

**Frank Doerner, Jr., Carl Doerner and Joseph Doerner** (*Defendants*) *Appellants*;

and

**Bliss & Laughlin Industries Incorporated and Doerner Products Co. Limited** (*Plaintiffs*) *Respondents*;

and

**Northfield Metal Products Ltd.** (*Defendant*).

1980: May 26, 27; 1980: December 18.

Present: Laskin C. J. and Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Contracts — Sale of business — Non-competition covenants — Covenants to run for five years from the later of the date of execution of the agreement or the date of leaving employment with the company — Clause in share purchase agreement that all representations, warranties and agreements to survive for six years from the date of closing — Appellants left company nine years after sale and became engaged in enterprise in direct competition with the company — Whether or not the non-competitive covenants were enforceable.*

This appeal concerned a restrictive covenant given by vendors of shares in a manufacturing company to the purchasers, who then continued the operation of the company's business. The purchasers, alleging a breach of the covenant, brought action against the vendors. At trial, the covenant was held to be unenforceable, but an appeal was allowed and the vendors appealed to this Court.

In 1965, as part of the purchase agreement, the vendors, who were key men in the company's operation, signed covenants prohibiting their carrying on or associating with a like business for a period of five years from the later of the date of the execution of the agreement or the date of their leaving the employ of the company. The vendors resigned their positions in the spring 1974, and shortly after incorporated a business that operated in direct competition with the Doerner Company and significantly reduced its sales and profits.

Appellants denied the allegation of breach of covenant and based their argument in part on an article in

**Frank Doerner, fils, Carl Doerner et Joseph Doerner** (*Défendeurs*) *Appellants*;

et

**Bliss & Laughlin Industries Incorporated et Doerner Products Co. Limited** (*Demandereses*) *Intimées*;

et

**Northfield Metal Products Ltd.** (*Défenderesse*).

1980: 26 et 27 mai; 1980: 18 décembre.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

*Contrats — Vente d'entreprise — Clauses de non-concurrence — Engagements en vigueur pendant cinq ans à partir de la date de la signature du contrat ou de la date de la cessation de l'emploi auprès de la compagnie, selon la plus tardive des deux — Clause dans la promesse d'achat des actions portant que les déclarations, garanties et conventions demeureront en vigueur pour une période de six ans à partir de la date de signature — Appellants quittant la compagnie neuf ans après la vente et se lançant dans une entreprise en concurrence directe avec la compagnie — Clauses de non-concurrence exécutoires ou non.*

Ce pourvoi vise une clause restrictive consentie par les vendeurs des actions d'une compagnie manufacturière aux acheteurs, qui ont ensuite continué à exploiter l'entreprise en question. Les acheteurs, qui allèguent une violation de la clause, ont intenté une action contre les vendeurs. En première instance, la clause n'a pas été jugée exécutoire, mais un appel de ce jugement a été accueilli et les vendeurs se pourvoient maintenant devant cette Cour.

En 1965, dans le cadre de l'acte de vente, les vendeurs, qui sont les hommes clé de la compagnie, ont signé un engagement qui leur interdisait de poursuivre une entreprise semblable ou de s'y associer pour une période de cinq ans à compter de la date de la signature de la vente ou de celle de la cessation de leur emploi avec la compagnie, selon la plus tardive des deux. Les vendeurs ont démissionné au printemps 1974 et peu après ont constitué une compagnie qui faisait une concurrence directe à la compagnie Doerner, ce qui en a considérablement diminué les ventes et profits.

Les appelants ont nié l'allégation de violation de clause et ont fondé leurs prétentions en partie sur un

the share purchase agreement which provided that all representations, warranties and agreements made by the sellers would survive for a period of six years from the date of closing. It was contended that the vendors were freed from the burden of the covenant restricting employment if they remained in the company's employ for six years or more. In addition, appellants maintained that they were entitled to discontinue their employment with the company, freed from all obligation created by the covenant, because of wrongful and monopolistic practices of the company contrary to the public interest and public policy.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The covenant was clearly and unambiguously expressed and was not affected by the terms of other articles. It fixed without doubt the time limits of its own operation—from the date of the closing of the transaction if the Doerners thereafter did not become employed by the company, and from the date of termination of employment if they did. The covenant did not bind the Doerners for a period extending too far into the future.

The covenant was approached as one given by the vendor of a business to a purchaser; it formed part of a transaction involving the purchase of a going concern and the paying for more than physical assets. Considering the interests of the parties, the covenant was clearly reasonable. The purchaser, having paid for the goodwill, was entitled to the five-year protection. The Doerners' key role in both their business and the industry made their continuation in the business very desirable and their competition very dangerous. The restrictions imposed in the case at bar fell within the range the authorities considered acceptable.

The covenant was neither unreasonable with respect to the public interest nor contrary to public policy and therefore void. Both the trial judge and the Court of Appeal concluded the allegations of wrongdoing on the part of the purchasers had not been made out. While there was conflicting evidence on the issues of fact involved in the appellants' allegations of wrongdoing, the judgment of the trial judge was not to be replaced in order to reach conclusions different from those which he adopted. It was not shown that the trial judge had made any error. The plaintiff's conduct, nevertheless, was relevant to the determination of his right to relief. Where the conduct of the purchaser in the operation of the acquired business had a direct relationship to the restrictive covenant obtained on the purchase, and where his behaviour in the conduct of that business raised grave issues of public policy, the Court could refuse to

paragraphe de la promesse d'achat des actions qui porte que toutes les déclarations, garanties et conventions des acheteurs demeureront en vigueur pour une période de six ans à partir de la date de signature du contrat. Les vendeurs appelants prétendent être libérés de la clause restreignant leur emploi s'ils demeurent au service de la compagnie pendant six ans ou plus. De plus, ils prétendent avoir le droit de mettre fin à leur emploi auprès de la compagnie, libres de toute obligation créée par la clause, à cause des pratiques illégales et monopolistiques adoptées par la compagnie et contraires à l'intérêt et à l'ordre public.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

La clause est clairement formulée en termes non équivoques et elle n'est pas touchée par les termes des autres articles. Elle fixe indubitablement la durée de son application, soit depuis la date de la signature du contrat si les Doerner n'entrent pas au service de la compagnie ou depuis la date de la cessation de leur emploi s'ils travaillent pour elle. L'engagement ne liait pas les Doerner pendant une période trop étendue.

L'engagement doit être considéré comme un engagement consenti par le vendeur d'une entreprise à un acheteur; il fait partie d'une opération d'achat d'une entreprise en activité dont le prix englobait plus que les biens corporels. Compte tenu des intérêts des parties, la clause est manifestement raisonnable. L'acheteur, qui a payé l'achalandage, a droit à la protection de cinq ans. Le rôle clé des Doerner à la fois dans leur entreprise et dans l'industrie rendait très souhaitable le maintien de leur présence au sein de l'entreprise et très dangereuse leur concurrence avec elle. Les restrictions imposées en l'espèce cadrent bien avec ce que les décisions faisant autorité ont considéré acceptables.

