered by the witness Anderson in his attempt to establish the loss limited to Thermidaire's net profit reflects the difficulties which the parties foresaw in any effort to assess the real loss which would be sustained by Thermidaire in the event of a breach. It is clear to me that the learned trial judge accepted the evidence of Mr. Deeks as worthy of belief and entirely reasonable in these circumstances.

Does the formula represent a genuine attempt by the parties to pre-estimate the loss as best they could within their special knowledge of the circumstances? It is true that the amount that may eventually be assessed may be large, but this was foreseeable when the contract was entered upon. Equally clear was the fact that the loss in terms of both profits and value, as above-mentioned, would also be large. Indeed, the longer the competition was carried on within the prohibited period the greater would be the loss, and the more successful the competition, the greater was the probability that Thermidaire would suffer substantial and permanent damage in the light of the various factors above-mentioned. Losses such as loss of product identification, loss of the benefits of advertising through the operations of its exclusive agent throughout a large territory are among the imponderables for the appraisal which this clause was intended to provide. To have fixed a lump sum as a measure of Thermidaire's damages would have been a haphazard measure at best and, in all the circumstances, the employment of a formula geared to sales of competitive products during the prohibited period was adopted by two keen business firms as the best method of determining the loss resulting from a breach of the covenant—a covenant into which they entered with their eyes open.

When is the amount of recovery in such circumstances extravagant as opposed to actual probable loss? The fact that the estimated loss of net profit,

passée de la réclame faite par Clarke au sujet des produits de Thermidaire durant les années antérieures, la perte de la valeur présente et future de la réclame de Thermidaire par suite de la concurrence active de Clarke et, bien entendu, la perte de la valeur d'identification du produit, d'intégrité du produit et la perte de clients et, chose importante, du renom et de la réputation du produit sur le marché. Si l'effet en termes de perte de ventes présentes et futures pour cause de réclame concurrente et de ventes préjudiciables à une compagnie qui avait placé sa pleine confiance dans la conduite de son concessionnaire exclusif, faisait régulièrement partie des préoccupations des parties, peut-être la difficulté qu'a éprouvée le témoin Anderson dans sa tentative d'établir la perte limitée aux bénéfices nets de Thermidaire reflète-t-elle les difficultés que les parties prévoient dans toute tentative d'évaluer la perte réelle que subirait Thermidaire advenant une violation. Il est clair selon moi que le savant juge de première instance a accepté le témoignage de M. Deeks comme digne de foi et entièrement raisonnable dans ces circonstances.

La formule représente-t-elle une tentative authentique des parties d'estimer à l'avance la perte du mieux qu'elles le pouvaient selon leur connaissance spéciale des circonstances? Il est vrai que le montant qui pourra éventuellement être fixé peut s'avérer élevé, mais cela était prévisible quand le contrat a été conclu. Il était également clair que la perte en termes à la fois de bénéfices et de valeur, comme mentionné ci-dessus, serait élevée aussi. En effet, plus la durée de la concurrence serait longue à l'intérieur de la période prohibée, plus la perte serait grande, et, de même, plus la concurrence faite aurait du succès, plus il était probable que Thermidaire subisse des dommages substantiels et permanents à la lumière des divers facteurs ci-dessus. Des pertes telles que perte d'identification de produit, perte des avantages de la réclame par le truchement des activités de sa concessionnaire exclusive à la grandeur d'un vaste territoire sont parmi les impondérables que cette clause était destinée à évaluer. Fixer une somme globale comme mesure des dommages de Thermidaire aurait été au mieux une disposition prise au petit bonheur et, dans toutes les circonstances, l'emploi d'une formule axée sur les ventes de produits concurrents durant la période prohibée a été adoptée par deux entreprises averties comme la meilleure méthode de déterminer la perte résultant d'une violation de la clause—clause qu'elles ont arrêtée en pleine connaissance de cause.

Quand le montant de recouvrement est-il dans de telles circonstances extravagant en regard de la perte probable réelle? Le fait que la perte prévue de bénéfices

\$92,000.00, is something a little less than half of the possible recovery of \$200,000.00 in circumstances like these is not by itself proof of extravagance. The figures may be large, but I am not persuaded that they are unrealistic or extravagant. The parties knew and appreciated these factors and chose this method to establish compensation for a loss, the amount of which was difficult to determine and, no doubt, very costly to establish. I am convinced that they agreed upon a method which they both regarded as one which would lead to a fair and just determination of Thermidaire's damages and losses in the event of a breach of the covenant.

If all that was involved in determining whether the parties had agreed on a measure of liquidated damages or on a penalty was the intention of those parties, there could be no quarrel with the result reached at trial and on appeal. Indeed, if that was the case it is difficult to conceive how any penalty conclusion could ever be reached when business men or business corporations, with relatively equal bargaining power, entered into a contract which provided for payment of a fixed sum or for payment pursuant to a formula for determining damages, in case of a breach of specified covenants, including a covenant not to compete. The law has not, however, developed in this way in common law jurisdictions; and the power to relieve against what a court may decide is a penalty is a recognized head of equity jurisdiction. Of course, the court will begin by construing the contract in which the parties have objectively manifested their intentions, and will consider the surrounding circumstances so far as they can illuminate the contract and thus aid in its construction. It seems to me, however, that if, in the face of the parties' assertion in their contract that they were fixing liquidated damages, the court concludes that a penalty was provided, it would be patently absurd to say that the court was giving effect to the real intention of the parties when the court's conclusion was in disregard of that intention as expressed by the parties.

