

Marcel Desrosiers and Adélard Dufour
(*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

Jean-Marie Gauthier (*Defendant*)

and

Dame Gisèle Thibeault (*Defendant in
continuance of suit*) *Respondents*.

1977: February 2 and 3; 1977: April 29.

Present: Laskin C.J. and Martland, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Contracts — Contract of undertaking — Penal clause for delay in performance — Partial performance of work — Combination of offset damages and penalty under penal clause — Civil Code, arts. 1065, 1133.

Respondent (the contractor Gauthier) contracted with appellants (the owner) to build a race track for automobiles for a price of \$9,000. The contract of undertaking stipulated a penalty of \$100 for each day's delay in performing the contract. The contractor abandoned the work when he had completed only half of it, for which he had received \$4,500. The owner instituted proceedings to claim both the cost of the work required to complete the contract and the damages owing under the terms of the penal clause. The contractor brought a counterclaim for \$2,500 over and above the amount received for the work that he had already done. The Superior Court attributed the work stoppage to the contractor, ordered him to pay \$5,459.05, that is, the amount considered necessary to complete the work, and dismissed his counterclaim. However, it refused to award the damages stipulated in the penal clause on the grounds that when the contract was terminated, the penal clause was also terminated. The Court of Appeal affirmed the decision; hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

The appeal raises only one question: can the owner claim both the extra cost of the work remaining to be done and the penalty stipulated in the penal clause? If we adopt the position that appellants should have had the work completed if they wished to apply the penal clause, we should be giving a premium to contractors by encouraging them to abandon their contracts as soon as

Marcel Desrosiers et Adélard Dufour
(*Demandeurs*) *Appelants*;

et

Jean-Marie Gauthier (*Défendeur*)

et

Dame Gisèle Thibeault (*Défenderesse en
reprise d'instance*) *Intimés*.

1977: 2 et 3 février; 1977: 29 avril.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Contrats — Contrat d'entreprise — Clause pénale pour retard dans l'exécution — Exécution partielle des travaux — Cumul des dommages-intérêts compensatoires et de la pénalité en vertu de la clause pénale — Code civil, art. 1065, 1133.

L'intimé (l'entrepreneur Gauthier) s'est engagé pour le compte des appellants (le propriétaire) à construire une piste de course moyennant le prix de \$9,000. Le contrat d'entreprise stipulait une pénalité de \$100 pour chaque jour de retard dans l'exécution. L'entrepreneur a abandonné les travaux alors qu'il n'avait complété que la moitié environ des travaux pour lesquels il avait reçu \$4,500. Le propriétaire a institué une action pour réclamer, et le coût des travaux nécessaires pour compléter le contrat, et les dommages dus aux termes de la clause pénale. L'entrepreneur, se portant demandeur reconventionnel, a réclamé \$2,500, en sus du montant reçu, pour les travaux qu'il avait exécutés. La Cour supérieure a imputé l'arrêt des travaux à l'entrepreneur, l'a condamné à payer \$5,459.05 soit le montant estimé nécessaire pour terminer les travaux et l'a débouté de sa demande reconventionnelle. Cependant elle a refusé d'accorder les dommages stipulés dans la clause pénale pour le motif qu'en mettant fin au contrat, on a mis fin aussi à la clause pénale. La Cour d'appel a confirmé le jugement; d'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être rejeté.

Le pourvoi soulève une seule question: le propriétaire peut-il en même temps réclamer le coût excédentaire des travaux qui restent à faire et la pénalité stipulée dans la clause pénale. Se rallier à la position que les appellants, s'ils voulaient appliquer la clause pénale, se devaient de faire parachever l'ouvrage aboutirait à donner une prime à l'entrepreneur en l'invitant à abandonner son contrat

they realize that they will not be able to complete them within the time prescribed.

The penal clause involved in this case is directly related to the delay, and it is the second paragraph of art. 1133 C.C. which should be applied. In cases of failure of performance the creditor can obtain both performance, or the damages substituted for it, and the penalty stipulated for the delay. The practical problem when the work has not been performed is to calculate the number of days during which the penalty will be payable. It is then necessary to determine how long it will reasonably take to do it. The evidence on record leads us to conclude that in the case at bar the work could have been completed forty-five days after the deadline. The owner would therefore be entitled to damages of \$4,500 by reason of the penal clause.