Cet engagement n'était ni déraisonnable vis-à-vis de l'intérêt public, ni contraire à l'ordre public et donc nul. Le juge de première instance ainsi que la Cour d'appel ont conclu que les allégations d'inconduite de la part des acheteurs n'avaient pas été prouvées. Malgré certains éléments de preuve contradictoires sur les questions de fait énoncées dans les allégations d'inconduite présentées par les appelants, le jugement du juge de première instance ne devrait pas être modifié afin de parvenir à des conclusions différentes. On n'a pas démontré que le juge de première instance a commis une erreur. Néanmoins, la conduite du demandeur est pertinente à la détermination de son droit à un redressement. Lorsque la façon dont l'acheteur exploite l'entreprise acquise a un lien direct avec la clause restrictive obtenue lors de l'achat, et lorsque son comportement à cet égard pose de graves questions d'ordre public, la Cour peut refuser

accord the relief to which he otherwise would have been entitled.

Of the allegations of wrongdoing, only the assertion that the respondents had engaged in monopolistic and anti-competitive pricing could have had any relevance for it could have had a bearing on the question of reasonableness with respect to the public interest. The question of the reasonableness of a covenant of this nature, moreover, had to be considered with reference to the time the covenant was given. Even if these practices had been established, the sale of the business and the giving of the restrictive covenant did not create a monopoly for one existed before the sale.

*Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company, Ltd.*, [1894] A.C. 535; *Elsley v. J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916; *H.F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd.*, [1973] 2 O.R. 57, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario<sup>1</sup>, allowing an appeal from a judgment of O'Leary J. Appeal dismissed.

*D. K. Laidlaw, Q.C.*, and *J. Colangelo*, for the defendants, appellants.

*J. John Brunner, Peter Israel* and *R. Hobson, Q.C.*, for the plaintiffs, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal concerns a restrictive covenant given by vendors of the shares in a manufacturing company to the purchasers, who then continued the operation of the company's business. The purchasers, alleging a breach of the covenant, brought action against the vendors. At trial the covenant was held to be unenforceable, but an appeal was allowed and the vendors now appeal to this Court.

By an agreement, dated August 20, 1965, the respondents Bliss & Laughlin Industries Incorporated, a very large United States conglomerate operating principally in the steel industry, agreed to purchase from the appellants all of the issued and outstanding capital stock of Frank Doerner & Sons Limited. The appellant vendors are brothers

<sup>1</sup> (1978), 5 B.L.R. 132.

d'accorder le redressement auquel il aurait autrement droit.

Des allégations d'inconduite, seule celle portant que les intimées se sont livrées à une fixation de prix monopolistique et contraire à la concurrence peut être pertinente parce qu'elle pourrait avoir un effet sur la question du caractère raisonnable vis-à-vis de l'intérêt public. En outre, la question du caractère raisonnable d'une clause de cette nature doit être examinée par rapport à l'époque où elle a été consentie. Même si de telles pratiques avaient été prouvées, la vente de l'entreprise et l'acquiescement à la clause restrictive n'ont pas créé un monopole puisqu'il en existait un avant la vente.

Jurisprudence: *Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company, Ltd.*, [1894] A.C. 535; *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916; *H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd.*, [1973] 2 O.R. 57.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario<sup>1</sup>, qui a accueilli un appel interjeté du jugement du juge O'Leary. Pourvoi rejeté.

*D. K. Laidlaw, c.r.*, et *J. Colangelo*, pour les défendeurs, appelants.

*J. John Brunner, Peter Israel* et *R. Hobson, c.r.*, pour les demandereses, intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi vise une clause restrictive consentie par les vendeurs des actions d'une compagnie manufacturière aux acheteurs qui ont continué à exploiter l'entreprise en question. Les acheteurs, qui allèguent une violation de la clause, ont intenté une action contre les vendeurs. En première instance, la clause n'a pas été jugée exécutoire, mais un appel de ce jugement a été accueilli et les vendeurs se pourvoient maintenant devant cette Cour.

Par contrat en date du 20 août 1965, l'intimée Bliss & Laughlin Industries Incorporated, un conglomerat américain très important qui faisait principalement affaires dans l'industrie sidérurgique, a convenu d'acheter aux appelants toutes les actions émises et en circulation de Frank Doerner & Sons Limited. Les vendeurs appelants sont des frères

<sup>1</sup> (1978), 5 B.L.R. 132.

who, with their father, had commenced the business of Frank Doerner & Sons Limited in 1945. The Doerner Company was engaged in designing, manufacturing, and marketing chair bases and controls. The bases are the structures upon which the chairs are mounted and the controls are the devices that control swivel, height, tilt and inclination of the chairs. The appellants are all skilled tool and die makers who were actively engaged in designing and developing chair controls and bases for the company, as well as acting as officers and directors. Frank Doerner, Jr. was president, Carl Doerner was vice-president, and Joseph Doerner was secretary and sales manager. Carl Doerner was responsible for production and plant operation.

The agreement for sale provided for a sale to the respondent of all the issued shares of Frank Doerner & Sons Limited for \$900,000. It also provided in s. 5(d) that the Doerners would sign and deliver to the respondent covenants in a form prescribed in the agreement. The covenant is reproduced hereunder:

As further consideration for your purchase of my 268 1/3 shares of common stock of Frank Doerner & Sons Limited pursuant to the Purchase Agreement among you and Carl Doerner, Joseph Doerner and myself, dated August , 1965, I hereby covenant and agree that for a period of five years from the closing date of such purchase or from the termination of my employment with you, whichever period ends later, I will not, without your prior written consent, anywhere within any county of any province of Canada or of any state of the United States in which the business of Frank Doerner & Sons Limited is being carried on, own, manage, operate, control, be employed by, participate in, or be connected with the ownership, management, operation or control of any business (i) similar to the type of business being conducted by Frank Doerner & Sons Limited or (ii) operating under any name similar to that of Frank Doerner & Sons Limited; nor will I give any such business any information concerning the business, products, prices, customers or affairs of Frank Doerner & Sons Limited.

qui, avec leur père, ont mis sur pied l'entreprise de Frank Doerner & Sons Limited en 1945. La compagnie Doerner s'occupait de conception, de fabrication et de mise en marché de bâtis et d'éléments de réglage de siège. Les bâtis sont les structures sur lesquelles sont assemblés les sièges, et les éléments de réglage sont les mécanismes qui permettent de les faire pivoter ou d'en régler la hauteur, l'angle ou l'inclinaison. Les appelants sont tous des outilleurs-ajusteurs expérimentés qui participaient activement à la conception et à la mise au point des éléments de contrôle et des bâtis de siège pour la compagnie, tout en agissant comme dirigeants et administrateurs. Frank Doerner, fils, était président, Carl Doerner était vice-président et Joseph Doerner était secrétaire et directeur des ventes. Carl Doerner était responsable de la production et de l'exploitation de l'usine.