What the court does in this class of case, as it does in other contract situations, is to refuse to

nets, \$92,000, soit quelque chose d'un peu moins que la moitié du recouvrement possible de \$200,000 dans des circonstances comme celles-ci, n'est pas en soi une preuve d'extravagance. Les chiffres peuvent être élevés, mais je ne suis pas convaincu qu'ils ne sont pas réalistes ou qu'ils sont extravagants. Les parties connaissaient et comprenaient ces facteurs et elles ont choisi cette méthode pour établir l'indemnité qui serait octroyée pour une perte, dont le montant était difficile à déterminer et, sans doute, d'estimation coûteuse. Je suis convaincu qu'elles sont tombées d'accord sur une méthode qu'elles considéraient toutes deux comme une méthode qui permettrait l'évaluation équitable et juste des dommages et des pertes advenant une violation de la clause.

Si la question de savoir si les parties avaient convenu d'une mesure de dommages liquidés ou d'une pénalité reposait uniquement sur l'intention de ces parties, on ne pouvait rien objecter au résultat auquel on a conclu en première instance et en appel. Voire, si tel était le cas il est difficile de concevoir comment on pourrait jamais conclure qu'une pénalité a été stipulée quand des hommes d'affaires ou corporations commerciales, dotés d'un pouvoir de marchandage relativement égal, ont conclu un contrat prévoyant le paiement d'une somme fixe ou le paiement d'une somme conformément à une formule de détermination des dommages, advenant la violation de clauses précises, y compris d'une clause de non-concurrence. Le droit ne s'est pas, toutefois, développé de cette façon dans les ressorts de *Common Law*; et le pouvoir d'alléger ce qu'un tribunal peut juger constituer une pénalité est un chef reconnu de la compétence d'*equity*. Bien entendu, le tribunal interprétera d'abord le contrat dans lequel les parties ont objectivement manifesté leurs intentions, et considérera les circonstances du contrat dans la mesure où elles peuvent illuminer celui-ci et ainsi aider à son interprétation. Il me semble, cependant, que si, devant l'assertion des parties dans leur contrat, selon laquelle elles fixaient des dommages liquidés, le tribunal conclut qu'une pénalité se trouvait stipulée, il serait manifestement absurde de dire que le tribunal s'est trouvé à donner effet à l'intention réelle des parties quand la conclusion du tribunal est tirée au mépris de cette intention telle qu'elle a été exprimée par les parties.

Ce que fait le tribunal dans cette catégorie de cas, comme dans d'autres situations contractuelles,

enforce a promise in strict conformity with its terms. The court exercises a dispensing power (which is unknown to the civil law of Quebec) because the parties' intentions, directed at the time to the performance of their contract, will not alone be allowed to determine how the prescribed sum or the loss formula will be characterized. The primary concern in breach of contract cases (as it is in tort cases, albeit in a different context) is compensation, and judicial interference with the enforcement of what the courts regard as penalty clauses is simply a manifestation of a concern for fairness and reasonableness, rising above contractual stipulation, whenever the parties seek to remove from the courts their ordinary authority to determine not only whether there has been a breach but what damages may be recovered as a result thereof.

The courts may be quite content to have the parties fix the damages in advance and relieve the courts of this burden in cases where the nature of the obligation upon the breach of which damages will arise, the losses that may reasonably be expected to flow from a breach and their unsusceptibility to ready determination upon the occurrence of a breach provide a base upon which a pre-estimation may be made. But this is only the lesser half of the problem. The interference of the courts does not follow because they conclude that no attempt should have been made to predetermine the damages or their measure. It is always open to the parties to make the predetermination, but it must yield to judicial appraisal of its reasonableness in the circumstances. This becomes a difficult question of judgment, especially in a case like the present one involving a covenant not to compete which engages the reputation and the vicarious presence of the covenantee in the territorial area of the covenant as well as the products which are the subject of the covenant.

In the present case the formula of gross trading profit was not defined, but in the general under-

est de refuser d'exécuter une promesse d'une façon strictement conforme avec ses termes. Le tribunal exerce un pouvoir de dispense (que ne connaît pas le droit civil du Québec) pour le motif qu'on ne permettra pas aux intentions des parties, concentrées à l'époque sur l'accomplissement de leur contrat, de décider à elles seules comment la somme prescrite ou la formule compensatoire seront caractérisées. La préoccupation première dans les affaires de violation de contrat (comme c'est le cas dans les affaires de délit civil, bien que dans un contexte différent) est l'indemnisation, et l'intervention judiciaire dans l'exécution de ce que les tribunaux considèrent être des clauses pénales est simplement une manifestation d'une préoccupation d'équité et de raison, s'élevant au-dessus des stipulations contractuelles, chaque fois que les parties tentent de retirer aux tribunaux leur pouvoir ordinaire de déterminer non seulement si il y a eu violation mais quels dommages-intérêts peuvent être recouvrés par suite de la violation.

Les tribunaux peuvent fort bien s'accommoder de voir les parties fixer à l'avance les dommages et décharger les tribunaux de cette tâche dans des affaires où la nature de l'obligation dont la violation entraînera des dommages-intérêts, les pertes qu'on peut raisonnablement s'attendre de voir découler d'une violation, et l'incapacité de les évaluer rapidement lorsque survient une violation, fournissent une base sur laquelle préétablir le montant des dommages. Mais cela n'est que la moitié la moins importante de la difficulté. Ce n'est pas parce qu'ils concluent qu'aucune tentative n'aurait dû être faite de préétablir les dommages ou la mesure de ceux-ci, que les tribunaux interviennent. Les parties peuvent toujours préétablir les dommages, mais ce qu'ils ont établi ne peut être soustrait au pouvoir des tribunaux d'en apprécier le caractère raisonnable eu égard aux circonstances. Cela devient une question de jugement difficile, spécialement dans un cas comme le cas présent où une clause de non-concurrence engage dans les limites de son champ territorial la réputation du créancier et sa présence par délégation aussi bien que les produits qui font l'objet de la clause.