Given the aforementioned conclusion, contractor-respondent should normally pay a further sum of \$4,500 to the owner. However, the trial judge, after assessing the cost of work at \$5,459.05, should have deducted from this sum the second instalment of the payment to which the owner would be entitled if he had completed the work, in other words \$4,500. The additional expense was in effect \$959.05, and the owner is entitled only to this sum. Since the latter receives \$4,500 more than he should under the judgment of the Superior Court, which is the same amount owing under the terms of the penalty clause, the Court sets off the excess amount and must dismiss the appeal.

Pottier c. Boisnard, D. 1899. 1. 310, *Soc des Ateliers Atlas c. Soc. L'Oyonnithe*, Gaz. Pal. 1925. 2. 480, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec affirming a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

René Boucher, for the appellants.

Jean Dionne, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DE GRANDPRÉ J.—On January 5, 1972, defendant-respondent (whom I shall call the contractor) contracted with plaintiffs-appellants (whom I shall call the owner) to build a race track for automobiles. The price agreed upon was \$9,000, the first half of which was payable when work commenced, and the second half when it had been completed.

lorsqu'il s'aperçoit ne pas être en mesure de le compléter en temps utile.

Il s'agit ici d'une clause pénale directement relié au retard et c'est le deuxième alinéa de l'art. 1133 C.c. qui doit recevoir son application. En cas d'inexécution, le créancier peut obtenir et l'exécution, ou les dommages qui en tiennent lieu, et la peine stipulée pour le retard. Le problème pratique est, lorsque les travaux n'ont pas été exécutés, de calculer le nombre de jours pendant lesquels sera payable la pénalité. Il faut alors déterminer le délai nécessaire à l'exécution raisonnable des travaux. Les éléments de preuve au dossier permettent de conclure qu'en l'espèce les travaux auraient pu être complétés 45 jours après la date prévue. Le propriétaire aurait donc droit à des dommages de \$4,500 en vertu de la clause pénale.

Vu la conclusion ci-dessus, l'entrepreneur-intimé devrait normalement payer une somme supplémentaire de \$4,500 au propriétaire. Toutefois, le juge de première instance aurait dû, après avoir estimé à \$5,459.05 le coût des travaux, déduire de cette somme la deuxième tranche du paiement à laquelle aurait eu droit l'entrepreneur s'il avait complété les travaux, soit \$4,500. La dépense supplémentaire était effectivement de \$959.05, c'est donc à cette somme seulement que le propriétaire a droit. Comme celui-ci reçoit aux termes du jugement de la Cour supérieure \$4,500 en trop, ce qui est le même montant qui lui serait dû en vertu de la clause pénale, la Cour effectue la compensation et doit rejeter le pourvoi.

Arrêts mentionnés: *Pottier c. Boisnard*, D. 1899. 1. 310, *Soc. des Ateliers Atlas c. Soc. L'Oyonnithe*, Gaz. Pal. 1925. 2. 480.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec, confirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

René Boucher, pour les appellants.

Jean Dionne, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE DE GRANDPRÉ—Le 5 janvier 1972, le défendeur-intimé (que j'appellerai l'entrepreneur) s'engage envers les demandeurs-appelants (que j'appellerai le propriétaire) à construire une piste de course pour automobiles. Le prix convenu est de \$9,000 dont la première moitié est payable au début des travaux et la deuxième, à la fin.

The contract was to be terminated on May 1, 1972, failing which (art. 13 of the agreement) [TRANSLATION] "a penalty of \$100.00 per day shall be payable by the contractor if the latter exceeds the deadline, namely May 1, 1972".

Work began at the end of February. At the end of April the owner granted an extension of one month to complete it. At the beginning of May the contractor abandoned the work. At that time he had completed a portion that is difficult to determine, but certainly not more than half. The contractor's decision was caused, in his view, by the serious problems he was encountering in the performance of his contract, the ground being partly flooded. According to him, the necessary drainage work was the responsibility of the owner, and the latter was refusing to do it.

After putting the contractor in default, the owner instituted proceedings on July 21, 1972, asking the Court to find that the contractor had failed to perform his contract, and order him to pay the owner

- (a) the cost of the work required to complete the contract, namely \$66,343.50;
- (b) the damages owing under the terms of the penal clause, damages initially assessed at \$9,000 and increased to \$18,000 on the morning of the trial.

In reply, the contractor objected that the owner is solely responsible for the stoppage of the work in view of his failure to carry out the drainage work. He added that the work that had already been done at the time of his departure entitled him to a claim of \$2,500, over and above the sum of \$4,500 he admitted he had received.