La promesse de vente prévoyait la vente à l'intimée de toutes les actions émises de Frank Doerner & Sons Limited pour un montant de \$900,000. Elle stipulait également à l'al. 5d) que les Doerner signeraient et remettraient à l'intimée des engagements dans la forme prescrite au contrat. Voici le texte de l'engagement:

[TRADUCTION] En contrepartie supplémentaire de votre achat de mes 268 1/3 actions ordinaires de Frank Doerner & Sons Limited aux termes de la promesse d'achat conclue entre vous et Carl Doerner, Joseph Doerner et moi-même, le août 1965, je m'engage par la présente, pour une période de cinq ans qui suivra la date de signature de cette vente ou celle de la cessation de mon emploi auprès de vous, selon la plus tardive des deux, à ne pas acquérir à titre de propriétaires, à ne pas administrer, exploiter, contrôler une entreprise (i) semblable au type d'entreprise exploitée par Frank Doerner & Sons Limited ou (ii) exploitée sous un nom semblable à celui de Frank Doerner & Sons Limited, sans avoir obtenu votre consentement préalable, dans un comté d'une province du Canada ou dans un état des États-Unis où l'entreprise de Frank Doerner & Sons Limited est exploitée, à ne pas en devenir l'employé ou à ne pas détenir de droits dans la propriété, l'administration, l'exploitation ou le contrôle de pareille entreprise; je m'engage également à ne fournir à aucune entreprise de ce genre de renseignements concernant l'entreprise, les prix des produits, la clientèle ou les affaires de Frank Doerner & Sons Limited.

Each of the Doerners executed and delivered a covenant in this form to the respondents and, although the individual covenants were signed after the agreement for sale, it was understood by all the parties, and these proceedings have been based upon the proposition that the restrictive covenants contained in the three forms executed and delivered to the respondents form a part of the purchase agreement and part of the consideration for the purchase price.

After the execution and delivery of documents, the respondents assumed control of the company's business. Shortly after the purchase, the name of the company was altered to Doerner Products Co. Limited. The Doerners remained in the employ of the company. Frank Doerner, Jr. became vice-president and general manager, and Joseph Doerner became sales manager and assistant to Frank Doerner. The company carried on its operation much as it had prior to the sale of shares, at least in so far as its relations and dealings with its customers were concerned. The Doerners, in addition to being officers of the company, remained active in the business operations much as they had before the sale. On April 30, 1974 Joseph Doerner resigned and a few days later Carl Doerner also resigned. Upon learning of his brothers' resignations, Frank Doerner, Jr. resigned on May 24, 1974. At about this time one Edward Dorsch, who had been plant superintendent, also resigned.

In the summer of 1974, the appellants and Edward Dorsch incorporated a company known as Northfield Products Limited. This company went into the business of manufacturing and selling chair controls and bases in competition with the Doerner Products Co. Limited, which will hereafter be referred to as the Doerner Company. By November of 1974 it was in full production. During the first year of this competition the Doerner Company's sales declined and its profits were substantially reduced.

This action commenced on October 4, 1974. It alleged a breach of the restrictive covenant and sought an injunction against its continuation by

Chacun des Doerner a signé et remis un engagement de cette teneur à l'intimée et, bien que les engagements individuels aient été signés après la promesse de vente, toutes les parties ont convenu, et les présentes procédures sont fondées sur cette proposition, que les clauses restrictives contenues dans les trois formules signées et remises à l'intimée font partie de l'acte de vente et constituent un élément de la contrepartie du prix d'achat.

Après la signature et la remise des documents, l'intimée a pris la direction de l'entreprise de la compagnie. Peu après l'achat, le nom de la compagnie a été modifié pour devenir Doerner Products Co. Limited. Les Doerner sont demeurés au service de la compagnie. Frank Doerner, fils, est devenu vice-président et directeur général, et Joseph Doerner est devenu directeur des ventes et adjoint de Frank Doerner. La compagnie a continué l'exploitation de son entreprise à peu près comme elle le faisait avant la vente des actions, du moins en ce qui concerne ses rapports et ses négociations avec ses clients. En plus d'être dirigeants de la compagnie, les Doerner ont continué de participer à l'exploitation de l'entreprise comme ils le faisaient avant la vente. Le 30 avril 1974, Joseph Doerner a démissionné et quelques jours plus tard Carl Doerner a fait de même. Lorsqu'il a appris la démission de ses frères, Frank Doerner, fils, a démissionné le 24 mai 1974. Vers la même époque, Edward Dorsch, qui avait été surintendant de la manufacture, a également donné sa démission.

Au cours de l'été 1974, les appelants et Edward Dorsch ont constitué une compagnie désignée sous le nom de Northfield Products Limited. Cette compagnie s'est lancée dans la fabrication et la vente d'éléments de réglage et de bâtis de siège en concurrence avec Doerner Products Co. Limited, ci-après appelée la compagnie Doerner. En novembre 1974, elle était en pleine activité. Pendant la première année de cette concurrence, les ventes de la compagnie Doerner ont baissé et ses profits ont considérablement diminué.

Cette action a été intentée le 4 octobre 1974. On y invoquait une violation de la clause restrictive et on cherchait à obtenir une injonction qui mettrait

the operation of the Northfield business, as well as damages for breach of the covenant. The Doerners defended denying any breach of the covenant. The denial was based upon their construction of the covenant which relied on the provision of article 7(a) of the share purchase agreement, which provided:

All representations, warranties and agreements made by Sellers shall survive for a period of six years from the date of Closing. All representations, warranties and agreements made by Sellers hereunder shall be joint and several.

They contended that the five-year period from the closing date of the agreement, or from the termination of employment with the company, could bind them only if they left their employment with the company before the six-year period referred to in article 7(a) had expired. In any event, they argued that they were freed from the burden of the covenant if they remained in the company's employment for the full six-year period. A further point was advanced to the effect that they were entitled to discontinue their employment with the company, freed from any obligation created by the covenant, because of certain unlawful and monopolistic practices adopted by the purchasers in the operation of the Doerner Company's business. They asserted that the respondents had directed: unlawful accounting practices concerned with the valuation of inventory for the purpose of tax evasion; the dumping of Doerner products in the United States at very low prices to the detriment of the Canadian company, and to the benefit of the American companies controlled by the respondent; the misuse of a Canadian government grant; and monopolistic and anti-competitive pricing. As a result of the alleged misconduct, it was claimed that they were justified in leaving the company's employment and that the restrictive covenant should not be enforced against them.

At trial the action was dismissed. The trial judge found that the restrictive covenant was reasonable with reference to the interests of the parties concerned and reasonable in the interests of the public. He considered that the covenant provided no more than adequate protection to the purchaser and it did not create a monopoly because a monopoly already existed, the Doerner

fin à l'exploitation de l'entreprise Northfield, de même que des dommages-intérêts pour violation de la clause. Les Doerner ont nié toute violation de la clause. Leur dénégation est fondée sur leur interprétation de la clause qui s'appuie sur les dispositions de l'al. 7a) de la promesse de vente des actions, dont voici le texte:

[TRADUCTION] Toutes les déclarations, garanties et conventions des acheteurs demeureront en vigueur pour une période de six ans à partir de la date de signature du contrat. Toutes les déclarations, garanties et conventions des acheteurs seront conjointes et solidaires.