Dans l'affaire présente la formule des bénéfices bruts d'exploitation n'a pas été définie, mais sui-

standing of the term as adopted by the courts below it departs markedly from any reasonable approach to recoverable loss or actual loss since all the elements of costs and expenses which would be taken into account to arrive at net profit are excluded from consideration. It is of considerable significance on this aspect of the matter to note how the respondent, in putting its best foot forward to show its actual loss, made up its estimated loss of net profits of \$92,017, which is less than half of the sum, in fact about 40 per cent, which would be its recoverable damages under the contract formula of gross trading profits.

Evidence of the estimated loss of net profits over the three-year period in question was given on behalf of the respondent by one Anderson, a chartered accountant and member of a firm which was auditor for the respondent. His calculations are set out in an exhibit, Exhibit 72, which shows sales for each of the three years 1967 to 1969 inclusive and cost of sales. The difference between these sums was the gross profit in an amount of \$110,270 from which were deducted expenses of warehousing (a minor expense), commissions, office and travel expenses, leaving a net of \$92,017 as the loss of profit. Anderson agreed, when cross-examined on his calculations, that they were based on four assumptions put to him by counsel for the appellant, as follows:

Q. Then the validity of your figures as estimates depends on four assumptions: the first, that Thermidaire would have sold all that Clarke did; the second, that Clarke's sales figures for water chemical treatment material are the correct sales figures; that your figures for Thermidaire's cost of sales are correct; and that your estimate as to how selling and administrative expenses would have increased with the increased sales.

A. That is correct.

Anderson's evidence was that Clarke's gross trading profit for the three-year period amounted to \$239,449.05, consisting of \$78,739.80 in 1967,

avant ce que les cours d'instance inférieure ont jugé être le sens généralement accordé à l'expression elle s'écarte de façon marquée de toute approche raisonnable servant à déterminer la perte recouvrable ou la perte réelle puisque tous les éléments de coût et de dépense dont il serait tenu compte pour calculer les bénéfices nets n'entrent plus du tout en ligne de compte. Sur cet aspect de l'affaire il est éminemment significatif de noter comment l'intimée, en montrant sa perte réelle de la façon la plus persuasive, a établi sa perte de bénéfices nets estimative de \$92,017, ce qui est moins de la moitié, en fait environ 40 pour cent, de ce que seraient ses dommages-intérêts recouvrables sous le régime de la formule contractuelle des bénéfices bruts d'exploitation.

Un témoignage donnant la perte estimative de bénéfices nets pour les trois années en cause a été fourni au nom de l'intimée par un nommé Anderson, un comptable agréé qui faisait partie de la maison qui faisait la vérification des livres de l'intimée. Ces calculs sont exposés dans une pièce, la pièce 72, qui montre les ventes pour chacune des trois années 1967 à 1969 inclusivement ainsi que le coût des ventes. La différence entre ces sommes a été le bénéfice brut d'un montant de \$110,270, duquel ont été déduits des frais d'entreposage (une dépense mineure), commissions, frais de bureau et de déplacement, laissant un montant net de \$92,017 comme perte de bénéfices. Anderson a convenu, lorsqu'on l'a contre-interrogé sur ses calculs, qu'ils étaient basés sur quatre postulats que l'avocat de l'appelante lui a exposés comme suit:

[TRADUCTION] Q. Donc la validité de vos chiffres en tant que chiffres estimatifs repose sur quatre postulats: le premier, que Thermidaire aurait vendu tout ce que Clarke a vendu; le second, que les chiffres de vente de Clarke relativement aux produits de traitement chimique de l'eau sont exacts; que vos chiffres relativement au coût des ventes de Thermidaire sont exacts; et que votre estimation de la façon dont les frais de vente et d'administration auraient augmenté avec l'augmentation des ventes.

R. C'est juste.

Le témoignage d'Anderson a été que les bénéfices bruts d'exploitation de Clarke pour la période de trois ans s'étaient élevés à \$239,449.05, consis-

\$93,609.25 in 1968 and \$67,100 in 1969. By contrast, the appellant's net profit for the three-year period in respect of sales of competitive products appears to have been insignificant, if indeed there was any at all. There was a net loss of over \$17,000 in 1967 and a net gain of some \$18,000 in 1968. There was no net gain figure for 1969, but taking \$67,100 as the gross trading profit for that year (as Anderson's evidence showed) the net profit, on any reasonable assessment of deductible expenses, could not have been very large. The respondent Thermidaire's gross trading profit during this period, if it had sold the units or products that Clarke had sold in the same period would have been \$110,270, and this is the sum shown on Exhibit 72. The reason for the disparity between the gross trading profits of the appellant and of the respondent, referable to the same and to the same number of items, was that the respondent was a wholesaler selling through a distributor, the appellant, which sold direct to the consumer at retail prices. There could be no affinity between the respective profits of the two firms in respect of products which the appellant did in fact sell and those that the respondent might have sold in the same market during the three-year period because the respondent would be selling at wholesale prices and the appellant at retail prices which would involve a considerable distributor's or resale mark-up, as, for example, a 47 per cent mark-up in 1968 as noted by Anderson in his evidence. (The mark-ups for 1967 and 1969, estimated by Anderson, were 52 per cent and 45 per cent respectively, and he regarded the mark-ups for the three years as reasonable.) Thus, their respective costs were different and their respective selling and administrative expenses were different.