The Superior Court

- (1) attributed the work stoppage to the contractor; it was his responsibility to take the necessary steps to carry out his contract;
- (2) fixed at \$5,459.05 what it would cost the owner to complete the work, and ordered the contractor to pay this sum;
- (3) dismissed the contractor's counterclaim.

Le contrat doit se terminer le 1^{er} mai 1972 à défaut de quoi (art. 13 de la convention) «une pénalité de \$100.00 par jour sera payable par le contracteur si celui-ci excède la date limite, soit le 1^{er} mai 1972».

Les travaux débutent fin février. Dans les derniers jours d'avril, le propriétaire accorde une prolongation d'un mois pour les terminer. Au début de mai, l'entrepreneur les abandonne. A ce moment, il en a parfait une proportion difficile à déterminer mais qui ne dépasse certes pas la moitié. La décision de l'entrepreneur est motivée, à ses yeux, par les sérieuses difficultés qu'il rencontre dans l'exécution de son contrat, le terrain étant partiellement inondé. D'après lui, les travaux de drainage qui s'imposent sont à la charge du propriétaire et celui-ci refuse de les entreprendre.

Après mise en demeure, le propriétaire, le 21 juillet 1972, institue une action priant le tribunal de dire que l'entrepreneur est en défaut d'exécuter son contrat et de le condamner à payer au propriétaire

- a) le coût des travaux nécessaires pour compléter le contrat, soit \$66,343.50;
- b) les dommages dus aux termes de la clause pénale, dommages d'abord évalués à \$9,000 et majorés à \$18,000 le matin du procès.

A cette action, l'entrepreneur oppose que le propriétaire est seul responsable de l'arrêt des travaux vu son défaut de procéder au drainage. Et il ajoute que les travaux déjà exécutés au moment de son départ lui donnent droit à une réclamation de \$2,500, en sus du montant de \$4,500 qu'il admet avoir reçu.

La Cour supérieure a

- (1) imputé l'arrêt des travaux à l'entrepreneur; c'était sa responsabilité «de prendre les moyens nécessaires à l'exécution de son contrat»;
- (2) fixé à \$5,459.05 ce qu'il en coûterait au propriétaire «pour terminer les travaux» et condamné l'entrepreneur à payer cette somme;
- (3) débouté l'entrepreneur de sa demande reconventionnelle.

The Court of Appeal was in agreement with each of these findings.

The appeal raises only one question: can the owner claim both the extra cost of the work remaining to be done and the penalty stipulated in the penal clause? The Superior Court refused to award the damages stipulated in this clause for the following reasons:

[TRANSLATION] . . . what is involved here is not a delay but an abandonment of the contract; in these circumstances it is impossible to apply this penal clause, since if it were applied plaintiffs could claim the penalty indefinitely, that is so long as defendant had not completed his contract; the Court is of the opinion that when the contract was terminated, all its clauses, including number thirteen (13), were also terminated; in these circumstances the Court's task is no longer to apply one or some of the clauses of the contract, but rather to determine what are the real damages suffered by plaintiffs as a result of the fact that defendant wrongfully terminated the contract in question.

Crête J.A., speaking for Casey J.A. also, adopted the opinion of the trial judge:

[TRANSLATION] Even if we accept the fact that respondent terminated his contract of undertaking unilaterally and without authority, the contract must then be treated as null and void, with the result that the delay in performing it could no longer come into question as such; otherwise, as the trial judge said, "plaintiffs could claim it [the penalty] indefinitely, that is so long as defendant had not completed his contract".

It seems to me that this situation is all the more unacceptable in that appellants have also claimed damages as a result of the failure to perform the contract. They have in effect taken the position that respondent's refusal to proceed with his work meant that the contract had been terminated and gave rise to their remedy of compensatory damages.

Montgomery J.A. came to the same conclusions for reasons he expressed as follows:

The facts are somewhat special. On Defendant's refusal to complete the work in accordance with his contract, the normal course for Plaintiffs to have followed would have been to have the work completed by another contractor as quickly as possible. They might then have recovered from Defendant the difference between the

La Cour d'appel a été d'accord avec chacune de ces conclusions.

