
Max Tanenbaum (*Defendant*) *Appellant*;
and
Sydney Sears (*Plaintiff*) *Respondent*;
and
Sydney Sears Real Estate Limited (*Plaintiff*);
and
Downsview Meadows Limited (*Defendant*).

1971: February 24, 25; 1971: May 31.

Present: Judson, Ritchie, Hall, Spence and Laskin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Max Tanenbaum (*Défendeur*) *Appelant*;
et
Sydney Sears (*Demandeur*) *Intimé*;
et
Sydney Sears Real Estate Limited
(*Demanderesse*);
et
Downsview Meadows Limited (*Défenderesse*).

1971: les 24 et 25 février; 1971: le 31 mai.

Présents: Les Juges Judson, Ritchie, Hall, Spence et
Laskin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL D'ONTARIO

Contracts — Pre-incorporation agreement — Four parties agreeing to cause proposed company to pay selling commissions on sale of lots — Commissions to be paid to real estate firm owned by one of the parties — Payments not made — Three parties and nominees dropping out of company — Action on agreement dismissed.

Four persons, including the plaintiff Sears and the defendant Tanenbaum, entered into a pre-incorporation agreement for the purpose of completing the purchase of certain lands which were to be developed and sold. Under cl. 17(b) of the agreement the parties agreed that on the sale of each lot, whether sold by Sydney Sears Real Estate Ltd. or not, they would cause the company that was to be incorporated to pay to the said real estate firm, a selling commission of \$50 per lot. After the proposed company was incorporated, the lands were purchased and 484 lots were sold but the commissions were not paid.

In an action brought on cl. 17(b), the plaintiff joined as co-plaintiff his wholly-owned corporation Sydney Sears Real Estate Ltd., and he named as co-defendants Tanenbaum and Downsview Meadows Ltd., which was the corporation brought into being under the agreement. The trial judge dismissed the action against this corporation, and also dismissed the claim in the action made by Sydney Sears Real Estate Ltd. No appeal was taken from these dismissals. Sears succeeded against Tanenbaum; he was granted damages in the amount of \$24,200 which was to be paid to him in trust for Sydney Sears Real Estate Ltd. On appeal, the Court of Appeal varied the trial judgment and Tanenbaum was ordered to pay the sum of \$24,200 directly to Sydney Sears Real Estate Ltd. Tanenbaum then appealed to this Court.

Held (Ritchie and Spence JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the action dismissed.

Per Judson, Hall and Laskin JJ.: A company controlled by Tanenbaum had become the owner of Downsview; the other three original parties to the pre-incorporation agreement and their nominees had dropped out of the company before any attempt was made to have cl. 17(b) implemented. It was a reasonable inference, in the events that happened, that the parties to the agreement abandoned what they had agreed to under cl. 17(b).

Clause 17(b) could not be read as involving separately enforceable obligations of each of the parties thereto to cause Downsview to provide for

Contrat — Accord en prévision de la constitution d'une compagnie — Quatre parties s'obligeant à faire payer par une compagnie à former une commission sur la vente de lots — Commission devant être payée à une société immobilière appartenant à l'une des parties — Les paiements n'ont pas été faits — Trois des parties et leurs représentants se sont retirés de la compagnie — Action au sujet de l'accord rejetée.

Quatre personnes, y compris le demandeur Sears et le défendeur Tanenbaum, ont signé un accord en prévision de la constitution d'une compagnie qui se porterait acquéreur de certains terrains et procéderait à leur mise en valeur et à leur vente. En vertu de l'art. 17(b) de l'accord, les parties s'obligent, lors de la vente de chaque lot, qu'elle soit faite par l'entremise de Sydney Sears Real Estate Ltd. ou non, à faire payer, par la compagnie à constituer, à ladite société immobilière une commission de \$50 par lot. Après la formation de la compagnie, les terrains ont été achetés et 484 lots ont été vendus sans qu'aucune commission ne soit payée.

Dans son action intentée au sujet de l'art. 17(b), le demandeur s'est associé comme codemandeur la compagnie dont il est l'unique propriétaire, Sidney Sears Real Estate Ltd., et a joint comme codéfendeurs Tanenbaum et Downsview Meadows Ltd., la compagnie formée par suite de l'accord. Le juge de première instance a rejeté l'action à l'égard de cette dernière compagnie de même que la demande formée dans cette action par Sydney Sears Real Estate Ltd. Il n'y a pas eu appel de ces décisions. Sears a eu gain de cause contre Tanenbaum; le juge lui a accordé des dommages au montant de \$24,200, à lui être payés, en fiducie, au profit de Sydney Sears Real Estate Ltd. La Cour d'appel a modifié ce jugement et ordonné que Tanenbaum paie directement à Sydney Sears Real Estate Ltd. la somme de \$24,200. Tanenbaum a appelé à cette Cour.

Arrêt: L'appel doit être accueilli et l'action rejetée, les Juges Ritchie et Spence étant dissidents.

Les Juges Judson, Hall et Laskin: Une compagnie contrôlée par Tanenbaum est devenue propriétaire de Downsview; les trois autres parties à l'accord en prévision de la constitution d'une compagnie et leurs représentants se sont retirés avant que qui ce soit ne tente de faire mettre l'art. 17(b) à exécution. On peut raisonnablement conclure, de ce qui est arrivé par la suite, que les parties à l'accord ont renoncé à ce qu'elles avaient arrêté en vertu de l'art. 17(b).

L'article 17(b) ne peut pas être interprété comme comportant des obligations divisibles, entre les parties qui y ont souscrit, d'obtenir de Downsview

the payments to Sears' real estate firm. It envisaged a collective obligation, or one that it was open to Sears to seek to enforce against his co-contractors while asserting his own readiness and willingness.

The Court of Appeal's statement that specific performance would not be ordered where the effect would be to cause a third person to discharge an obligation under an agreement to which it was not a party, especially where that obligation was not one assumed by the third party, was a proper view of the case. The Court of Appeal's second ground for denying specific performance, *i.e.*, because it would oblige Tanenbaum, in his capacity as president and a director of Downsview, to vote or act in a particular way in a matter in which the company was not involved, reinforced the above-stated view of the nature of the obligation created by cl. 17(b).

The basis on which the Court of Appeal put Tanenbaum's liability could not be accepted. Clause 17(b) did not imply a personal covenant by Tanenbaum to pay Sear's firm.

Per Ritchie and Spence JJ., dissenting: There was adequate and convincing evidence that the pre-incorporation agreement remained a valid and subsisting agreement and that there was no abandonment thereof. Contrary to the view of the Court of Appeal, a personal covenant of Tanenbaum to pay could not be substituted for the covenant set out in cl. 17(b). The reasons given by the Court of Appeal for concluding that Sears was barred from obtaining a decree of specific performance were not accepted.

The appeal should be allowed only to the extent of substituting for the order of the Court of Appeal a declaration that cl. 17(b) is a binding contract between the plaintiff Sears and the defendant Tanenbaum, and directing that the said defendant specifically perform the said contract by causing Downsview to pay to Sydney Sears Real Estate Ltd. a sum of \$24,200.