Anderson's figures for Thermidaire's projected sales for 1967 to 1969 inclusive were the figures for Clarke's actual retail sales in that period less the resale mark-up. To take 1967 by way of illustration, Clarke's retail sales in that year of Thermidaire products had a value of \$159,667.83,

tant en des sommes de \$78,739.80 en 1967, \$93,609.25 en 1968 et \$67,100 en 1969. Par contraste, les bénéfices nets de l'appelante pour les trois années en ce qui concerne les ventes de produits concurrents semblent avoir été insignifiants, si tant est qu'il y en a eu. Il y a eu une perte nette de plus de \$17,000 en 1967 et des gains nets de quelque 18,000 dollars en 1968. Aucun chiffre de gain net n'a été donné pour 1969, mais prenant le chiffre de \$67,100 comme bénéfices bruts d'exploitation pour cette année-là (comme l'a montré le témoignage d'Anderson) les bénéfices nets, calculés d'après toute évaluation raisonnable de frais déductibles, n'ont pu être très élevés. Les bénéfices bruts d'exploitation de l'intimée Thermidaire durant cette période, si elle avait vendu les unités ou produits que Clarke avait vendus au cours de la même période, auraient été de \$110,270, et c'est là la somme que montre la pièce 72. La raison de la disparité entre les bénéfices bruts d'exploitation de l'appelante et de l'intimée, par référence aux mêmes produits et aux mêmes quantités de produits, était que l'intimée était un grossiste vendant par l'entremise d'un distributeur, l'appelante, qui vendait directement aux consommateurs aux prix du détail. Il ne pouvait y avoir d'affinité entre les bénéfices respectifs des deux firmes relativement à des produits que l'appelante a effectivement vendus et à ceux que l'intimée aurait pu vendre sur le même marché durant la période de trois ans car l'intimée vend au prix du gros et l'appelante, elle, vend à des prix de détail comportant une majoration de distributeur ou détaillant considérable, comme, par exemple, une majoration de 47 pour cent en 1968 comme l'a noté Anderson dans son témoignage. (Les majorations de 1967 et 1969, selon l'estimation d'Anderson, étaient de 52 pour cent et 45 pour cent respectivement, et il a considéré les majorations des trois années comme des majorations raisonnables.) Ainsi, leurs coûts respectifs étaient différents et leurs frais de vente et d'administration étaient différents.

Les chiffres d'Anderson pour les ventes projetées de Thermidaire pour 1967 à 1969 inclusivement étaient les chiffres afférents aux ventes au détail réelles de Clarke au cours de cette période moins la majoration de revente. Pour prendre 1967 comme exemple, les ventes au détail de Clarke

which less the mark-up left the sum of \$102,154. From this sum Anderson deducted Thermidaire's cost of sales to arrive at gross profit and then deducted expenses to arrive at net profit for the year. His formula for determining cost of sales was based on an examination of the respondent's financial statements for the years 1967 to 1969 and a finding that the cost was a certain percentage of the selling price, namely 30.37 per cent for 1967 and until September 1968 and 24.65 per cent for the remainder of 1968 and for all of 1969. The lower percentage was because the respondent began to sell its own manufactured products in October 1968. The percentages were applied to the retail sale figures of the appellant's sales (not deducting the resale mark-up) and thus a figure was obtained of the estimated cost of sales.

The estimated net profit loss of \$92,017 was vigorously attacked by the appellant, and with some justification. For example, there appears to have been some dispute as to whether Anderson's calculations were based solely on so-called competitive products or included others that were not differentiated in the appellant's financial statements. I need say no more about it here other than that it represented an estimate that was as favourable as such an exercise could be to the party that commissioned it. Because of the views of the courts below that gross trading profits were recoverable it was unnecessary for them to inquire into the merit of the sum put forward as the estimated loss of net profits.

I think it well to emphasize that the estimated actual loss of \$92,017 and the estimated loss of gross trading profits of \$239,449.05 are sums which relate to the entire three-year post-contract period during which the covenant not to compete was operative. Had the court been called upon to deal with the question of liquidated damages or penalty at or shortly after the time that the con-

durant cette année-là en ce qui a trait aux produits de Thermidaire avaient une valeur de \$159,667.83, ce qui, une fois la majoration déduite, laissait la somme de \$102,154. De cette somme Anderson a déduit le coût des ventes de Thermidaire pour arriver aux bénéfices bruts et ensuite il a déduit les frais pour arriver aux bénéfices nets de l'année. Sa formule pour déterminer le coût des ventes était basée sur un examen des états financiers de l'intimée pour les années 1967 à 1969 et une constatation selon laquelle le coût représentait un certain pourcentage du prix de vente, soit 30.37 pour cent pour 1967 et jusqu'à septembre 1968 et 24.65 pour cent pour le reste de 1968 et pour toute l'année de 1969. Le pourcentage inférieur est dû au fait que l'intimée a commencé à vendre ses propres produits manufacturés en octobre 1968. Les pourcentages ont été appliqués aux chiffres de ventes au détail de l'appelante (majoration de revente non déduite) et ainsi il en est arrivé à un coût des ventes estimatif.