Ils prétendent qu'ils ne peuvent être liés pour la période de cinq ans depuis la date de signature du contrat ou depuis celle de la cessation de leur emploi auprès de la compagnie que s'ils quittent leur emploi auprès de la compagnie avant l'expiration de la période de six ans prévue à l'al. 7a). Quoi qu'il en soit, ils prétendent qu'ils sont libérés de l'engagement s'ils demeurent au service de la compagnie pendant les six ans complets. Ils prétendent de plus avoir le droit de mettre fin à leur emploi auprès de la compagnie, libres de toute obligation créée par la clause, à cause de pratiques illégales et monopolistiques adoptées par les acheteurs dans l'exploitation de l'entreprise de la compagnie Doerner. Ils affirment que les intimées ont ordonné: des pratiques comptables illégales relatives à l'évaluation du stock dans un but d'évasion fiscale; le dumping de produits Doerner aux États-Unis à des prix très bas au préjudice de la compagnie canadienne et à l'avantage des compagnies américaines sous la haute main de l'intimée; l'emploi impropre d'une subvention du gouvernement canadien; et une méthode de fixation des prix monopolistiques et contraire à la concurrence. Compte tenu de la mauvaise administration imputée, ils prétendent que leur démission est justifiée et que la clause restrictive ne peut leur être opposée.

L'action a été rejetée en première instance. Le juge de première instance a conclu que la clause restrictive était raisonnable compte tenu des intérêts des parties en cause et raisonnable dans l'intérêt du public. Selon lui, la clause se borne à assurer une protection suffisante à l'acheteur; elle n'a pas créé de monopole puisqu'il en existait déjà un étant donné que la compagnie Doerner détenait

Company having had before the sale some ninety-eight per cent of the Canadian market in the products it sold and, accordingly, the covenant was not injurious to the public. He also found that allegations by the Doerners of unfair, unlawful, and monopolistic business practices of the employer were not supported in the evidence. He dismissed the action, however, on the basis that the proper interpretation of the sales agreement required that the restrictive covenant be read with s. 7(a) of the agreement which, he said, provided for a six-year warranty, and he held that the restrictive covenant could be effective only if the covenantors left the employment some time within the six-year period.

In the Court of Appeal Morden J.A., speaking for a unanimous court, disagreed with the trial judge upon the construction of the covenant and held it to be binding upon the covenantors. He held that the covenant was reasonable, both from the point of view of the parties and from that of the public interest, and he also considered that the evidence did not support the allegations of wrongdoing made against the respondents. The appeal was accordingly allowed and the respondents were held to be entitled to damages for breach of the covenant in an amount to be assessed by the local master at Kitchener. The claim for an injunction had been abandoned at the appeal.

In this Court counsel for the appellants based his argument on two propositions. He contended that the trial judge had been correct in his approach to the construction of the covenant and that its force was spent after the passage of six years from the closing of the sale transaction. He argued as well, and this was clearly his principal submission, that the covenant was not reasonable in the public interest and that the second branch of the test propounded by Lord Macnaghten in *Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company, Limited*<sup>2</sup>, at p. 565, had not been met.

The point raised concerning the construction of the covenant may be readily disposed of. I am in full agreement with the Court of Appeal on this

<sup>2</sup> [1894] A.C. 535.

quatre-vingt-dix-huit pour cent du marché canadien des produits qu'elle vendait et par conséquent, la clause n'était pas préjudiciable au public. Il a également conclu que les allégations de pratiques commerciales monopolistiques, injustes et illégales imputées à l'employeur ne sont pas appuyées par la preuve. Il a toutefois rejeté l'action pour le motif que la bonne interprétation du contrat de vente exige que la clause restrictive soit lue en corrélation avec l'al. 7a) lequel, a-t-il dit, accorde une garantie de six ans, et il a conclu que la clause restrictive ne pouvait être exécutoire que si les contractants quittaient leur emploi avant l'expiration de la période de six ans.

Le juge Morden qui a exposé les motifs unanimes de la Cour d'appel, n'a pas souscrit à l'opinion du juge de première instance relativement à l'interprétation de la clause et a jugé qu'elle liait les contractants. Il a jugé que la clause était raisonnable tant du point de vue des parties que de celui de l'intérêt public, et il est également d'avis que la preuve n'appuyait pas les allégations d'inconduite imputée aux intimées. Il a donc accueilli l'appel et jugé que les intimées ont droit à des dommages-intérêts pour violation de la clause, dont le montant serait déterminé par le *master* local à Kitchener. La demande d'injonction avait été abandonnée en appel.

Devant cette Cour, l'avocat des appelants a fondé ses prétentions sur deux propositions. Il a prétendu que le juge de première instance avait bien interprété la clause et que celle-ci avait perdu son effet à l'expiration du délai de six ans suivant la signature du contrat de vente. Il a prétendu également, et c'était là manifestement son principal moyen, que la clause n'était pas raisonnable dans l'intérêt public et que la deuxième partie du critère proposé par lord Macnaghten dans l'arrêt *Nordenfelt v. The Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Company, Limited*<sup>2</sup>, à la p. 565, n'avait pas été respectée.

On peut facilement trancher la question relative à l'interprétation de la clause. Je souscris entièrement à l'opinion de la Cour d'appel sur cette

<sup>2</sup> [1894] A.C. 535.

point. In my view, the covenant is clearly expressed in language which creates no ambiguity and is not affected by the terms of article 7(a). It fixes without doubt the time limits of its own operation. The evidence indicated that the purchasers, in acquiring the company's shares, were seeking more than 'bricks and mortar'. They wanted the Doerners with the business and while the agreement, including the covenant, did not provide for their employment, it did provide that if they were not in the company's employment they would not be in competition with it. The purchasers wanted a five-year restriction on the future employment of the Doerners after they terminated their employment with the Doerner Company. This period was to run from the date of the closing of the transaction if the Doerners did not thereafter become employed by the company, and from the date of termination of employment if they did. This was expressed in unequivocal language and it cannot be said to have bound the Doerners for a period extending too far into the future—see *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*<sup>3</sup>, for a covenant which governed the employment over a longer period. I can give no effect to this argument. The covenant, if not otherwise contrary to the law, bound the Doerners according to its clearly expressed terms at the time they terminated their employment with the Doerner Company.