Le pourvoi soulève une seule question: le propriétaire peut-il en même temps réclamer le coût excédentaire des travaux qui restent à faire et la pénalité stipulée dans la clause pénale? La Cour supérieure a refusé d'accorder les dommages stipulés par cette clause pour les motifs suivants:

. . . présentement il ne s'agit pas d'un retard mais de l'abandon du contrat; dans ces circonstances, il est impossible d'appliquer cette clause pénale car si on l'appliquait les demandeurs pourraient la réclamer éternellement, c'est-à-dire tant que le défendeur ne terminerait pas son contrat; en mettant fin au contrat, le Tribunal est d'opinion qu'on a aussi mis fin à toutes les clauses du contrat, y inclus la clause numéro treize (13); dans ces circonstances, il ne s'agit plus maintenant pour le Tribunal d'appliquer une ou quelques-unes des clauses du contrat, mais plutôt de déterminer quels sont les dommages réels subis par les demandeurs du fait que le défendeur a injustement mis fin au contrat en question.

Monsieur le juge Crête, exprimant à la fois les vues de M. le juge Casey et les siennes, adopte les vues du premier juge:

Même si on accepte que l'intimé, unilatéralement et sans droit, a mis fin à son contrat d'entreprise, on doit considérer que le contrat est alors devenu sans objet et non avenu, de sorte que le retard à l'exécuter, comme tel, ne pouvait plus entrer en ligne de compte; autrement, comme l'a dit le premier juge, «les demandeurs pourraient la réclamer (la pénalité) éternellement, c'est-à-dire tant que le défendeur ne terminerait pas son contrat».

Il me paraît que ce serait une situation d'autant plus exorbitante que les appellants ont également réclamé leurs dommages dus à l'inexécution du contrat. C'est qu'à vrai dire, ils ont eux aussi pris la position que le refus de l'intimé de poursuivre ses travaux signifiait la terminaison du contrat et donnait ouverture à leur recours pour dommages compensatoires.

Pour sa part, M. le juge Montgomery en arrive aux mêmes conclusions pour des motifs qu'il exprime en ces termes:

[TRADUCTION] Les faits sont assez particuliers. Lorsque le défendeur a refusé d'achever les travaux selon les termes du contrat, les demandeurs auraient dû normalement chercher à faire faire les travaux par un autre entrepreneur le plus rapidement possible. Ils auraient pu ensuite recouvrer du défendeur la différence entre le

cost of completing the work and the balance payable to Defendant under the contract, i.e. \$4,500.00. They might also have claimed \$100.00 a day for the period between 1st May, 1972, and the date of the actual completion, being liquidated damages for the delay in accordance with the penal clause in the contract.

As regards the penal clause, I agree with the trial judge and my colleague that, under the circumstances, it should not be enforced. This clause was not, in my opinion, intended to cover a situation where the completion of the work may be delayed indefinitely. See in this connection Art. 1020 of the *Civil Code*, which reads as follows:

However general the terms may be in which a contract is expressed, they extend only to the things concerning which it appears that the parties intended to contract.

If Plaintiffs desired to enforce the penalty clause, then it behooved them to take steps to have the work completed with the least possible delay in order to minimize the damages, and this they failed to do.

I cannot share this conclusion. In my opinion this would be giving a premium to contractors who have no professional ethics, by encouraging them to abandon their contracts as soon as they realize that they will not be able to complete them within the time prescribed. Moreover, I am not convinced that the owner is in a better position, if instead of having the work completed immediately, as Montgomery J.A. suggests, he simply takes action to claim the cost, as the owner did in the case at bar. It is true that the course of action decided upon by the owner in this case makes it more difficult to assess the damages; this difficulty does not, however, mean he is not entitled to them.

The penal clause involved in this case is directly related to the delay. It is therefore the second paragraph of art. 1133 C.C. which should be applied. To put it in context, I shall cite the entire article:

The creditor may enforce the performance of the primary obligation, if he elect so to do, instead of demanding the stipulated penalty.

But he cannot demand both, unless the penalty has been stipulated for a simple delay in the performance of the primary obligation.

coût de l'achèvement des travaux et le solde payable au défendeur aux termes du contrat, c.-à-d. \$4,500. Ils auraient pu également réclamer la pénalité de \$100 par jour prévue au contrat, pour la période du 1^{er} mai 1972 à la date de l'achèvement des travaux, à titre de dommages-intérêts pour le retard subi.

En ce qui concerne la clause pénale, je partage l'opinion du juge de première instance et de mon collègue selon laquelle, dans les circonstances, cette clause ne peut être appliquée. A mon avis, elle ne devait pas servir à régler le cas où l'achèvement des travaux est retardé indéfiniment. Voir à cet égard l'article 1020 du *Code civil*, dont voici le libellé:

Quelque généraux que soient les termes dans lesquels un contrat est exprimé, ils ne comprennent que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposés de contracter.