[*Beswick v. Beswick*, [1968] A.C. 58; *Ringuet v. Bergeron*, [1960] S.C.R. 672, considered.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹, varying a judgment of Stark J. Appeal allowed, Ritchie and Spence JJ. dissenting.

¹ [1970] 1 O.R. 743, 9 D.L.R. (3d) 425.

qu'elle s'acquitte de la somme envers la société immobilière de Sears. Cet article prévoit une obligation collective ou une obligation dont Sears pouvait requérir l'exécution de ses cocontractants en affirmant sa détermination à l'exécuter lui-même.

La déclaration de la Cour d'appel qu'elle n'ordonnerait pas l'exécution directe si celle-ci avait pour effet de faire remplir par un tiers une obligation contractée en vertu d'un accord auquel ce tiers n'a pas été partie, spécialement si ce tiers n'a pas assumé cette obligation, est une opinion juste. Le second motif auquel la Cour d'appel a eu recours pour refuser l'exécution directe, soit qu'elle obligerait Tanenbaum à voter ou à se comporter, en tant que président et administrateur de Downsview, d'une façon déterminée sur une question à laquelle la compagnie n'a rien à voir, renforce l'opinion déjà mentionnée quant à la nature de l'obligation créée en vertu de l'art. 17(b).

La base sur laquelle la Cour d'appel fait reposer la responsabilité de Tanenbaum ne peut pas être admise. L'article 17(b) n'implique pas un engagement personnel de la part de Tanenbaum de payer la société de Sears.

Les Juges Ritchie et Spence, dissidents: Il y a une preuve suffisante et convaincante que l'accord en prévision de la constitution d'une compagnie est valide et continue d'être en vigueur et qu'il n'a pas été abandonné. Contrairement à l'opinion exprimée par la Cour d'appel, on ne peut substituer un engagement personnel de la part de Tanenbaum de payer à celui qu'exprime l'art. 17(b). Les motifs invoqués par la Cour d'appel qui empêcheraient Sears d'obtenir une ordonnance d'exécution directe, ne sont pas acceptés.

L'appel ne doit être accueilli que pour substituer à l'ordonnance de la Cour d'appel une déclaration que l'art. 17(b) constitue un contrat obligatoire entre le demandeur Sears et le défendeur Tanenbaum, et pour ordonner que ledit défendeur exécute en nature ledit contrat en faisant payer par Downsview à Sydney Sears Real Estate Ltd. la somme de \$24,200.

[Arrêts examinés: *Beswick v. Beswick*, [1968], A.C. 58; *Ringuet c. Bergeron*, [1960] R.C.S. 672.]

APPEL d'un jugement de la Cour d'appel d'Ontario¹, modifiant un jugement du Juge Stark. Appel accueilli, les Juges Ritchie et Spence étant dissidents.

¹ [1970] 1 O.R. 743, 9 D.L.R. (3d) 425.

Sydney L. Robbins, Q.C., for the defendant, appellant.

F. M. Catzman, Q.C., and *M. A. Catzman*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of Judson, Hall and Laskin JJ. was delivered by

LASKIN J.—The focus of this appeal is the proper construction and application of cl. 17(b) of a pre-incorporation agreement of February 28, 1955, to which the plaintiff Sears and the defendant Tanenbaum were parties. Two other persons, Percy Wright and Erneice Shanoff, were also parties to the agreement, but not to the litigation to which it gave rise. Clause 17(b) reads as follows:

The parties hereto covenant and agree that on the sale of each lot, whether sold by Sydney Sears Real Estate Limited or not, they will cause the company so to be incorporated to pay to Sydney Sears Real Estate Limited, a selling commission of Fifty Dollars (\$50.00) per lot.

In the events that happened (and to which I will refer below), action on the clause was brought on June 19, 1964. It was tried by Stark J. on an amended statement of claim dated April 7, 1967, and on a fresh statement of defence dated May 18, 1967. Sears had joined as co-plaintiff his wholly-owned corporation Sydney Sears Real Estate Ltd., and he had named as co-defendant Downsvlew Meadows Ltd., which was the corporation brought into being under the agreement. Stark J. dismissed the action against this corporation, and also dismissed the claim in the action made by Sydney Sears Real Estate Ltd. No appeal was taken from these dismissals. Sears succeeded against Tanenbaum under a formal order reading as follows:

2. AND THIS COURT DOTH FURTHER ORDER AND ADJUDGE that the plaintiff Sydney Sears do recover from the defendant Max Tanenbaum the sum of \$24,200.00 in trust for Sydney Sears Real Estate Ltd.

Sydney L. Robbins, c.r., pour le défendeur, appellant.

F. M. Catzman, c.r., et *M. A. Catzman*, pour le demandeur, intimé.

Le jugement des Juges Judson, Hall et Laskin a été rendu par

LE JUGE LASKIN—Le présent pourvoi porte principalement sur l'interprétation et l'application à donner à l'art. 17(b) d'un accord en prévision de la constitution d'une compagnie, portant la date du 28 février 1955, auquel le demandeur Sears et le défendeur Tanenbaum ont été parties. Deux autres personnes, Percy Wright, et Erneice Shanoff, ont aussi été signataires de cet accord, mais ne sont pas parties au litige auquel il a donné lieu. L'article 17(b) est le suivant:

[TRADUCTION] Les parties aux présentes s'engagent et s'obligent, lors de la vente de chaque lot, qu'elle soit faite par l'entremise de Sydney Sears Real Estate Limited ou non, à faire payer, par la compagnie à constituer, à Sydney Sears Real Estate Limited une commission de vente de cinquante dollars (\$50) par lot.

Au cours des événements qui ont suivi (et dont je parlerai plus loin) on a intenté une action au sujet de cette clause, le 19 juin 1964. C'est le Juge Stark qui a entendu l'affaire sur une déclaration amendée datée du 7 avril 1967 et une nouvelle défense datée du 18 mai 1967. Sears a associé comme codemandeur la compagnie dont il est l'unique propriétaire, Sydney Sears Real Estate Ltd., et joint comme codéfenderesse Downsvlew Meadows Ltd., la compagnie formée par suite de l'accord. Le Juge Stark a rejeté l'action à l'égard de cette dernière compagnie de même que la demande formée dans cette action par Sydney Sears Real Estate Ltd. Il n'y a pas eu appel de ces décisions. Sears a eu gain de cause contre Tanenbaum; le jugement est le suivant:

[TRADUCTION] 2. ET LA COUR DÉCIDE ET ORDONNE DE PLUS que le demandeur, Sydney Sears, recouvre du défendeur, Max Tanenbaum, la somme de \$24,200, en fiducie, pour le compte de Sydney Sears Real Estate Ltd.

The Ontario Court of Appeal varied this order by substituting therefor paras. 2 and 2A in these terms:

2. THIS COURT DOTH DECLARE that clause 17 (b) of the agreement dated the 28th day of February, 1955 referred to in paragraph 5 of the amended statement of claim in this action is a binding contract between the plaintiff Sydney Sears and the defendant Max Tanenbaum for the payment to the plaintiff Sydney Sears Real Estate Limited of the sum therein referred to, and that the same ought to be specifically performed by the defendant Max Tanenbaum and DOTH ORDER AND ADJUDGE THE SAME ACCORDINGLY.