The general principles governing cases of this nature are well settled. While, generally speaking, covenants in restraint of trade have been considered contrary to public policy and unenforceable, certain exceptions have been recognized. Covenants which restrain competition by an employee with his former employer, and those restraining a vendor of a business from competing with his purchaser, form two exceptions to the general rule where the restraint imposed is reasonable considering the interest of the respective parties and also the interest of the public. It is recognized that the public has an interest in the continued provision of goods and services resulting from the employment of skills acquired by employees in the course of their employment and,

<sup>3</sup> [1978] 2 S.C.R. 916.

question. A mon avis, la clause est clairement formulée en termes non équivoques et elle n'est pas touchée par les termes de l'al. 7a). Elle fixe indubitablement la durée de son application. Il ressort de la preuve qu'en acquérant les actions de la compagnie, les acheteurs désiraient obtenir plus qu'une coquille». Ils désiraient obtenir la participation des Doerner au sein de l'entreprise et bien que le contrat, y compris la clause, ne prévît pas leur emploi, il prévoyait effectivement que s'ils ne travaillaient pas pour la compagnie, ils ne devaient pas lui faire concurrence. Les acheteurs voulaient imposer pendant cinq ans une restriction à l'emploi futur des Doerner après la cessation de leur emploi auprès de la compagnie Doerner. Cette période devait courir depuis la date de la signature du contrat si les Doerner n'entraient pas au service de la compagnie, et depuis la date de la cessation de leur emploi s'ils travaillaient pour elle. Cette condition était formulée en termes non équivoques et l'on ne peut dire qu'elle a lié les Doerner pendant trop longtemps—voir *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*<sup>3</sup>, pour une clause qui limitait l'emploi pendant une plus longue période. Je ne peux retenir cet argument. Si l'engagement n'est pas par ailleurs contraire à la loi, il liait les Doerner conformément à sa teneur clairement exprimée si ces derniers mettaient fin à leur emploi auprès de la compagnie Doerner.

Les principes généraux qui s'appliquent aux affaires de cette nature sont bien établis. Bien que, d'une manière générale, les clauses restreignant le commerce aient été jugées contraires à l'intérêt public et sans force exécutoire, il existe certaines exceptions. Les clauses qui limitent la concurrence d'un employé avec son ancien employeur et celles qui empêchent le vendeur d'une entreprise d'entrer en concurrence avec l'acheteur sont deux exceptions à la règle générale lorsque la restriction imposée est raisonnable compte tenu des intérêts des parties respectives et également de l'intérêt du public. Il est reconnu que le public a un intérêt dans la fourniture continue de biens et de services qui résulte de l'utilisation de compétences acquises par des employés en cours d'emploi et, également,

<sup>3</sup> [1978] 2 R.C.S. 916.



as well, an interest in the continuation of the trade or business. Covenants which seek to interfere with such activity are to that extent injurious to the public interest. On the other hand, it is said that it is also in the public interest that a person who has built up a valuable business should be able to sell it and be competent in law to bind himself to refrain from competition with the business he has sold, so that a purchaser will be encouraged to acquire and thus maintain the business in active operation for the general public benefit, as well as his own profit.

A distinction also has been recognized between a covenant given by the vendor of a business to protect his purchaser, and one given by an employee terminating his employment to protect his employer from competition. This latter type of covenant, it has been said, may well arise from dealings between unequals and thus be oppressive to an employee. It may be acceptable, however, where the purpose of the covenant is not to prohibit the employee from exploiting the skills he has acquired in his past employment, but to protect the former employer against competition where the scope and nature of the employee's work and his contact with clients and customers of his former employer is such that he could readily do harm to his employer.

This subject was examined in this Court recently in *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, *supra*, where Dickson J. stated the principles, briefly summarized above, and collected the principal authorities. He accepted the test described by Lord Macnaghten in the *Nordenfelt* case, *supra*, and adopted in many other cases, to the effect that to be enforceable a restrictive covenant of this nature must be reasonable both in the interests of the parties to the covenant and in the interests of the public. He made it clear that the question of reasonableness must be determined in each case upon a consideration of the facts presented. With these considerations in mind I will seek to apply these principles to the peculiar facts of the case at bar.

To begin with, this case has been argued upon the basis that the covenant must be approached as

un intérêt dans la continuation du commerce ou de l'entreprise. Les clauses qui cherchent à entraver de telles activités sont, dans cette mesure, nuisibles à l'intérêt public. Par ailleurs, on dit qu'il est également dans l'intérêt public qu'une personne qui a bâti une entreprise de valeur puisse la vendre et s'engager légalement à ne pas faire concurrence à l'entreprise qu'elle a vendue, de sorte que l'acquisition et la poursuite de l'entreprise par un acheteur soient encouragées à l'avantage du public en général de même qu'à son propre avantage.

On a également reconnu une distinction entre une clause à laquelle consent le vendeur d'une entreprise pour protéger son acheteur, et celle à laquelle consent un employé qui met fin à son emploi pour protéger son employeur de la concurrence. On a dit que ce dernier type de clause pouvait bien résulter de pourparlers entre des personnes qui ne sont pas sur un pied d'égalité et être ainsi oppressif à l'égard de l'employé. Toutefois, elle peut être acceptable lorsque son but n'est pas d'interdire à l'employé d'utiliser les compétences qu'il a acquises dans son emploi antérieur, mais de protéger l'employeur antérieur contre la concurrence lorsque l'étendue et la nature du travail de l'employé et ses rapports avec les clients de son employeur antérieur sont tels qu'il pourrait facilement lui nuire.

Cette Cour s'est récemment penchée sur ce sujet dans l'affaire *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, précitée, où le juge Dickson a énoncé les principes, que je viens de résumer, et a réuni les principaux arrêts. Il a accepté le critère décrit par lord Macnaghten dans l'arrêt *Nordenfelt*, précité, et adopté dans plusieurs autres arrêts, portant que pour être exécutoire une clause restrictive de cette nature doit être raisonnable dans l'intérêt des parties et dans l'intérêt public. Il dit clairement que la question du caractère raisonnable doit être tranchée dans chaque cas après examen des faits présentés. Avec ces considérations à l'esprit, j'essaierai d'appliquer ces principes aux faits particuliers de l'espèce.

Tout d'abord, cette affaire a été plaidée en tenant pour acquis qu'il faut considérer l'engage-

a covenant given by a vendor of a business to a purchaser. Furthermore, it must be recognized that in the acquisition of this business the purchasers were acquiring a going concern and paying for more than physical assets. The price paid includes a substantial allowance for goodwill and the purchasers hoped to acquire, as has been pointed out, the services of the Doerners in the future conduct of the business. In the events which occurred they were successful in this last step but, again it must be noted, they were careful to guard against competition, having paid for the goodwill associated with the Doerners' intimate connection with the business by providing for a covenant restraining the Doerners from active competition for five years after the termination of their employment.