La perte de bénéfices nets estimative au montant de \$92,017 a été vigoureusement contestée par l'appelante, et avec quelque justification. Par exemple, il semble qu'il y ait eu quelque dispute quant à savoir si les calculs d'Anderson étaient basés uniquement sur les produits qu'on a appelés les produits concurrents ou s'ils en incluaient d'autres qui n'étaient pas différenciés dans les états financiers de l'appelante. Je n'ai pas ici à en dire davantage sur ce chiffre si ce n'est qu'il représentait une estimation qui était aussi favorable qu'une telle enquête pouvait l'être pour la partie qu'il l'avait commandée. A cause des vues des cours d'instance inférieure selon lesquelles les bénéfices bruts d'exploitation étaient recouvrables il ne leur a pas été nécessaire de rechercher le bien-fondé de la somme avancée comme perte estimative de bénéfices nets.

Je crois qu'il est bon de souligner que la perte réelle estimative de \$92,017, ainsi que le chiffre estimatif de \$239,449.05 pour la perte de bénéfices bruts d'exploitation, sont des sommes qui se rapportent à la totalité des trois années post-contractuelles durant lesquelles s'est appliqué la clause de non-concurrence. Si le tribunal avait été appelé à trancher la question des dommages liquidés ou de

tract was lawfully terminated neither the actual loss nor the gross trading profits would have been in any substantial figure, a result that would be fortified, and indeed secured, if an interlocutory injunction had been sought and granted. No such injunction was, however, even sought, and hence the continuation of the breach to the end of the post-contract covenant period yielded the high figures to which reference has been made.

Had a single sum been fixed as a pre-estimate in the amount of some \$200,000, it is impossible to think that the court would not have concluded that an *in terrorem* penalty had been fixed at the time of the contract. Moreover, to regard that sum as being equally claimable for a breach that lasted for a short time as well as for a breach which continued over the entire covenant period would be an unreasonable conclusion. The question that arises here however is whether the same appreciation should prevail in a case where the quantum of damages, actually suffered or claimable, depends on the length of time over which the covenantor continues to be in breach of its covenant.

Should the respondent here be faulted then because it did not seek an interim injunction when it filed its counterclaim on April 25, 1967, some three months after it terminated the contract, or because it did not thereafter seek an interlocutory injunction until trial through which to stanch the flow of damages measured by gross trading profits? There is no doubt that a covenantor cannot have both an injunction during the covenant period and damages based on a breach of covenant for the entire period where they are based on a formula. There is case law holding that where a fixed sum is stipulated as the liquidated damages upon a breach, the covenantor cannot have both the damages and an injunction but must elect between the two remedies: see *General Accident Assurance Corp. v. Noel*³; *Wirth and Hamid Booking Inc. v. Wirth*⁴. I do not however read these cases as excluding damages for past loss by reason of the breach, but only as precluding recovery of the

la pénalité à l'époque où le contrat a été licitement résilié ou peu de temps après, ni la perte réelle ni les bénéfices bruts d'exploitation n'auraient été d'un chiffre élevé, un résultat qui serait renforcé, voir assuré, si une injonction interlocutoire avait été demandée et obtenue. Aucune semblable injonction n'a, cependant, été même demandée, et par conséquent la continuation de la violation jusqu'à la fin de la période de la clause post-contratuelle a produit les chiffres élevés déjà mentionnés.

Si une estimation préétablie avait été fixée à une somme unique d'un montant d'environ \$200,000, il est impossible de penser que le tribunal n'aurait pas conclu qu'une pénalité *in terrorem* avait été fixée au moment du contrat. De plus, considérer cette somme comme étant exigible de façon égale tant pour une violation de courte durée que pour une violation qui s'est poursuivie durant toute la période de la clause serait une conclusion déraisonnable. La question qui se pose ici cependant est de savoir si la même appréciation devrait prévaloir dans un cas où le montant des dommages, effectivement subis ou pour lesquels on peut réclamer, dépend de la durée pendant laquelle le débiteur continue de violer son engagement.

Faudrait-il donc ici tenir rigueur à l'intimée de n'avoir pas cherché à obtenir une injonction provisoire lorsqu'elle a déposé sa demande reconventionnelle le 25 avril 1967, quelque trois mois après qu'elle eut résilié le contrat, ou de n'avoir pas ensuite cherché à obtenir une injonction interlocutoire jusqu'au procès de façon à arrêter le flux des dommages mesurés par les bénéfices bruts d'exploitation? Il ne fait pas de doute qu'un créancier ne peut obtenir à la fois une injonction durant la période de la clause et des dommages-intérêts fondés sur une violation toute la période durant lorsque ceux-ci sont basés sur une formule. Il est des arrêts qui ont décidé que lorsqu'une somme fixe est stipulée pour valoir comme montant de dommages liquidés lors d'une violation, le créancier ne peut avoir à la fois les dommages-intérêts et une injonction mais doit choisir entre les deux recours: voir *General Accident Assurance Corp. v. Noel*³; *Wirth and Hamid Booking Inc. v. Wirth*⁴.

³ [1902] 1 K.B. 377.

⁴ (1934), 192 N.E. 297.

³ [1902] 1 K.B. 377.

⁴ (1934), 192, N.E. 297.

liquidated amount referable to breach in the future which that amount was designed to cover and against which an injunction has been granted. By not seeking an interim or interlocutory injunction, the respondent gives some support to the proposition that it was more profitable to it to let the default of the appellant continue. On the other hand, the appellant accepted the risk of being held liable for gross trading profits by continuing to be in breach for the entire post-contract period of the covenant's operation.