2A. AND THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE that the defendant Max Tanenbaum do forthwith pay to the plaintiff Sydney Sears Real Estate Limited the sum of \$24,200.00.

Tanenbaum was thus held answerable in both Courts but, as will appear more clearly after reference to their respective reasons, upon different theories of liability.

There is no dispute as to the amount of the judgment if it is collectible from Tanenbaum personally. It represents the prescribed fee under clause 17(b) for 484 lots of land which were sold by Downsview after its incorporation on March 1, 1955, but in the main from 1962 until the date of the action. These lots were from a tract of land which was the substratum of the pre-incorporation agreement. Percy Wright owned the purchase rights to the tract, and the arrangement between the parties to the agreement was that the proposed company would complete the purchase, and that shares would be issued to the contracting parties to represent their assigned portions of the deal. Tanenbaum agreed to be the main financier and to guarantee necessary bank loans, subject to indemnification agreements from his co-contractors to the extent of their respective stakes.

The pre-incorporation agreement provided that the proposed company would be capitalized with both common and preference shares, the latter to be issued to Tanenbaum in an amount equivalent to the bank advance that he would

La Cour d'appel d'Ontario a modifié ce jugement en y substituant les paragraphes 2 et 2A qui suivent:

[TRADUCTION] 2. LA COUR DÉCLARE que l'article 17(b) de l'accord du 28 février 1955 dont il est fait mention au paragraphe 5 de la déclaration amendée de la présente action constitue un contrat obligatoire entre le demandeur Sydney Sears et le défendeur Max Tanenbaum qui oblige à payer à la demanderesse Sydney Sears Real Estate Limited la somme y mentionnée, et que le défendeur Max Tanenbaum doit exécuter l'obligation même et LA COUR DÉCIDE ET ORDONNE EN CONSÉQUENCE.

2A. LA COUR DÉCIDE ET ORDONNE que le défendeur Max Tanenbaum paie sans délai à la demanderesse Sydney Sears Real Estate Limited la somme de \$24,200.

Tanenbaum a été jugé responsable en première instance et en appel mais, comme il ressortira plus nettement après une étude des motifs de l'une et l'autre Cour, d'après des théories différentes de la responsabilité.

Il n'y a pas de contestation sur le montant du jugement, si ce montant est recouvrable de Tanenbaum personnellement. Il représente la rétribution stipulée en vertu de l'art. 17(b) à l'égard de 484 lots vendus par Downsview depuis la formation de cette compagnie, le 1^{er} mars 1955, mais surtout depuis 1962 jusqu'à l'institution de la présente action. Ces lots proviennent d'un terrain, qui est l'objet de l'accord qui a précédé la création de la compagnie. Percy Wright détenait les droits d'achat de ce terrain et l'entente des parties à l'accord était que la compagnie à former s'en porterait acquéreur et que des actions seraient émises aux parties selon leur participation respective à l'affaire. Tanenbaum s'engageait à en être le principal bailleur de fonds et à garantir le remboursement des emprunts de banque nécessaires, sous réserve d'ententes d'indemnisation de la part de ses cosignataires jusqu'à concurrence de leur participation.

L'accord prévoyait que le capital-actions de la compagnie se composerait d'actions ordinaires et d'actions privilégiées, et que ces dernières seraient émises à Tanenbaum jusqu'à concurrence du montant du prêt bancaire qu'il obtiendrait. (Les

secure. (Clauses 5 and 18(a) of the agreement in this behalf were in the language of clause 17(b), in that the parties were to cause the proposed company to issue the preference shares to Tanenbaum. In similar language, clause 18(b) provided for a mortgage to be given to Tanenbaum on the land as collateral security for procuring the bank advance.) There were to be 200,000 common shares of no par value which were to be issued in the following proportions:

Max Tanenbaum	47%
Percy Wright	32%
Sydney Sears	16%
Erneice Shanoff	5%

Sears paid Percy Wright \$75,000 (the money did not go to the company or to Tanenbaum) for his participating interest, and 32,000 shares were subsequently allotted to him at one cent each. Proportionate allotments were made to the others.

The terms of the pre-incorporation agreement respecting allotment of shares, the issue of preference shares and a mortgage of the land to Tanenbaum were carried out the week following the incorporation of the company. The agreement had provided in cl. 3 that "the parties hereto shall cause the following persons to be elected permanent directors of the company... as well as officers [thereof]", and Max Tanenbaum, Sydney Sears, David L. Shanoff and Stephen W. Laughlin were named in the clause as president, vice-president, treasurer and secretary respectively. Shanoff, a solicitor, was the husband of Erneice Shanoff, and Laughlin, also a solicitor with whom Shanoff was associated, was the nominee of Percy Wright. Clause 20 of the agreement permitted such substitution in stating that "each of the parties hereto may with the consent of the other parties hereto, cause a nominee to sit for them as a director and/or shareholder of the company... and to cause the said nominee to hold the shares of any of the parties hereto in trust." The original subscriptions for common shares showed that Tanenbaum had his 94,000 distributed to himself (14,000) his wife (30,000), his daughter (10,000) and his accountant (40,000); that Percy Wright took his allotment of 64,000 shares in the name of Laughlin; and that of Mrs. Shanoff's allotment of

articles 5 et 18(a) de l'accord sont, sous ce rapport, dans les mêmes termes que l'art. 17(b) en ce que les parties s'engagent à faire émettre les actions privilégiées à Tanenbaum par la compagnie à former. En termes semblables, l'art. 18(b) prévoit la concession d'une hypothèque sur l'immeuble en faveur de Tanenbaum à titre de sûreté additionnelle pour le prêt bancaire.) Il y aurait 200,000 actions ordinaires, sans valeur nominale, à répartir selon la distribution suivante:

Max Tanenbaum	47%
Percy Wright	32%
Sydney Sears	16%
Erneice Shanoff	5%

Sears a versé \$75,000 à Percy Wright (ni la compagnie, ni Tanenbaum n'ont touché cet argent) en paiement de sa mise; 32,000 actions lui ont par la suite été attribuées à un cent chacune. Une répartition proportionnelle a été faite aux autres.