Both courts below considered the covenant was reasonable as between the parties and, indeed, the appellant did not strenuously argue that point before us. His attack was made on the aspect of reasonableness with regard to the public interest. In my view, the covenant was clearly reasonable considering the interests of the parties. The purchaser, having paid for the goodwill, was entitled to the five-year protection. The business had been conducted by the Doerners personally. They knew all the customers and enjoyed a virtual monopoly in the field in Canada. In the eyes of the public they *were* the business. It was this fact which made their continuation in the business so desirable, and their competition with the business so dangerous. The falloff in the business done by the company after the Doerners commenced a competitive operation in 1974 bears testimony to this proposition. While, as Dickson J. has said in *Elsley*, each case must be decided on the basis of its own peculiar facts, a review of the various cases on this subject (see such cases as *Elsley, supra*; *Herbert Morris, Limited v. Saxelby*<sup>4</sup>; *Connors Bros., Ltd. and Others v. Connors*<sup>5</sup>; and generally Cheshire & Fifoot's *Law of Contract* (9th ed. 1976), at pp. 381 *et seq.*) would indicate that the restrictions imposed in the case at bar fall within the range of

ment comme un engagement consenti par le vendeur d'une entreprise à un acheteur. De plus, il faut reconnaître que les acheteurs faisaient l'acquisition d'une entreprise en activité et que le prix englobait plus que les biens corporels. Une bonne partie du prix était destinée à l'achalandage et les acheteurs espéraient, comme je l'ai fait remarquer, obtenir les services des Doerner pour continuer à exploiter l'entreprise. Les événements ont montré qu'ils ont réussi dans cette dernière démarche mais, il faut encore le rappeler, ils ont eu la prudence de se prémunir contre la concurrence, puisqu'ils avaient payé l'achalandage relié aux rapports étroits des Doerner avec l'entreprise, en exigeant un engagement qui empêcherait ces derniers d'entrer en concurrence active pendant cinq ans après la cessation de leur emploi.

Les deux cours d'instance inférieure ont jugé que l'engagement était raisonnable entre les parties et, en fait, les appelants ne se sont pas acharnés à plaider cette question devant nous. Leurs arguments visaient plutôt l'aspect raisonnable de l'engagement vis-à-vis de l'intérêt public. À mon avis, l'engagement est manifestement raisonnable compte tenu des intérêts des parties. L'acheteur, qui a payé l'achalandage, a droit à la protection de cinq ans. L'entreprise avait été exploitée par les Doerner personnellement. Ils connaissaient tous les clients et jouissaient virtuellement d'un monopole dans le domaine au Canada. Aux yeux du public, ils *étaient* l'entreprise. C'est ce fait qui rendait si souhaitable le maintien de leur présence au sein de l'entreprise et si dangereuse leur concurrence avec elle. Le déclin des affaires de la compagnie après que les Doerner eurent mis sur pied une exploitation capable de la concurrencer en 1974, appuie cette proposition. Bien que, comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Elsley*, chaque affaire doit être décidée à partir de ses faits particuliers, un examen de la jurisprudence sur ce sujet (voir des arrêts tels *Elsley*, précité; *Herbert Morris, Limited v. Saxelby*<sup>4</sup>; *Connors Bros., Ltd. and Others v. Connors*<sup>5</sup> et en général Cheshire & Fifoot's *Law of Contract* (9<sup>e</sup> éd. 1976) aux pp. 381 et suiv.) tend à indiquer que les restrictions imposées en l'espèce

<sup>4</sup> [1916] 1 A.C. 688.

<sup>5</sup> [1940] 4 All E.R. 179.

<sup>4</sup> [1916] 1 A.C. 688.

<sup>5</sup> [1940] 4 All E.R. 179.

others which have been found acceptable.

The major attack by the appellants was based on the second branch of the test. It was said that this covenant was unreasonable with regard to the public interest, contrary to public policy, and therefore void. It was said that after taking control of the business the purchasers followed policies which were corrupt, monopolistic, and generally contrary to public policy, to such a degree that the Doerners were freed from the obligation to observe the covenant. The specific allegations made against the purchasers are set out in the statement of defence, para. 8:

8. Further, the Doerners left their employment with Doerner by reason of the unfair, unlawful and monopolistic business practices of Doerner all as instructed, authorized and condoned by Bliss. Such practices consist of the following:

- (a) Improper accounting for inventory and business purposes of Doerner;
- (b) Dumping of Doerner products in the United States;
- (c) Misuse of Government grants;
- (d) Monopolistic and anti-competitive pricing and marketing policies;
- (e) Avoidance and evasion of taxes, particularly by reason of the facts alleged in paragraph 8(a) and (b) hereof.

Much evidence was led at trial concerning these allegations and it was reviewed and considered in the Court of Appeal. In this Court we were referred extensively to parts of the evidence and we were urged to reconsider the findings expressed in the courts below. In both the courts below, after considering the arguments raised regarding the evidence, it was concluded that the allegations against the purchasers were not established. The position of an appellate court with respect to findings of fact made at trial has been frequently stated in this Court, see for example: *Stein v. The Ship "Kathy K"*<sup>6</sup> and authorities there considered. The trial judge must remain the judge of matters of fact where it can be shown that there was evidence before him on which he could base his findings, and where it is not shown that he has

<sup>6</sup> [1976] 2 S.C.R. 802.

cadrent bien avec celles qui ont été jugées acceptables.

C'est sur la deuxième branche du critère que les appelants fondent leurs principaux arguments. On a prétendu que cet engagement est déraisonnable vis-à-vis de l'intérêt public, contraire à l'ordre public et donc nul. On a prétendu qu'après avoir pris la direction de l'entreprise, les acheteurs ont suivi des politiques corrompues, monopolistiques et généralement contraires à l'ordre public à un point tel que les Doerner étaient libérés de l'obligation de respecter l'engagement. Les allégations précises formulées contre les acheteurs sont énoncées dans la défense, au par. 8:

[TRADUCTION] 8. De plus les Doerner ont quitté leur emploi auprès de Doerner en raison de ses pratiques commerciales injustes, illégales et monopolistiques, conformes aux directives de Bliss et autorisées et excusées par cette dernière. Voici quelles sont ces pratiques:

- a) des pratiques comptables irrégulières pour le stock et les objets de l'entreprise de Doerner;
- b) le dumping de produits Doerner aux États-Unis;
- c) l'emploi impropre de subventions du gouvernement;
- d) des méthodes de fixation des prix monopolistiques et contraires à la concurrence;
- e) l'évitement et l'évasion d'impôt en raison principalement des faits mentionnés aux alinéas 8a) et b).

Plusieurs éléments de preuve ont été apportés en première instance concernant ces allégations et ils ont été examinés et étudiés en appel. Devant cette Cour, on nous a cité de longs extraits de la preuve en nous demandant de réexaminer les conclusions formulées par les cours d'instance inférieure. Après avoir examiné les arguments présentés relativement à la preuve, les deux cours d'instance inférieure ont conclu que les allégations contre les acheteurs n'étaient pas fondées. La position d'une cour d'appel relativement aux conclusions de fait tirées en première instance a été souvent réitérée par cette Cour, voir par exemple: *Stein c. Le navire «Kathy K»*<sup>6</sup> et la jurisprudence qui y est examinée. Le juge de première instance doit demeurer le juge des questions de fait lorsqu'on peut démontrer que la preuve qui lui a été soumise

<sup>6</sup> [1976] 2 R.C.S. 802.

proceeded on any false principle or made any palpable error. In this case, on his view of the evidence, the trial judge concluded that allegations of wrongdoing had not been made out. The Court of Appeal on its consideration of the evidence reached the same conclusion. In this Court, we were invited to review the evidence and reverse the two courts below on matters of fact. I have considered the evidence and, while there was conflicting evidence on the issues of fact involved in the appellants' allegations of wrongdoing, I am not prepared to substitute my judgment for that of the trial judge in order to reach different conclusions from those which he adopted. The trial judge who heard the evidence reached his conclusions. It has not been shown, in my view, that he made any error and, like the Court of Appeal, I would decline to interfere. I would proceed then upon the basis that the allegations of wrongdoing against the respondents have not been established.