Si les demandeurs avaient voulu que soit appliquée la clause pénale, il leur incombaît alors de prendre les mesures nécessaires pour l'achèvement des travaux et ce, dans les plus brefs délais afin de minimiser les dommages; et cela ils ont omis de le faire.

Je ne puis partager cette conclusion. A mes yeux, ce serait là donner une prime à l'entrepreneur manquant de conscience professionnelle en l'invitant à abandonner son contrat lorsqu'il s'aperçoit ne pas être en mesure de le compléter en temps utile. Par ailleurs, je ne puis me convaincre que le propriétaire est en meilleure posture si, au lieu de faire compléter immédiatement les travaux, comme le suggère M. le juge Montgomery, il prend tout simplement des procédures pour en réclamer le coût, comme l'a fait le propriétaire en l'espèce. Il est vrai que la voie choisie par le propriétaire en l'espèce rend plus difficile l'évaluation des dommages; cette difficulté, toutefois, n'équivaut pas à l'absence de droit.

Nous sommes ici devant une clause pénale reliée directement au retard. C'est donc le deuxième alinéa de l'art. 1133 C.c. qui doit recevoir son application. Pour le replacer dans son contexte, je citerai tout l'article:

Le créancier peut, s'il le veut, poursuivre l'exécution de l'obligation principale au lieu de demander la peine stipulée.

Mais il ne peut demander en même temps les deux, à moins que la peine n'ait été stipulée pour le simple retard dans l'exécution de l'obligation principale.

The entire section VI of c. 7, as well as art. 1065 C.C. must obviously be added to this provision. The law allows two types of penal clause: those providing for liquidated damages for failure of performance and those providing a penalty for a simple delay. In the first case the creditor must choose between performance and the penalty. In the second case such a choice is not imposed upon him; the creditor can obtain both performance, or the damages substituted for it, and the penalty stipulated for the delay. It should be noted that the second paragraph of art. 1133 C.C. is to the same effect as the second paragraph of art. 1229 of the French Code. As the codifiers noted at page 21 of the relevant report, the articles in section VI "make no departure from the rules established in the articles of the French Code, numbered from 1226 to 1233, except in the omission of the article 1229, declaring the penalty to be the compensation for damages suffered from the inexecution of the obligation". The omission mentioned by the codifiers obviously refers only to the first paragraph of art. 1229. It is thus permissible when studying the question to rely on the French as much as on the Quebec authorities.

The principle that the effective performance of the principal obligation can be joined with an exacting of the penalty provided for delays (*Juris-classeur civil*, arts. 1226-1233, No. 117) has not been seriously disputed. However, respondent submits that such joinder is not permitted where the actual performance is replaced by compensatory damages, as in the case at bar, and the Quebec courts agreed with him. I am not of this opinion. We are not dealing here with a case of complete failure of performance, a situation which the Cour de cassation has examined on several occasions, for example in *Soc. des Ateliers Atlas c. Soc. L'Oyonnithe*¹. We therefore do not have to decide what our conclusion would be in that case.

In the case at bar, the contractor abandoned the work midway through, relatively soon before the end of the stipulated period. The parties had agreed on the construction of a race track for a specified date, so that it could be in operation during the summer months. On the date agreed

A ce texte, il faut évidemment ajouter toute la section VI du c. 7, ainsi que l'art. 1065 C.c. Deux types de clauses pénales sont permises par la loi, celle qui liquide les dommages dus à l'inexécution et celle qui est stipulée pour le simple retard. Dans le premier cas, le créancier a le devoir de choisir entre l'exécution et la peine. Dans le second cas, un tel choix ne lui est pas imposé; le créancier peut obtenir et l'exécution, ou les dommages qui en tiennent lieu, et la peine stipulée pour le retard. A noter que le deuxième alinéa de l'art. 1133 C.c. est au même effet que le deuxième alinéa de l'art. 1229 du code français. Comme l'ont noté les codificateurs à la page 21 du rapport pertinent, les articles de la section VI «ne s'écartent des règles contenues dans les articles du code français de 1226 à 1233, que par l'omission de l'article 1229 qui déclare que la peine est la compensation des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation». L'omission, dont parlent les codificateurs, réfère évidemment au seul premier alinéa de l'art. 1229. Dans l'étude de la question, il est donc loisible de s'appuyer tant sur les autorités françaises que sur les autorités québécoises.