In this state of affairs, I think the proper course is to look at the situation (as in fact it was at the time of the trial) as one where each party was content to have the issue of liquidated damages or penalty determined according to the consequences of a breach over the entire period of the covenant. The appellant cannot, of course, escape liability for at least the damages which a court would fix if called upon to do so. Should it be so called upon in this case by a holding that to allow recovery of gross trading profits would be to impose a penalty and not to give compensation in a situation where calculation of damages is difficult and incapable of precise determination? I would answer this question (and I do it after anxious consideration) in the affirmative.

I do not ignore a factor or factors in connection with breach of a covenant not to compete that are not as easily measured in dollars as are gross trading profits and net profits but which nonetheless have a value. These entered into the consideration of the Ontario Court of Appeal, and they were mentioned in Anderson's evidence, as follows:

Q. Now I want you to make two assumptions before answering the question I am going to put to you. The first assumption is, assume that Thermidaire

Je n'interprète pas toutefois ces arrêts comme excluant des dommages-intérêts pour une perte passée qui est due à la violation, mais seulement comme empêchant le recouvrement du montant liquidé se rapportant à la violation ultérieure que ce montant était destiné à couvrir et contre laquelle une injonction a été accordée. En ne cherchant pas à obtenir une injonction provisoire ou interlocutoire, l'intimée donne un certain appui à la proposition selon laquelle il était plus profitable pour elle de laisser continuer le manquement de l'appelante. D'un autre côté, l'appelante a accepté le risque d'être tenue responsable des bénéfices bruts d'exploitation en continuant la violation pour toute la période post-contractuelle durant laquelle s'est appliquée la clause.

Devant cet état de choses, je pense que la façon régulière de procéder est de voir la situation (ainsi qu'elle était effectivement au moment du procès) comme une situation où chaque partie était satisfaite de faire décider la question des dommages liquidés ou de la pénalité en conformité des conséquences qui interviennent lorsqu'une violation se poursuit toute la période durant. L'appelante ne peut, bien entendu, éviter d'être responsable d'au moins les dommages-intérêts que fixerait un tribunal s'il était appelé à le faire. Celui-ci devait-il être ainsi appelé à le faire en l'espèce par suite d'une décision statuant que permettre le recouvrement des bénéfices bruts d'exploitation serait imposer une pénalité et non octroyer une indemnisation quand le calcul des dommages-intérêts est difficile et non susceptible d'évaluation précise? Je répondrais à cette question (et je le fais après mûre réflexion) par l'affirmative.

Je n'oublie pas les facteurs qui relativement aux violations de clauses de non-concurrence ne sont pas aussi facilement mesurables en dollars que le sont les bénéfices bruts d'exploitation et les bénéfices nets mais n'en ont pas moins une valeur. Ce facteur ou ces facteurs ont été étudiés par la Cour d'appel de l'Ontario, et ils ont été mentionnés dans le témoignage d'Anderson, comme suit:

[TRADUCTION] Q. Maintenant je veux que vous fassiez deux hypothèses avant de répondre à la question que je vais vous poser. La première, supposez

properly terminated Exhibit 3 for cause, and secondly, assume that Clarke sold products competitive with Thermidaire products during the three year period. In your opinion what harm would Thermidaire suffer as a result of Clarke's competition during that three year period, assuming he did compete?

A. During the three year period he would suffer lost profits, because without that competition presumably he would have had more sales, with very few additional costs, inasmuch as he would have had access to an established market, that had been vacated. Now after the three year period the loss would continue because he doesn't have a group of customers that he might otherwise have had, and this loss is virtually incalculable—it would be very, very difficult to calculate without having more information.

Q. Well, what additional information would assist you in making such a calculation?

A. Information out of the books of H. F. Clarke Co. Ltd., product analysis, customer analysis—this type of information—so that we would know perhaps where we would be selling where we are not now, or where Thermidaire would be selling where it is not now—so that profit margin and so on could be actually computed; these factors would help.

Q. Well, with this information, even with this information, how would you describe the task of calculating the dollar value of the harm done as you have described it?

A. Very, very difficult.

Q. Are there any intangibles in such a calculation?

A. Yes, there are. The basic intangibles are, what harm has been done to Thermidaire for the lack of its name being before the public, its stature in the market place—this type of injury. I would say it would be an exceedingly difficult task to arrive with any degree of certainty at a figure.

When regard is had, on the one hand, to the market situation with which the respondent had to contend before the appellant became its distributor, and, on the other hand, to the position of the

que Thermidaire a régulièrement résilié la pièce numéro 3 pour cause, et la deuxième, supposez que Clarke a vendu des produits faisant concurrence aux produits de Thermidaire au cours de la période de trois ans. A votre avis quel préjudice Thermidaire souffrirait-elle par suite de la concurrence de Clarke durant cette période de trois ans, en supposant que Clarke ait fait concurrence?

R. Durant la période de trois ans elle perdrait des bénéfices, parce que sans cette concurrence il est à présumer qu'elle aurait fait plus de ventes, avec beaucoup moins de frais additionnels, dans la mesure où elle aurait eu accès à un marché établi, qui avait été laissé vacant. Maintenant, après la période de trois ans la perte continuerait parce qu'elle n'a pas la clientèle qu'elle aurait pu avoir, et cette perte est pratiquement incalculable—elle serait très, très difficile à calculer sans posséder plus de détails.