On a exécuté les dispositions de l'accord au sujet de la répartition des actions, de l'émission d'actions privilégiées et de l'hypothèque en faveur de Tanenbaum au cours de la semaine qui a suivi la création de la compagnie. L'article 3 de l'accord prévoit que: [TRADUCTION] «les parties aux présentes feront élire les personnes suivantes comme administrateurs permanents... et dirigeants de la compagnie»; suivent, dans l'article, les noms de Max Tanenbaum, Sydney Sears, David L. Shanoff et Stephen W. Laughlin comme président, vice-président, trésorier et secrétaire respectivement. Shanoff, un avocat, est le mari d'Erneice Shanoff, et Laughlin, avocat également, et associé de Shanoff, était le représentant de Percy Wright. L'article 20 de l'accord permet une telle substitution, stipulant que [TRADUCTION] «chacune des parties aux présentes peut, moyennant l'approbation des autres parties, faire en sorte qu'un représentant siège pour elle comme administrateur ou actionnaire de la compagnie... et faire détenir par ce représentant les actions d'aucune des parties aux présentes, en fiducie». Les premières souscriptions d'actions ordinaires montrent que Tanenbaum a fait répartir ses 94,000 actions entre lui-même (14,000), sa femme (30,000), sa fille (10,000) et son comptable (40,000); Percy Wright a reçu son lot de 64,000 actions au nom de Laughlin,

10,000 shares one share was taken in her husband's name and the balance in the name of a family holding company. Sears held his 32,000 shares in his own name but for less than three months. On May 20, 1955, he sold all but one share to Keele Investments Ltd., a company in which he had a small interest and which was in fact incorporated to take over his 16 per cent interest in Downsvew; and he held the remaining share as nominee and in trust for Keele.

Sears continued to be a director of Downsvew in his nominee capacity until July 6, 1964 (which was after action brought) when Keele sold its shares to Pinetree Investments Ltd., a company in which Tanenbaum and members of his family had interests. Pinetree became, for all practical purposes, owner of Downsvew by that date as a result of a series of transactions reaching back six years. Before Pinetree came into the picture Tanenbaum had personally bought Wright's shares; half were purchased in September, 1955, and the remaining half in 1957. In 1958, Tanenbaum, his wife and the accountant transferred their holdings in Downsvew to Pinetree, save for one qualifying share retained by Tanenbaum. In 1959, Pinetree purchased the Shanoff holdings, save as to the one share held by David Shanoff, but it was transferred in 1960 to one Harold Tanenbaum.

Both at the trial before Stark J. and in the Ontario Court of Appeal, Sears advanced the contention that Downsvew was owned or controlled by Tanenbaum personally. The trial judge refused so to find, being of opinion that there was no evidence that Tanenbaum owned or controlled Pinetree. The Court of Appeal took a different view, and, in my opinion, it could properly find on the evidence that Tanenbaum controlled Pinetree, and thus controlled Downsvew. Whether this finding can provide a basis for the judgment in appeal is what must now be explored. In this connection, I propose, first, to examine cl. 17(b) in the context of the agreement of which it is a part, and then to review the course of the litigation to which it is central.

et M^{me} Shanoff a reçu le sien de 10,000 actions au nom d'une compagnie de portefeuille familiale à l'exception d'une action émise au nom de son mari. Sears a détenu ses 32,000 actions de son nom personnel, mais pendant moins de trois mois. Le 20 mai 1955, il vendait toutes ses actions, sauf une, à Keele Investments Ltd., une compagnie dans laquelle il avait une participation peu importante et qui, en réalité, avait été créée pour absorber sa participation de 16 pour cent dans Downsvew; il a conservé l'action restante, en fiducie, comme représentant de Keele.

Sears est resté administrateur de Downsvew en qualité de personne désignée jusqu'au 6 juillet 1964 (soit après l'institution de la présente action), alors que Keele a vendu ses actions à Pinetree Investments Ltd., une compagnie dont Tanenbaum et les membres de sa famille étaient actionnaires. A ce moment-là, Pinetree est devenue, à toutes fins utiles, propriétaire de Downsvew par suite d'une série d'opérations remontant à plus de six ans. Avant que Pinetree n'intervienne, Tanenbaum s'était personnellement porté acquéreur des actions de Wright, en ayant acheté la moitié en septembre 1955 et l'autre moitié en 1957. En 1958, Tanenbaum, sa femme et son comptable ont cédé leurs actions dans Downsvew à Pinetree, à l'exception d'une action statutaire retenue par Tanenbaum. En 1959, Pinetree a acheté les actions des Shanoff, à l'exception d'une action retenue par David Shanoff mais transportée en 1960 à un certain Harold Tanenbaum.

Tant en première instance, devant le Juge Stark, qu'en Cour d'appel de l'Ontario, Sears a soutenu que Tanenbaum personnellement contrôlait Downsvew ou en était propriétaire. Le juge de première instance a rejeté cette conclusion, étant d'avis qu'on n'avait pas établi que Tanenbaum contrôlait Pinetree ou en était propriétaire. La Cour d'appel a été de l'avis opposé et, selon moi, elle pouvait bien conclure, d'après la preuve, que Tanenbaum contrôlait Pinetree et, partant, contrôlait Downsvew. Que cette conclusion puisse servir de fondement à l'arrêt d'appel est ce qui reste à examiner maintenant. A cet égard, je me propose d'abord d'étudier l'art. 17(b) dans le contexte de l'accord dont il fait partie, puis d'analyser le déroulement du litige dont il est le cœur.

The pre-incorporation agreement was one by which the parties bound themselves "to cause" various things to be done by the company which they were promoting. They were "to cause" certain named persons to be directors and officers; "to cause" the issue of preference shares to Tanenbaum; "to cause" the opening of a special trust account to contain deposits made on the sale of lots; "to cause" the company to use a solicitor-approved form of agreement for the sale of lots; "to cause" the granting of a mortgage to Tanenbaum for procuring and guaranteeing a bank loan; and by cl. 17(b) they were "to cause" the company to pay the prescribed selling commission to Sears' real estate firm. Clause 19 was a general "residuary" provision as follows:

The parties hereto covenant and agree that they will as Directors and/or Shareholders of the Company so to be incorporated, cause the said Company so to be incorporated to do all things required to be done by the said Company so to be incorporated under the terms of this agreement. The parties hereto moreover covenant and agree that they will deliver such further and other assurances and documents as may be required in order to effectuate more fully the terms and intent of this agreement in every respect.

The parties would discharge their reciprocal promises by seeing to the incorporation of the company and to the allotment of shares and to the other things that were to be done by the company as such. The only personal financial obligation undertaken was by Tanenbaum with respect to the procuring of a bank loan, and by the others with respect to proportionate indemnification of Tanenbaum if he should be called on to honour his guarantee of the bank loan. In fact, what the parties agreed to cause to be done was substantially done through the incorporation of Downview and through approvals given and resolutions passed at board of directors' meetings. No steps were taken, however, to implement cl. 17(b); there is no evidence to indicate that Sears sought its implementation in the formative period of the company's existence or that either Tanenbaum or any of the others opposed its implementation at that time. Despite the difficulties that the company encountered in registering a

Par l'accord précédant la constitution de la compagnie, les parties s'obligeaient à faire faire différentes choses par la compagnie qu'ils créaient. Ils devaient faire nommer des personnes déterminées comme administrateurs et dirigeants, faire émettre des actions privilégiées à Tanenbaum, faire ouvrir un compte spécial, en fiducie, pour le dépôt des acomptes sur les achats de terrains, faire utiliser à la compagnie une formule de convention en vue de la vente de terrains approuvée par un conseiller juridique, faire consentir une hypothèque à Tanenbaum pour l'obtention et la caution d'un prêt bancaire. En vertu de l'art. 17(b), ils devaient faire payer par la compagnie à la société immobilière de Sears la commission de vente stipulée. L'article 19 constitue une disposition générale «résiduaire» dans les termes suivants:

[TRANSLATION] Les parties aux présentes s'engagent et s'obligent à faire faire, à titre d'administrateurs ou d'actionnaires de la compagnie à former, tout ce que ladite compagnie doit faire aux termes des présentes. Les parties aux présentes s'engagent et s'obligent de plus à fournir toutes autres assurances et tous autres documents requis en vue de réaliser plus pleinement les termes et les buts des présentes, à tous égards.