Il n'est pas sérieusement contesté que «l'exécution effective de l'obligation principale peut se cumuler avec l'exigence de la peine prévue pour retards» (*Juris-classeur civil*, art. 1226-1233, n° 117). Mais l'intimé soumet que ce cumul n'est pas permis lorsque l'exécution effective est remplacée par des dommages-intérêts compensatoires, comme en l'espèce, et les tribunaux du Québec ont été d'accord avec lui. Je ne suis pas de cet avis. Nous ne sommes pas ici devant un cas d'inexécution complète sur laquelle la Cour de cassation s'est penchée à plusieurs reprises, par exemple dans l'arrêt *Soc. des Ateliers Atlas c. Soc. L'Oyonnithe*¹. Nous n'avons donc pas à décider quelle serait notre conclusion dans ce cas.

Dans la présente affaire, l'entrepreneur a abandonné les travaux à mi-chemin, relativement peu de temps avant la fin de la période stipulée. Les parties avaient convenu de la construction d'une piste de course pour une date déterminée permettant ainsi son exploitation durant la belle saison. A

¹ Gaz. Pal. 1925. 2. 480.

¹ Gaz. Pal. 1925. 2. 480.

upon the owner had received only half of his track, for which he had paid half the price. There is nothing to prevent the courts from awarding him damages for the extra cost of the work required to complete the project—\$5,459.05 instead of \$4,500—as well as the damages resulting from the delay, liquidated by the penal clause.

This plurality is accepted by Trudel in his *Droit civil*, Vol. 7-bis under art. 1065, at p. 243, No. 351. After setting out the remedies available to the creditor, and after pointing out that the third of these remedies is rescission of the contract, the author writes:

[TRANSLATION] The creditor may join to each of the three remedies we have just discussed a claim for any damages he may have suffered by reason of the failure to perform the obligation, or by reason of any delay in the debtor's performance.

A major segment of French legal opinion is of this view, and I fall in with it readily. Thus Planiol and Ripert, *Droit civil*, Vol. VII, (2d) 1954, at p. 208, No. 875, write:

[TRANSLATION] The situation is different if the penalty was provided for the case of a simple delay. It can then be joined either to the actual performance, where the creditor finally obtains it belatedly, or to the damages, determined by the court or under the agreement, which are owing by reason of definitive failure of performance.

Demogue in fact observed in his *Traité des Obligations en général*, T. VI, Vol. 2, 1931, at p. 504, No. 471:

[TRANSLATION] It is also possible to obtain enforcement of the penal clause for delay and rescission for failure of performance with damages, since moratory and compensatory damages can be had together.

The same opinion is found in Mazeaud, *Responsabilité civile*, Vol. III, 5th ed., 1960, at p. 454, No. 2323:

[TRANSLATION] In cases of definitive failure of performance (total or partial), however, moratory damages can be awarded at the same time as compensatory damages. The person responsible is obliged to redress the injury from the moment he caused it, a redress which must be made in kind, or, failing that, in an equivalent. If the person responsible does not make redress immediately, the victim may suffer a further injury arising out of the delay in redressing the first

la date convenue, le propriétaire n'a reçu que la moitié de sa piste pour laquelle il a déboursé la moitié du prix. Rien ne s'oppose à ce que les tribunaux lui accordent les dommages que lui causera le coût excédentaire des travaux nécessaires au parachèvement de l'ouvrage—\$5,459.05 au lieu de \$4,500—, ainsi que les dommages dus au retard, liquidés par la clause pénale.

Ce cumul, Trudel l'admet, dans son *Droit civil*, vol. 7-bis, sous l'art. 1065, à la p. 243, n° 351. Après avoir exposé les recours ouverts au créancier, et avoir souligné que le troisième de ces recours est la résiliation du contrat, l'auteur écrit:

Le créancier peut joindre à chacun des trois recours dont nous venons de parler une réclamation pour les dommages qu'il a pu subir à raison de l'exécution de l'obligation ou à raison du retard que le débiteur a pu apporter à son exécution.

Une partie importante de la doctrine française est de cet avis et je m'y range volontiers. Ainsi Planiol et Ripert, *Droit civil*, t. VII, 2^e éd. 1954, à la p. 208, n° 875, écrivent:

Il en est autrement si la peine a été stipulée pour le cas de simple retard. Elle se cumule alors, soit avec l'exécution effective, quand le créancier finit par l'obtenir tardivement, soit avec les dommages-intérêts, judiciaires ou conventionnels, qui sont dus à raison de l'inexécution définitive.