Q. Eh bien, quels détails additionnels seraient susceptibles de vous aider dans un tel calcul?

R. Des données provenant des livres de H.F. Clarke Co. Ltd., analyse de produits, analyse de clientèle—ce genre de données—de sorte que nous saurions peut-être où des ventes seraient possibles là où il n'y en a pas actuellement, ou à quel endroit Thermidaire ferait des ventes là où elle n'en fait pas actuellement—de sorte que la marge de profit et le reste pourrait être effectivement calculé; ces facteurs aideraient.

Q. Eh bien, avec ces données, même avec ces données, comment décririez-vous la tâche de calculer la valeur en dollars du préjudice causé tel que vous l'avez décrit?

R. Très, très difficile.

Q. Y a-t-il des éléments intangibles dans un tel calcul?

R. Oui, il y en a. Les éléments intangibles fondamentaux sont, quel préjudice a été causé à Thermidaire par suite du fait que son nom n'a pas été connu du public, sa stature sur le marché—ce genre de dommage. Je dirais qu'il serait excessivement difficile d'arriver à un chiffre avec un degré quelconque de certitude.

Lorsqu'on tient compte, d'un côté, de la situation de marché avec laquelle l'intimée avait à se débattre avant que l'appelante ne devienne son distributeur, et, de l'autre côté, de la position du distribu-

distributor as itself an already known firm in that market, the respondent is undoubtedly entitled to an allowance for what it has termed loss of product identification and goodwill and for depreciation of its customer and trade relations during the three-year period of unlawful competition by the appellant. This allowance cannot, however, be assessed on the basis that ignores completely the existence of the appellant. Whatever it may turn out to be, as related to and as in addition to the estimated net profit loss of \$92,017, in my opinion it cannot, because of the difficulty of putting a figure on it, lend the necessary support to make the gross trading profits of \$239,449.05 an acceptable measure of liquidated damages.

I regard the exaction of gross trading profits as a penalty in this case because it is, in my opinion, a grossly excessive and punitive response to the problem to which it was addressed; and the fact that the appellant subscribed to it, and may have been foolish to do so, does not mean that it should be left to rue its unwisdom. *Snell's Principles of Equity* (27th ed. 1973), at p. 535 states the applicable doctrine as follows:

The sum will be held to be a penalty if it is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach.

This proposition comes from a statement by Lord Halsbury in the House of Lords in *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. Ltd. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castaneda*⁵, at p. 10, and was reiterated by Lord Dunedin in *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*⁶, at p. 87. I do not think that it loses its force in cases where there is difficulty of exact calculation or pre-estimation when the stipulation for liquidated damages, as in this case, is disproportionate and unreasonable when compared with the damages sustained or which would be recoverable through an action in the courts for breach of the covenant in question: see 25 *Corpus*

teur en tant qu'entreprise elle-même déjà connue sur ce marché, l'intimée a sans aucun doute droit à quelque chose pour ce qu'elle a appelé perte d'identification du produit et de clientèle et pour la dépréciation de ses relations auprès des clients et dans le commerce durant les trois années de la concurrence illicite de l'appelante. Ce quelque chose ne peut, cependant, être évalué en prenant une base qui méconnaît complètement l'existence de l'appelante. Quoi qu'il s'avère être, en tant qu'élément relié et additionné à la perte de bénéfices nets estimative de \$92,017, à mon avis il ne peut, à cause de la difficulté de lui attribuer un chiffre, prêter l'appui nécessaire pour que les bénéfices bruts d'exploitation de \$239,449.05 deviennent une mesure acceptable de dommages liquidés.

Je considère l'exaction de bénéfices bruts d'exploitation comme une pénalité en l'espèce parce qu'elle est, à mon avis, une réponse grossièrement excessive et punitive à la difficulté à laquelle elle se réfère; et le fait que l'appelante y ait souscrit, et puisse avoir été très mal avisée de le faire, ne veut pas dire qu'elle devrait n'avoir d'autre recours que de s'en prendre à son manque de sagesse. L'ouvrage *Snell's Principles of Equity* (27^e ed. 1973), à la p. 535, énonce la théorie applicable comme suit:

[TRADUCTION] La somme sera jugée être une pénalité si elle est extravagante et exorbitante en comparaison de la plus grande perte qui pourrait concevablement être prouvée comme conséquence de la violation.

Ce principe provient de l'énoncé qu'a fait Lord Halsbury dans la Chambre des Lords dans l'arrêt *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. Ltd. v. Don José Ramos Yzquierdo y Castaneda*⁵, à la p. 10, et a été réitéré par Lord Dunedin dans l'arrêt *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*⁶, à la p. 87. Je ne pense pas qu'il perde de sa force dans des affaires où un calcul exact, ou une estimation anticipée, s'avèrent difficiles, quand la stipulation prévoyant des dommages liquidés est, comme c'est le cas ici, disproportionnée et déraisonnable en comparaison des dommages subis ou qui seraient recouvrables en justice pour violation de la clause en question:

⁵ [1905] A.C. 6.

⁶ [1915] A.C. 79.

⁵ [1905] A.C. 6.

⁶ [1915] A.C. 79.

Juris Secundum, s. 108, pp. 1051ff. The fact that the highest amount put forward by the respondent as its actual loss was \$92,017 is plainly indicative of the disproportion that resides in the exaction of gross trading profits of \$239,449.05.