Les parties devaient remplir leurs engagements réciproques en veillant à la formation de la compagnie, à la répartition des actions et aux choses que la compagnie elle-même devait faire. La seule obligation financière personnelle était celle de Tanenbaum d'obtenir un prêt bancaire et celle des autres parties de l'indemniser au prorata s'il était appelé à honorer le cautionnement du prêt bancaire. En réalité, ce que les parties avaient promis de faire faire s'est réalisé dans l'ensemble par la formation de la compagnie Downview et par les autorisations données et les résolutions adoptées lors des réunions du conseil d'administration. Rien cependant n'a été fait pour donner effet à l'art. 17(b); rien n'indique que Sears ait cherché à le faire exécuter pendant les premiers temps de la compagnie ou que Tanenbaum ni personne d'autre s'y soit opposé à ce moment-là. Malgré les difficultés que la compagnie a éprouvées à enregistrer un plan de subdivision et à procéder à la mise en valeur de

plan of subdivision and in proceeding with the development of the land, selling efforts were made very early although many proved abortive. It was not until 1962 that the project could move forward, and in the interval Tanenbaum had been obliged to provide considerable money.

Sears' evidence (the only other evidence was that of Tanenbaum on discovery, read in as part of the plaintiffs' case) was that it was after the project became profitable that he spoke to Tanenbaum about the implementation of cl. 17(b). A letter or account of March 23, 1964, from Sears' real estate firm addressed to Downsview c/o Max Tanenbaum made a demand for \$24,200 "as per agreement dated February 28, 1955, Section 17(b), and as previously requested". This was followed by a letter of April 24, 1964, from Sears' solicitors, also addressed to Downsview, c/o Max Tanenbaum, demanding payment of the aforementioned sum. Sears testified that when he discussed the matter with Tanenbaum the latter had agreed to look into it and said that he would take care of it. Tanenbaum's discovery evidence contains a denial of any such personal commitment. It was unnecessary to make any finding on this conflicting evidence because, as counsel for Sears candidly admitted, no claim was made against Tanenbaum personally on the basis of any undertaking to Sears subsequent to February 28, 1955.

The evidence by Sears also reveals that he never proposed any resolution to have Downsview assume the commitment set out in cl. 17(b), and that there is no minute or any other record of his real estate firm and no auditors' report or statement that indicates any contingent liability of Downsview to that firm.

It is a reasonable inference, in the events that happened, that the parties to the agreement of February 28, 1955, abandoned what they had agreed to under cl. 17(b). There were other terms that went by the boards when some of the original parties to the agreement and their nominees dropped out of Downsview. For example, agreements for the sale and purchase of lots were to have Tanenbaum's and Wright's

l'immeuble, la compagnie de vente a eu lieu très tôt, mais elle s'est avérée infructueuse dans nombre de cas. Ce n'est qu'en 1962 que l'affaire a démarré; entre-temps Tanenbaum avait dû y engager des sommes importantes.

D'après le témoignage de Sears (le seul autre témoignage étant celui de Tanenbaum lors de l'interrogatoire préalable, lu au procès comme partie de la preuve du demandeur) c'est après que l'entreprise fut devenue profitable qu'il a parlé à Tanenbaum de l'exécution de l'art. 17(b). Une lettre ou état de compte du 23 mars 1964, de la part de la société immobilière de Sears, adressée à Downsview, a/s de Max Tanenbaum, réclame le paiement de la somme de \$24,200 [TRADUCTION] «en vertu de la convention du 28 février 1955, article 17(b), et selon la demande antérieure». Cette lettre a été suivie d'une autre, le 24 avril 1964, des avocats de Sears, adressée également à Downsview, a/s de Max Tanenbaum, réclamant le paiement de cette somme. Sears affirme dans sa déposition que lorsqu'il a abordé cette question avec Tanenbaum, ce dernier a promis de s'en occuper. Le témoignage de Tanenbaum à l'interrogatoire préalable contient une dénégation qu'il ait fait une telle promesse. Il n'y avait pas lieu de se prononcer sur cette contradiction dans les témoignages puisque, comme l'a tout bonnement admis l'avocat de Sears, on n'avait invoqué contre Tanenbaum personnellement aucune promesse que ce dernier aurait faite à Sears après le 28 février 1955.

La déposition de Sears révèle également qu'il n'a jamais proposé de résolution visant à faire assumer par Downsview l'engagement énoncé à l'art. 17(b) et qu'il n'existe ni procès-verbal, ni autre écrit de la société immobilière de Sears, ni rapport ou état comptable qui témoigne de l'existence d'une créance éventuelle exigible de Downsview en faveur de cette société.

On peut raisonnablement conclure, de ce qui est arrivé par la suite, que les parties à l'accord du 28 février 1955 ont renoncé à ce qu'elles avaient arrêté en vertu de l'art. 17(b). On a laissé tomber d'autres dispositions lorsque certaines des parties à la convention et leurs représentants se sont retirés de Downsview. Par exemple, les conventions en vue de la vente et de l'achat de terrains devaient être approuvées par Tanenbaum

approval and were then to be executed on behalf of the company by Sears and Shanoff (cl. 15); deposit moneys under such agreements were to be held in trust by Sears and Shanoff (cl. 16). When Wright, Sears and the Shanoffs sold their interests, these clauses died. Again, the provision in the agreement (cl. 3) that Tanenbaum, Sears, Shanoff and Laughlin were to be elected permanent directors had no lasting force; and Sears was elected an officer after he had ceased to have any beneficial interest.

If Sears' evidence be taken literally, the \$50 per lot sold was not a commission to his firm but rather a fee for him (directed by him to the firm) for supplying the \$75,000 which he paid to Wright. I have no doubt that he could have insisted on provision being made for payment while remaining beneficially interested as a shareholder of Downsvew. In my view, on ceasing to be so interested, he was no longer in a position to force the implementation of cl. 17(b). Neither of the remaining parties nor their nominees did so; and if there was some scintilla of an obligation that survived the radical change in the ownership of Downsvew's shares, there was no one to enforce it. Keele Investments was never a nominee of Sears; the reverse was the case.