Demogue, dans son *Traité des Obligations en général*, t. VI, vol. 2, 1931, à la p. 504, n° 471, avait déjà écrit:

On peut aussi obtenir l'exécution de la clause pénale pour retard et la résiliation pour inexécution avec dommages-intérêts. Car on peut cumuler les dommages-intérêts moratoires et compensatoires.

On retrouve la même doctrine dans Mazeaud, *Responsabilité civile*, t. III, 5^e éd., 1960, à la p. 454, n° 2323:

Mais, en cas d'inexécution définitive (totale ou partielle), des dommages-intérêts moratoires peuvent être dus en même temps que les dommages-intérêts compensatoires. Le responsable est tenu de réparer le préjudice dès l'instant où il l'a causé, réparation qui doit s'effectuer en nature ou, à défaut, en équivalent. Si le responsable ne répare pas immédiatement, la victime peut subir un second préjudice qui a sa source dans le retard apporté à la réparation du premier dommage; ce second

injury; this second injury resulting from the delay will give rise to moratory damages, which will be awarded in addition to the compensatory damages owing by reason of the first injury.

See also Demolombe, *Cours de Droit civil*, Vol. 26, T. 3, 1880, at p. 577, No. 655; Marty-Raynaud, *Droit civil*, T. II, Vol. 1, 1962, at p. 591, No. 544; and the note on *Pottier v. Boisnard*².

I therefore conclude that the owner can claim both the extra cost of the work remaining to be done and the penalty stipulated by the penal clause. As I said earlier, the practical problem in the case at bar is to calculate the number of days during which the sum of \$100 stipulated by the penal clause for each day of delay will be payable. Where the work has in fact been done, as Montgomery J.A. pointed out, the date on which the work was terminated makes it easy to calculate the liquidated damages. If, as in the case at bar, the work has not been performed, it is necessary to determine how long it will reasonably take to do it. Unfortunately we do not have the benefit of a complete record on the question, and we must find the ingredients of solution in a few bits of evidence. It seems to me that those ingredients are as follows:

- (1) since the deadline was extended from May 1 to June 1, 1972, the starting point for calculating the liquidated damages should be this latter date;
- (2) the contract provided for a performance period of approximately 110 days, and respondent said in his testimony that he thought he could complete the whole project in 45 days;
- (3) approximately half the work had been done when the contractor left the site at the beginning of May;
- (4) from this time the owner was in a position to give the work to someone else, and it can be assumed that it could have been completed sixty days later, in view of the trial judge's finding that this work could be done more easily during the cold season.

préjudice résultant du retard donnera lieu à des dommages-intérêts moratoires, qui viendront s'ajouter aux dommages-intérêts compensatoires dus en raison du premier dommage.

Voir aussi Demolombe, *Cours de Droit civil*, vol. 26, t. 3, 1880, à la p. 577, n° 655; Marty-Raynaud, *Droit civil*, t. II, vol. 1, 1962, à la p. 591, n° 544; et la note au sujet de l'arrêt *Pottier c. Boisnard*².

Je conclus donc que le propriétaire peut en même temps réclamer le coût excédentaire des travaux qui restent à faire et la pénalité stipulée dans la clause pénale. Comme je l'ai souligné plus haut, le problème pratique en l'espèce est de calculer le nombre de jours pendant lesquels sera payable la somme de \$100 stipulée par la clause pénale pour chaque jour de retard. Lorsque de fait les travaux ont eu lieu, comme le souligne M. le juge Montgomery, la date de terminaison des travaux permet un calcul facile des dommages liquidés. Si, comme en l'espèce, les travaux n'ont pas été exécutés, il faut déterminer le délai nécessaire à leur exécution raisonnable. Malheureusement, nous n'avons pas le bénéfice d'un dossier complet sur la question et il nous faut retrouver les éléments de la solution dans quelques bribes de preuve. Ces éléments me semblent les suivants:

- (1) le délai ayant été prolongé du 1^{er} mai au 1^{er} juin 1972, le point de départ dans le calcul des dommages liquidés doit être cette dernière date;
- (2) le contrat prévoyait en gros une période d'exécution de 110 jours et l'intimé, dans son témoignage, a affirmé qu'il croyait pouvoir compléter le tout en 45 jours;
- (3) environ la moitié des travaux avait été faite au moment où l'entrepreneur a quitté les lieux au début de mai;
- (4) dès ce départ, le propriétaire était en mesure de confier les travaux à quelqu'un d'autre et on peut tenir qu'ils auraient pu être terminés 60 jours plus tard, compte tenu de la conclusion du premier juge que ces travaux étaient plus facilement exécutables pendant la saison froide.