I would characterize the exaction of gross trading profits for a three-year period as a penalty and not as giving rise to a sum claimable as compensation by way of liquidated damages. The respondent is, however, entitled to recover its provable damages for the breach of covenant, and I would direct a reference to the Master at Toronto, Ontario to enable it to make its proof of all elements entering into such damages.

The appellant urged in this Court, as it did below, that sales of certain products ought not to be taken into account because they were not Thermidaire products within the terms of the contract. On this point I am in agreement with the courts below which rejected this submission.

In the result, I would allow the appeal on what I have called the main issue, set aside the judgments below and in their place I would direct judgment for the respondent for damages for breach of the covenants not to compete with a reference to the Master at Toronto, Ontario, to ascertain the damages. The appellant should have its costs in this Court and in the Ontario Court of Appeal. The respondent should have the costs of the trial and of the reference as ordered by the trial judge.

The judgment of Martland and Dickson JJ. was delivered by

MARTLAND J. (*dissenting*)—I am in agreement with the unanimous reasons of the Court of Appeal for Ontario delivered by Brooke J.A. and, accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, MARTLAND and DICKSON J.J. dissenting.

voir 25 *Corpus Juris Secundum*, art. 108, pp. 1051 et suiv. Le fait que le plus haut montant que l'intimée ait avancé à titre de perte réelle soit de \$92,017 est un indice clair de la disproportion qui réside dans l'exaction de bénéfices bruts d'exploitation de \$239,449.05.

Je dirais que l'exaction de bénéfices bruts d'exploitation pour une période de trois ans constitue une pénalité et non pas une somme qu'on peut réclamer comme indemnité à titre de dommages-intérêts liquidés. L'intimée a, cependant, le droit de recouvrer ses dommages prouvables découlant de la violation de la clause, et je suis d'avis d'ordonner qu'il y ait renvoi au Master à Toronto, Ontario, afin qu'elle puisse faire sa preuve de tous les éléments qui sont inclus dans de tels dommages.

L'appelante a fait valoir devant cette Cour, comme elle l'a fait en instance inférieure, que les ventes de certains produits ne devraient pas être prises en ligne de compte parce qu'il ne s'agissait pas de produits de Thermidaire au sens des termes du contrat. Sur ce point je suis d'accord avec les cours d'instance inférieure, lesquelles ont rejeté cette prétention.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce que j'ai appelé la question principale, d'infirmes les jugements des cours d'instance inférieure et en remplacement d'iceux d'ordonner que jugement soit rendu en faveur de l'intimée pour les dommages-intérêts imputables à la violation des clauses de non-concurrence, avec renvoi au Master à Toronto, Ontario, pour appréciation des dommages. L'appelante a droit à ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel de l'Ontario. L'intimée a droit aux dépens du procès et du renvoi comme l'a ordonné le juge de première instance.

Le jugement des juges Martland et Dickson a été rendu par

LE JUGE MARTLAND (*dissident*)—Je souscris aux motifs unanimes de la Cour d'appel de l'Ontario rédigés par le juge Brooke et, par conséquent, je rejetterais l'appel avec dépens.

Appel accueilli avec dépens, les juges MARTLAND et DICKSON étaient dissidents.

Solicitors for the appellant: Gardiner, Roberts, Toronto.

Solicitors for the respondent: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

1974: December 16; 1975: January 28.

Present: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, and Spence JJ.

MOTION ON COSTS

The judgment of the Court was delivered by

SPENCE J.—I am in favour of granting the applicant's, Thermidaire's, motion to provide that there should be no costs to either party in this Court or in the Court of Appeal for Ontario.

Application allowed.

NOTE: A motion to vary the order as to costs and the reference as to damages was subsequently allowed by the Court (coram: Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie and Spence JJ.) on March 26, 1975. The order of the Court was as follows:

The motion to vary the order as to costs of the trial and costs of the reference as to damages is allowed without costs, and there will be an order directing that if the damages of the respondent are assessed at more than the amount paid in by the appellant in satisfaction thereof the respondent shall have the costs of the trial but if the damages are assessed at no more than the payment in the respondent shall have the costs of the trial to the date of payment in and the appellant shall have the costs of the trial thereafter. The costs of the reference as to damages shall be in the discretion of the Master.

David H. Sandler, for the motion.

John J. Fitzpatrick, Q.C., contra.

Procureurs de l'appelante: Gardiner, Roberts, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

1974: le 16 décembre; 1975: le 28 janvier.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie et Spence.

REQUÊTE POUR ADJUDICATION DE DEPENS

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE SPENCE—Je suis d'accord pour faire droit à la requête de Thermidaire. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens à l'une ou l'autre des parties en cette Cour et en Cour d'appel de l'Ontario.

Demande accueillie.

NOTE: La Cour a par la suite accueilli une requête en modification de l'ordonnance concernant les dépens et du renvoi sur les dommages-intérêts (coram: le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie et Spence.) le 26 mars 1975. Voici l'ordonnance de la Cour:

La requête en modification de l'ordonnance concernant les dépens de première instance et les dépens du renvoi sur les dommages, est accueillie sans dépens, et il sera ordonné que si les dommages de l'intimée sont évalués à plus que le montant payé par l'appelante en acquittement de ces derniers l'intimée aura droit aux dépens de première instance mais que si les dommages sont évalués à pas plus que le paiement effectué l'intimée aura droit aux dépens de première instance à la date du paiement et l'appelante aux dépens de première instance depuis le paiement. Les dépens du renvoi sur les dommages sont laissés à la discrétion du Master.

David H. Sandler, pour la requête.

John J. Fitzpatrick, c.r., contra.