Although the defendants in the action as framed for trial pleaded the rescission of cl. 17(b), the trial judge found that it was valid and subsisting, and the judgment of the Court of Appeal proceeded on that footing. The amended statement of claim asserted that Sears entered in the pre-incorporation agreement as agent of, or alternatively as trustee for his real estate firm. The prayer for relief was for (1) a declaration that Tanenbaum was required to cause Downsvew to do what was necessary to have Downsvew pay the real estate firm; (2) an order to this effect; and (3) in the alternative, damages in the sum of \$24,200. At the opening of the trial Sears' counsel abandoned the contentions of agency and trusteeship, and also stated that he was not claiming damages for Sears personally, having regard to the difficulty of proving any personal loss; rather, he was seeking specific performance of cl. 17(b) at the suit of Sears, through a direction that Tanenbaum carry out his

et Wright et ensuite signées par Sears et Shanoff au nom de la compagnie (art. 15); Sears et Shanoff devaient recevoir les acomptes en fiducie (art. 16). Quand Wright, Sears et les Shanoff ont cédé leurs actions, ces articles sont devenus lettre morte. De même, la disposition de l'accord (art. 3) selon laquelle Tanenbaum, Sears, Shanoff et Laughlin seraient élus administrateurs permanents n'est pas restée en vigueur; Sears a été élu dirigeant après qu'il eut cessé d'avoir une participation à titre personnel.

Si l'on prend le témoignage de Sears à la lettre, la somme de \$50 par lot vendu ne constitue pas une commission à sa société, mais plutôt une rétribution pour lui (avec indication de paiement à sa société) pour avoir procuré la somme de \$75,000 qu'il a versée à Wright. Je suis sûr qu'il aurait pu exiger qu'on prenne les dispositions pour faire le paiement pendant qu'il demeurerait actionnaire de Downsvew à titre personnel. A mon avis, en cessant de l'être à ce titre, il n'était plus en mesure d'exiger l'exécution de l'art. 17(b). Ni les autres parties, ni leurs personnes désignées ne l'ont fait. Même s'il restait la moindre obligation après les changements complets survenus quant à la propriété du capital-actions de Downsvew, personne ne pouvait en exiger l'exécution. Keele Investments n'a, à aucun moment, été personne désignée de Sears; la situation était l'inverse.

Bien que les défendeurs à l'action telle qu'elle était formée au moment du procès aient invoqué l'annulation de l'art. 17(b), le juge de première instance a conclu que cet article est en vigueur et l'arrêt de la Cour d'appel a été rendu sur cette base. La déclaration amendée affirme que Sears a signé l'accord comme mandataire ou, subsidiairement, comme fiduciaire de sa société immobilière. L'action demande: (1) une déclaration que Tanenbaum était tenu de faire en sorte que Downsvew fasse le nécessaire pour verser la somme à la société immobilière, (2) une ordonnance à cette fin, et subsidiairement (3) des dommages au montant de \$24,200. Au début du procès, l'avocat de Sears a abandonné les prétentions qu'il y a eu mandat ou fiducie et déclaré qu'il ne demanderait pas de dommages en faveur de Sears personnellement, étant donné la difficulté d'établir qu'il avait subi quelque préjudice personnel. Il demande plutôt l'exécution directe de l'art. 17(b), à la diligence de Sears, par une ordonnance à

covenant to cause Downsvie to pay the real estate firm and, in the alternative, that the Court, in lieu of specific performance, order Tanenbaum personally to pay damages for breach of that covenant. At the conclusion of the plaintiffs' case the defendants moved for a non-suit, electing to call no evidence but their motion was denied.

The trial judge thought that the principle reflected in *Beswick v. Beswick*² was applicable so as to entitle Sears to have his alleged contract with Tanenbaum carried out. However, in view of the finding that there was no evidence that Tanenbaum controlled Downsvie, the trial judge concluded that a decree of specific performance would not be enforceable, and that he should therefore provide for alternative relief by way of full damages against Tanenbaum personally, such damages to be paid to Sears in trust for the real estate firm.

I advert to the trial judge's conclusions because the respondent Sears, by a cross-appeal, asked for the restoration of the order at trial if this Court should find the order of the Court of Appeal untenable. I do not see how the trial judge could hold that Sears was entitled to a decree of specific performance (although it was not enforceable), when the other parties to the agreement were not before the Court and when it was clear that at the time the agreement was made Tanenbaum did not have the controlling voice in Downsvie nor (on Stark J.'s finding) did he have it at the time of action brought. I do not read cl. 17(b) as involving separately enforceable obligations of each of the parties thereto to cause Downsvie to provide for the payments to Sears' real estate firm. It envisaged a collective obligation, or one that it was open to Sears to seek to enforce against his co-contractors while asserting his own readiness and willingness. Holding this view, I am unable to agree that the case was one for damages in equity in lieu of specific performance; and certainly not damages against Tanenbaum for the whole of amount claimed.

Tanenbaum de remplir son engagement de faire en sorte que Downsvie verse la somme à la société immobilière, ou subsidiairement, à défaut d'exécution directe, il demande que le tribunal condamne Tanenbaum personnellement à des dommages pour avoir manqué à cet engagement. L'enquête du demandeur close, les défendeurs ont demandé le non-lieu choisissant de ne pas offrir de preuve. Leur requête a été rejetée.

Le juge de première instance a cru que le principe traduit dans *Beswick v. Beswick*², s'applique de sorte que Sears peut exiger l'exécution du contrat qu'il dit exister entre lui et Tanenbaum. Cependant, parce qu'il a estimé qu'on n'avait pas établi que Tanenbaum contrôlait Downsvie, le juge de première instance a conclu qu'une ordonnance d'exécution directe ne serait pas exécutoire et qu'il devait en conséquence faire droit à la demande subsidiaire en condamnant Tanenbaum au plein montant des dommages, qu'il paierait à Sears, en fiducie, au profit de la société immobilière.

Je fais mention des conclusions du juge de première instance parce que l'intimé Sears, en appel incident, demande le rétablissement du jugement de première instance si la Cour conclut que l'arrêt de la Cour d'appel ne peut être retenu. Je ne vois pas comment le juge de première instance a pu conclure que Sears a droit à une ordonnance d'exécution directe (même si elle n'était pas exécutoire) puisque les autres parties à l'accord ne sont pas parties à l'action et que, manifestement, Tanenbaum n'était pas maître de Downsvie ni au moment de la signature de l'accord, ni, (d'après le Juge Stark), lors de l'institution de l'action. Je n'interprète pas l'art. 17(b) comme comportant des obligations divisibles, entre les parties qui y ont souscrit, d'obtenir de Downsvie qu'elle s'acquitte de la somme envers la société immobilière de Sears. Cet article prévoit une obligation collective ou une obligation dont Sears pouvait requérir l'exécution de ses cocontractants en affirmant sa détermination à l'exécuter lui-même. Étant de cet avis, je ne puis admettre qu'il s'agisse d'une affaire où on peut condamner à des dommages en *equity* au lieu de l'exécution directe; il n'y a certainement pas lieu de condamner Tanenbaum au plein montant des dommages demandés.

² [1968] A.C. 58.

² [1968] A.C. 58.

The Court of Appeal took two different grounds for concluding that specific performance could not be granted. (Neither Downsvue nor Sydney Sears Real Estate Ltd. was before that Court). First, it stated in its reasons that specific performance would not be ordered where the effect would be to cause a third person to discharge an obligation under an agreement to which it was not a party, especially where that obligation was not one assumed by the third party. This view of the case, a proper view in my opinion (and additional to the point already made as to deficiency of parties, having regard to the nature of the obligation under cl. 17(b)), distinguishes it from *Beswick v. Beswick*.