² D. 1899. 1. 310.

² D. 1899. 1. 310.

From these facts, which once again are very incomplete and imprecise, it can be concluded that if the work had been commenced as soon as the contractor-respondent left, it could have been completed about mid-July, that is forty-five days after June 1. The owner would therefore be entitled to damages of \$4,500 by reason of the penal clause.

If it were not for the point I have yet to deal with, the appeal should be allowed and respondent ordered to pay a further sum of \$4,500 in addition to the sum mentioned in the judgment *a quo*. However, there is a set-off to be determined. As Montgomery J.A. pointed out, if the contractor-respondent had completed the work in accordance with the contract, he would have been entitled to the second instalment of the payment, in other words to the sum of \$4,500. When the trial judge assessed the cost of the work to be done after May 1, 1972 at \$5,459.05, he was in essence concluding that the owner would incur, as a result of the contractor's default, an additional expense of \$959.05, or the difference between the cost of the work to be done by a second contractor (\$5,459.05) and the amount (\$4,500) the owner would have had to spend for the second part of the work if the contractor-respondent had fulfilled his obligations. By mistake, instead of awarding only this difference of \$959.05 the trial judge awarded the full amount of the work to be done, that is \$5,459.05. The net result is that under the judgment of the Superior Court the owner receives \$4,500 more than he should. No cross-appeal was brought, but this does not prevent us from setting the excess amount awarded by the Superior Court off against the amount owing under the terms of the penalty clause. Since these two amounts are equal, being \$4,500 each, I must conclude that the appeal should be dismissed.

In view of the very special circumstances of this case, each party should bear its own costs.

Appeal dismissed without costs.

Solicitors for the appellants: Desrosiers & Boucher, Sept-Îles, Quebec.

Solicitors for the respondent: Dionne, Gauthier & Lebel, Sept-Îles, Quebec.

Sur ces faits qui, encore une fois, sont bien incomplets et bien imprécis, on peut conclure que les travaux, s'ils avaient été entrepris dès le départ de l'entrepreneur-intimé, auraient pu être complétés vers la mi-juillet, soit 45 jours après le 1er juin. Le propriétaire aurait donc droit à des dommages de \$4,500 à raison de la clause pénale.

Si ce n'était du point qu'il me reste à traiter, le pourvoi devrait donc être accueilli et l'intimé condamné à payer une somme supplémentaire de \$4,500 s'ajoutant à la somme mentionnée dans le jugement dont appel. Toutefois, il y a une compensation à établir. Comme le souligne M. le juge Montgomery, si l'entrepreneur-intimé avait complété les travaux en conformité du contrat, il aurait eu droit à la deuxième tranche du paiement soit à la somme de \$4,500. Lorsque le premier juge a évalué à \$5,459.05 le coût des travaux à effectuer après le 1^{er} mai 1972, il a conclu en substance que le propriétaire, par le défaut de l'entrepreneur, devait encourir une dépense supplémentaire de \$959.05, soit la différence entre le coût des travaux à être effectués par un deuxième entrepreneur (\$5,459.05) et le prix (\$4,500) qu'aurait dû débourser le propriétaire pour la deuxième partie des travaux si l'entrepreneur-intimé avait respecté ses obligations. Par erreur, le premier juge, au lieu d'accorder seulement cette différence de \$959.05, a accordé le plein montant des travaux à effectuer, soit \$5,459.05. Le résultat net, c'est qu'aux termes du jugement de la Cour supérieure, le propriétaire reçoit \$4,500 de plus qu'il aurait dû toucher. Il n'y a pas ici d'appel incident, ce qui ne nous empêche pas d'effectuer compensation entre le montant en trop accordé par la Cour supérieure et le montant dû aux termes de la clause pénale. Comme ces deux montants sont égaux, savoir \$4,500, il me faut conclure que le pourvoi devrait être rejeté.

Vu les circonstances très spéciales de ce dossier, chaque partie devrait supporter ses frais.

Pourvoi rejeté sans dépens.

Procureurs des appelants: Desrosiers & Boucher, Sept-Îles, Québec.

Procureurs de l'intimée: Dionne, Gauthier & Lebel, Sept-Îles, Québec.