I do not wish it to be understood, however, that in an action upon a restrictive covenant the conduct of the plaintiff is irrelevant to the determination of his right to relief. Where the conduct of the purchaser in the operation of the acquired business has a direct relationship to the restrictive covenant obtained on the purchase, and where his behaviour in the conduct of that business raises grave issues of public policy, the Court may refuse to accord the relief to which he would otherwise be entitled. Where, for example, the covenantor has been required in the course of his employment by the purchaser to participate in a serious breach of the law relating to the conduct of the acquired business, the courts may well refuse the relief claimed because of such conduct and, in effect, release the covenantor from the obligations of the covenant. Here, as I have stated, there is no basis for interference with the concurrent findings of fact below, and this consideration does not come into play.

While it follows from the foregoing that the appeal must fail, I would like to add a comment

peut fonder ses conclusions, et lorsqu'il n'est pas établi qu'il a agi en se fondant sur des principes erronés ou qu'il a commis une erreur manifeste. En l'espèce, selon sa perception de la preuve, le juge de première instance a conclu que les allégations d'inconduite n'avaient pas été prouvées. Après une analyse de la preuve, la Cour d'appel est parvenue à la même conclusion. On a demandé à cette Cour de réexaminer la preuve et d'infirmer les conclusions des deux cours d'instance inférieure sur des questions de fait. J'ai considéré la preuve et, malgré certains éléments contradictoires sur les questions de fait énoncées dans les allégations d'inconduite présentées par les appelants, je ne suis pas disposé à substituer mon jugement à celui du juge de première instance pour parvenir à des conclusions différentes. Le juge de première instance qui a entendu les témoignages a tiré ses conclusions. A mon avis, on n'a pas démontré qu'il a commis une erreur et, comme la Cour d'appel, je m'abstiens d'intervenir. Je poursuis donc mon examen sur le fondement que les allégations d'inconduite que l'on oppose aux intimées n'ont pas été prouvées.

Je ne voudrais toutefois pas que l'on croie que, dans une action fondée sur une clause restrictive, la conduite du demandeur n'est pas pertinente à la détermination de son droit à un redressement. Lorsque la façon dont l'acheteur exploite l'entreprise acquise a un lien direct avec la clause restrictive obtenue lors de l'achat, et lorsque son comportement à cet égard pose de graves questions d'ordre public, le tribunal peut refuser d'accorder le redressement auquel il aurait autrement droit. Par exemple, lorsqu'on exige que dans le cadre de son emploi auprès de l'acheteur, le contractant participe à une violation grave de la loi concernant l'exploitation de l'entreprise acquise, les tribunaux pourront très bien refuser le redressement demandé en conséquence et, en fait, libérer le contractant des obligations que comporte la clause restrictive. Ici, comme je l'ai dit, rien ne permet d'intervenir dans les conclusions de fait concordantes des cours d'instance inférieure, et cette considération n'entre pas en jeu.

Bien qu'il découle de ce qui précède que le pourvoi doit être rejeté, j'aimerais commenter les

regarding the allegations made against the respondents and their relevance, in any event, to the issues in this case. The allegations are set out above in the extract from the statement of defence. Of the five allegations described, only the one in para. 8(d) could have any relevance here, *i.e.* the assertion that the respondents engaged in monopolistic and anti-competitive pricing. As to the other allegations, while the conduct complained of would have been made possible by the sale of the shares, it would not have been influenced by the restrictive covenant. Such conduct would be neither assisted nor impeded by the covenant. If it occurred, it did so as a result of the conscious decisions of the purchasers entirely unrelated to the restrictive covenant and not affected by it.

Regarding the allegations of monopolistic practice, it is apparent that it could have a bearing on the second branch of the *Maxim Nordenfelt* test, *i.e.* the question of reasonableness with respect to the public interest. However, in my view, even assuming such practices had been established, I am unable to conclude that the sale of the business and the giving of the restrictive covenant created any monopoly. The monopoly existed before the sale. It was conceded that the Doerners had about ninety-eight per cent of the Canadian market in the goods that they manufactured and sold prior to the sale transaction. The monopoly had been created by the appellants themselves and it rested largely upon their skill and industry in the pursuit of their business activities. They sold the product of their skill and industry and were paid for it. I cannot agree that they may now say that their creature is an evil thing contrary to public policy, whose continued existence would be harmful to the public interest. I agree with Morden J.A., in the Court of Appeal, and I adopt his words, when he said:

To the extent that the Doerner company in fact sold to 98% of the Canadian chair control market in 1965 I suppose it could be said that there was a monopoly but it is not suggested that there was anything improper or "pernicious" relating to this. In this regard, the observations of Viscount Maugham in *Connors Bros., Ltd.*,

allégations faites contre les intimées et leur pertinence, en tout état de cause, aux questions en litige. Les allégations sont formulées dans le passage précité de la défense. De ces cinq allégations, seule celle de l'al. 8d) pourrait être pertinente ici, c.-à-d., l'affirmation que les intimées se sont livrées à une fixation de prix monopolistique et contraire à la concurrence. Quant aux autres allégations, bien que la conduite alléguée puisse résulter de la vente des actions, elle n'est pas influencée par la clause restrictive. Pareille conduite n'en bénéficie pas et n'est pas entravée par elle. Le cas échéant, une telle conduite n'a pu résulter que des décisions conscientes des acheteurs sans aucunement être reliée à la clause restrictive et sans avoir été influencée par celle-ci.