That was simply a case where A agreed with B to pay C, and not one where, as here, A, B, C and D agreed among themselves to cause X to pay Y, neither X nor Y being a party to the agreement. The agreement in the present case was concluded on the footing of the four parties thereto being in a position to effectuate it. There was no provision restricting any party from selling his shares or obliging him to sell or offer them first to the others; and the obligation to see that the company committed itself to Sears' firm was not one that passed to a transferee shareholder in the absence of some indication in the agreement or other evidence from which a novation could reasonably be inferred against such a transferee. There was no such indication or evidence here. Clause 17(b), like the other provisions, was part of the organizing scheme and was not a provision that had a continuing rationale regardless of changes in company ownership.

I need not consider what the situation would have been if one of the parties other than Sears had sold his interest, and then Sears had insisted on the remaining three carrying out the commitment. The fact is that he was first out, and he was followed by two of the others before any attempt was made to have cl. 17(b) implemented.

As a second ground, the Court of Appeal rejected specific performance because it would

La Cour d'appel s'est appuyée sur deux motifs distincts pour conclure qu'il ne pouvait y avoir d'ordonnance d'exécution directe. (Ni Downsvue, ni Sydney Sears Real Estate Ltd. n'étaient parties à l'appel). Elle mentionne d'abord dans ses motifs qu'elle n'ordonnerait pas l'exécution directe si celle-ci avait pour effet de faire remplir par un tiers une obligation contractée en vertu d'un accord auquel ce tiers n'a pas été partie, spécialement si ce tiers n'a pas assumé cette obligation. Cette opinion sur l'affaire, opinion juste à mon avis (et qui s'ajoute à l'observation déjà faite au sujet de l'absence de certains cocontractants, compte tenu de la nature de l'obligation qui fait l'objet de l'art. 17(b)), la différencie de *Beswick v. Beswick*.

Dans cette affaire-là, A s'était simplement engagé envers B à effectuer un paiement à C; il ne s'agissait pas, comme dans la présente, du cas où A, B, C et D se sont engagés entre eux à faire payer Y par X, ni X ni Y n'étant partie à l'accord. Les quatre parties, dans la présente affaire, ont contracté en presumant qu'elles étaient en mesure de remplir leur engagement. Aucune disposition ne les empêchait de vendre leurs actions ni ne les obligeait à les vendre ou à les offrir d'abord aux autres cocontractants. L'obligation de veiller à ce que la compagnie s'engage envers la société de Sears ne se transmettait pas à un cessionnaire d'actions à défaut d'indication dans l'entente ou d'autre élément de preuve qui puisse raisonnablement permettre de conclure qu'il y a eu novation à l'encontre du cessionnaire. Il n'y a ni indication ni élément de preuve en ce sens ici. L'article 17(b), comme les autres dispositions, fait partie du plan de mise sur pied et ne constitue pas une disposition dont la raison d'être est permanente quels que soient les changements de détenteurs du capital-actions.

Je n'ai pas besoin de m'arrêter à ce qui arriverait si, après qu'un autre cocontractant eût cédé sa participation, Sears avait exigé des cocontractants restants l'exécution de l'engagement. De fait, c'est lui qui s'est retiré le premier, puis il a été suivi de deux autres avant que qui que ce soit ne tente de faire mettre l'art. 17(b) à exécution.

Comme second motif, la Cour d'appel a refusé l'exécution directe parce qu'elle obligerait Tanen-

oblige Tanenbaum, in his capacity as president and a director of Downsview, to vote or act in a particular way in a matter in which the company was not involved. The company owed no money either to Sears or to his real estate firm, and there was the possibility of a conflict of interest as between Tanenbaum's personal position and his duty as chief officer of the company. The Court of Appeal referred to the judgment of this Court in *Ringuet v. Bergeron*³ in support of the foregoing. In the view I take, I do not find it necessary to determine whether the principles considered in *Ringuet v. Bergeron* have any application here. I would observe, however, that this second ground taken by the Court of Appeal for denying specific performance reinforces the view that I have formed of the nature of the obligation created by cl. 17(b).

Having regard to considerations that I have canvassed, the claim of Sears as framed and as pursued should fail. However, the Court of Appeal put Tanenbaum's liability on another basis which I set out in its own words:

Nevertheless, if the matter were to end with refusal of specific performance as prayed, appellant who has achieved a position of control over the defendant company to the exclusion of respondent and the other parties to the agreement of 28th February, 1955, would be permitted to take the benefits of that agreement while refusing to honour his own contractual obligation under it; such a result is not only unjust but fails to give business efficacy to the contract between appellant and respondent. In the circumstances, the obligation of appellant under cl. 17 should be treated as his personal covenant to pay. So viewed, appellant is in breach of the covenant and all of the relevant parties being before the Court, judgment should go against appellant in respondent's favour decreeing payment by appellant to Sears Limited.

I cannot accept the premises upon which this conclusion is founded because they do not accord with the facts in the record, nor do I think that the language of cl. 17(b) involves by implication a personal covenant by Tanenbaum to pay Sears' firm.

There was nothing sinister in the way Tanenbaum gained control of Downsview. The other

³ [1960] S.C.R. 672.

baum à voter ou à se comporter, en tant que président et administrateur de Downsview, d'une façon déterminée sur une question à laquelle la compagnie n'a rien à voir. La compagnie ne devait rien à Sears ni à sa société immobilière et il y avait possibilité de conflit d'intérêts entre la situation personnelle de Tanenbaum et son devoir comme dirigeant principal de la compagnie. La Cour d'appel mentionne l'arrêt de cette Cour dans *Ringuet c. Bergeron*³, à l'appui de ce qui précède. A mon avis, il n'est pas nécessaire de savoir si les principes invoqués dans *Ringuet c. Bergeron* s'appliquent au cas présent. Je ferais remarquer cependant que ce second motif auquel la Cour d'appel a eu recours pour refuser l'exécution directe renforce l'opinion à laquelle je suis arrivé quant à la nature de l'obligation créée en vertu de l'art. 17(b).

En raison des motifs que j'ai examinés, la demande de Sears présentée et poursuivie comme elle l'a été doit être rejetée. Toutefois, la Cour d'appel fait reposer la responsabilité de Tanenbaum sur une autre base, que j'énonce en me servant des termes mêmes utilisés par elle:

[TRADUCTION] Néanmoins, si le refus d'accorder l'exécution directe demandée mettait fin à l'affaire, l'appelant, qui a pris le contrôle de la compagnie défenderesse à l'exclusion de l'intimé et des autres parties à l'accord du 28 février 1955, se trouverait à jouir des avantages de cet accord tout en refusant de remplir l'obligation qu'il y a contractée; un tel résultat est non seulement injuste, mais empêche le contrat intervenu entre l'appelant et l'intimé d'être conforme aux principes des affaires. Dans les circonstances, l'obligation contractée par l'appelant en vertu de l'art. 17(b) devrait être traitée comme un engagement personnel de sa part de payer. Si on le considère ainsi, l'appelant a manqué à cet engagement et, tous les intéressés étant parties à l'action, il devrait y avoir jugement contre l'appelant, en faveur de l'intimé, ordonnant à l'appelant de payer une somme à Sears Limited.