Quant aux allégations de pratiques monopolistiques, il est évident qu'elles pourraient avoir un effet sur la deuxième partie du critère énoncé dans l'arrêt *Maxim Nordenfelt*, c.-à-d. la question du caractère raisonnable vis-à-vis de l'intérêt public. Toutefois, à mon avis, même si l'on tient pour acquis que de telles pratiques ont été prouvées, je suis incapable de conclure que la vente de l'entreprise et l'acquiescement à la clause restrictive aient créé un monopole. Le monopole existait avant la vente. On a admis que les Doerner détenaient environ quatre-vingt-dix-huit pour cent du marché canadien des marchandises qu'ils fabriquaient et vendaient avant la conclusion de la vente. Les appelants eux-mêmes avaient créé le monopole qui reposait en grande partie sur leur compétence et leur labeur dans la poursuite de leur activité commerciale. Ils ont vendu le produit de leur compétence et de leur labeur et en ont reçu le prix. Je ne peux accepter qu'ils puissent maintenant dire que leur création est mauvaise et contraire à l'ordre public et qu'il serait nuisible à l'intérêt public qu'elle demeure en existence. Je souscris à l'opinion du juge Morden et je fais mien le passage suivant de ses motifs:

[TRADUCTION] Dans la mesure où les ventes de la compagnie Doerner comptaient réellement pour 98 pour cent du marché canadien des éléments de réglage de siège en 1965, j'imagine que l'on peut dire qu'il existait un monopole, mais on ne prétend pas qu'il y ait eu là quelque chose d'incorrect ou de «pernicieux». A cet

[[1940] 4 All E.R. 179], at p. 195, is of some relevance to the facts of the present case:

'In the present case, it seems to their Lordships that there are no grounds for holding that a restriction restraining the respondent from carrying on a sardine business in Canada is likely to produce a real monopoly, since every other person in Canada can set up such a business, and the evidence is to the effect that some persons have done so. The practical difficulty in successfully competing with the appellants may well be due to their skill and enterprise and long experience.'

Therefore, any argument to the effect that the covenant was to create a monopoly fails to recognize that its enforcement cannot prevent others from competing in the market and, also, the legitimacy of reasonable protection against competition *from the defendants*. In a sense the defendants seem to be asserting that *they* could properly enjoy, through the Doerner company, a large portion of the chair control market but that it is not legitimate, as far as the public interest is concerned, for any purchaser from them to enjoy such benefit. I cannot accept such a submission.

I would add as well, since a submission on the point was raised in the appeal, that subject to what has been said above concerning proved misconduct, the question of reasonableness of a covenant of this nature must be considered with reference to the time the covenant was given. The English position in this regard is illustrated by comments in *Cheshire & Fifoot's Law of Contract*, (9th ed. 1976), at p. 378; *Gledhow Autoparts, Ltd. v. Delaney*<sup>7</sup>, per Diplock L.J. at p. 295 and *Commercial Plastics Ltd. v. Vincent*<sup>8</sup>, where Pearson L.J., speaking for the Court, dealt with the matter at p. 644. A comment from the Privy Council is to be found in *Attorney General of Australia v. Adelaide Steamship Co., Ltd.*<sup>9</sup>, per Lord Parker of Waddington, at p. 797. Canadian authority appears in *H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd.*<sup>10</sup>, in the Ontario Court of Appeal where Brooke J.A., speaking for the Court, said at p. 66:

<sup>7</sup> [1965] 3 All E.R. 288.

<sup>8</sup> [1965] 1 Q.B. 623 (C.A.).

<sup>9</sup> [1913] A.C. 781.

<sup>10</sup> [1973] 2 O.R. 57.

égard, la remarque du vicomte Maugham dans *Connors Bros., Ltd.*, [[1940] 4 All E.R. 179], à la p. 195 présente une certaine pertinence quant aux faits de l'espèce:

«Leurs Seigneuries sont d'avis qu'ici rien ne permet de conclure qu'une clause restrictive empêchant les intimes d'exploiter une entreprise de sardines au Canada aura vraisemblablement pour effet de créer un monopole réel, puisque toute autre personne au Canada peut constituer une telle entreprise et que, selon la preuve, certaines personnes l'ont fait. La difficulté pratique de faire une concurrence efficace aux appelants peut très bien s'expliquer par leur compétence, leur labeur et leur longue expérience.»

Donc, tout argument portant que la clause visait à créer un monopole omet de reconnaître que son application ne peut empêcher les autres d'entrer en concurrence sur le marché et, également, qu'il est légitime de se protéger raisonnablement contre la concurrence *des défendeurs*. D'une certaine façon, les défendeurs semblent faire valoir qu'ils pourraient à bon droit jouir, par l'intermédiaire de la compagnie Doerner, d'une grande partie du marché des éléments de réglage de siège mais qu'il n'est pas légitime, dans l'intérêt public, qu'un de leurs acheteurs jouisse de cet avantage. Je ne peux accepter cette prétention.

J'ajouterai également, puisqu'on a présenté des arguments sur cette question lors du pourvoi, que sous réserve de ce que j'ai déjà dit relativement à l'inconduite prouvée, la question du caractère raisonnable d'une clause de cette nature doit être examinée par rapport à l'époque où cette clause a été consentie. La position anglaise à cet égard est illustrée par des commentaires dans *Cheshire & Fifoot's Law of Contract*, (9<sup>e</sup> éd. 1976), à la p. 378; *Gledhow Autoparts, Ltd. v. Delaney*<sup>7</sup>, le lord juge Diplock à la p. 295 et *Commercial Plastics Ltd. v. Vincent*<sup>8</sup>, où le lord juge Pearson, parlant au nom de la Cour, a examiné la question à la p. 644. On trouve un commentaire du Conseil privé dans *Attorney General of Australia v. Adelaide Steamship Co., Ltd.*<sup>9</sup>, lord Parker of Waddington, à la p. 797. Un arrêt canadien qui fait autorité est *H. F. Clarke Ltd. v. Thermidaire Corp. Ltd.*<sup>10</sup>, devant la Cour d'appel de l'Ontario où le juge Brooke, a dit au nom de la Cour, à la p. 66:

<sup>7</sup> [1965] 3 All E.R. 288.

<sup>8</sup> [1965] 1 Q.B. 623 (C.A.).

<sup>9</sup> [1913] A.C. 781.

<sup>10</sup> [1973] 2 O.R. 57.

This covenant is a covenant in restraint of trade and, when considering whether or not it meets the test of reasonableness, regard must be had to the time when the covenant was made.

This principle was reasserted in the Ontario Court of Appeal in *Stephens v. Gulf Oil Canada Ltd. et al.*<sup>11</sup>.

For all of the above reasons, I would dismiss the appeal with costs to the respondents, and affirm the judgment of the Court of Appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the defendants, appellants: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

*Solicitors for the plaintiffs, respondents, Bliss & Laughlin Industries and Doerner Products Co. Limited: P. John Brunner, Toronto and Hobson, Wood, Jenkins, Duncan & Wellhauser, Waterloo.*

<sup>11</sup> (1975), 11 O.R. (2d) 129.

[TRANSLATION] Il s'agit d'une clause restreignant le commerce et lorsqu'on cherche à savoir si elle satisfait au critère du caractère raisonnable, il faut tenir compte de l'époque à laquelle elle a été ratifiée.

La Cour d'appel de l'Ontario a réaffirmé ce principe dans l'arrêt *Stephens v. Gulf Oil Canada Ltd. et al.*<sup>11</sup>

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens aux intimées, et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des défendeurs appelants: McCarthy & McCarthy, Toronto.*

*Procureurs des défenderesses, intimées, Bliss & Laughlin Industries and Doerner Products Co. Limited: P. John Brunner, Toronto et Hobson, Wood, Jenkins, Duncan & Wellhauser, Waterloo.*

<sup>11</sup> (1975), 11 O.R. (2d) 129.