Je ne puis admettre les prémisses de cette conclusion parce qu'elles ne concordent pas avec les faits au dossier et je ne suis pas non plus d'avis que les termes de l'art. 17(b) impliquent un engagement personnel de la part de Tanenbaum de payer la société de Sears.

Il n'y a rien de mal à la façon dont Tanenbaum a acquis le contrôle de Downsview. Les autres

³ [1960] R.C.S. 672.

parties sold their interests and there is nothing to show that they did so other than willingly. Tanenbaum did not take any benefits under the pre-incorporation agreement that were not his due, and this was equally so with his co-contractors. The contractual obligation which it is said that he refused to honour was one that his co-contractors must have equally dishonoured (and this includes Sears during the time he had a beneficial interest), assuming that it survived until their sell-out of their Downsvew holdings. The fact is that there was no contract between Sears and Tanenbaum alone. The language of the Court of Appeal suggests that there was, but it could only be so on the basis of a novation resulting from Tanenbaum's acquisition of control of Downsvew and his assumption of a personal obligation to Sears to redeem the collective obligations stipulated in cl. 17(b). There is no evidence for such a conclusion and no claim was advanced on such a theory. Of course, if the theory was supportable, there would be every reason to consider the applicability of the principle in *Beswick v. Beswick*.

There was evidence that Sears and his firm helped in the sales of some of the lots, bringing offers which were in some cases accepted. No separate claim was made based on such services, and in so far as a right to compensation exists nothing in these reasons militates against the right of Sears' firm to pursue it.

I would allow the appeal, set aside the judgments below and dismiss the action. Tanenbaum is entitled to costs throughout.

The judgment of Ritchie and Spence JJ. was delivered by

SPENCE J. (*dissenting*)—This is an appeal from the judgment of the Court of Appeal for Ontario pronounced on December 22, 1969. By that judgment, the Court of Appeal varied the judgment of Stark J. pronounced after trial on June 10, 1968.

Stark J. had granted to the plaintiff, the respondent Sydney Sears in this Court, damages in the amount of \$24,200 which was to be paid to the said Sydney Sears in trust for Sydney Sears

contractants ont cédé leurs participations et rien n'indique qu'ils l'ont fait autrement que de façon volontaire. Tanenbaum n'a retiré de l'accord aucun avantage indu, et il en va de même de ses cocontractants. L'obligation contractuelle que Tanenbaum est censé avoir refusé de remplir est une obligation à laquelle ses cocontractants auraient également manqué (y compris Sears pendant qu'il était actionnaire à titre personnel), en supposant qu'elle ait subsisté jusqu'à la vente de leurs actions de Downsvew. En réalité, il n'y a pas eu de contrat entre Sears et Tanenbaum seuls. Le texte de la décision de la Cour d'appel laisse entendre qu'il y en a eu un, ce qui ne peut être vrai que s'il y a eu novation du fait de l'acquisition par Tanenbaum du contrôle de Downsvew et de l'acceptation par lui d'une obligation personnelle envers Sears d'éteindre les obligations collectives créées par l'art. 17(b). La preuve n'autorise pas cette conclusion et la demande ne s'appuie nullement sur une théorie de ce genre. Évidemment, si cette théorie était soutenable, il y aurait tout à fait lieu de s'arrêter à l'applicabilité du principe de *Beswick v. Beswick*.

On a établi que Sears et sa société ont participé à la vente de certains lots en amenant des offres d'achat dont quelques-unes furent acceptées. On n'a pas fait valoir de réclamation distincte en raison de ces services, mais pour autant qu'il existe un droit à une rétribution, rien dans les présents motifs ne milite contre le droit de la société de Sears d'en poursuivre le paiement.

Je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer les jugements de première instance et d'appel et de rejeter l'action. Tanenbaum a droit aux dépens en toutes les Cours.

Le jugement des Juges Ritchie et Spence a été rendu par

LE JUGE SPENCE (*dissident*)—Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario prononcé le 22 décembre 1969. Par cet arrêt, la Cour d'appel a modifié le jugement du Juge Stark rendu après l'audition le 10 juin 1968.

Le Juge Stark avait accordé au demandeur Sydney Sears, l'intimé en cette Cour, des dommages au montant de \$24,200, à être payés audit Sydney Sears, en fiducie, au profit de Sydney

Real Estate Limited. The Court of Appeal varied this judgment to provide for a declaration in the following terms:

2. THIS COURT DOTH DECLARE that clause 17 (b) of the agreement dated the 28th day of February, 1955 referred to in paragraph 5 of the amended statement of claim in this action is a binding contract between the plaintiff Sydney Sears and the defendant Max Tanenbaum for the payment to the plaintiff Sydney Sears Real Estate Limited of the sum therein referred to, and that the same ought to be specifically performed by the defendant Max Tanenbaum and DOTH ORDER AND ADJUDGE THE SAME ACCORDINGLY.

2A. AND THIS COURT DOTH ORDER AND ADJUDGE that the defendant Max Tanenbaum do forthwith pay to the plaintiff Sydney Sears Real Estate Limited the sum of \$24,200.00.

On this appeal, I have had the advantage of reading the reasons of my brother Laskin and therefore I will not repeat an outline of the facts adopting those outlined by my brother Laskin except where I desire to emphasize the said facts in some particular. I regret, however, I cannot agree with my brother Laskin's disposition of the appeal.

The learned trial judge concluded his judgment with the statement:

In my view, although the plaintiff Sydney Sears is entitled to a decree for specific performance of the agreement such a decree would not be enforceable. The majority of the shares of this company, according to the evidence, are not owned by the defendant Max Tanenbaum nor is there any evidence that he is in control of them. Therefore, as in the *Beswick* case this is a proper situation for alternative relief by way of damages in the sum of \$24,200. These damages should be payable by the defendant Max Tanenbaum to the plaintiff Sydney Sears in trust for Sydney Sears Real Estate Limited.

Brooke J.A., giving judgment for the Court of Appeal for Ontario said:

The learned trial judge was of the view that there is no evidence as to the actual distribution of the shares of Pinetree Investments Limited. However, having regard to all of the evidence, I am forced to the conclusion that the learned trial judge erred in this respect and should have found that on the balance of probabilities appellant controlled Pine-

Sears Real Estate Limited. La Cour d'appel a modifié ce jugement, y attachant la déclaration suivante:

[TRADUCTION] 2. LA COUR DÉCLARE que l'article 17(b) de l'accord du 28 février 1955 dont il est fait mention au paragraphe 5 de la déclaration amendée de la présente action constitue un contrat obligatoire entre le demandeur Sydney Sears et le défendeur Max Tanenbaum qui oblige à payer à la demanderesse Sydney Sears Real Estate Limited la somme y mentionnée, et que le défendeur Max Tanenbaum doit exécuter l'obligation même et LA COUR DÉCIDE ET ORDONNE EN CONSÉQUENCE.

2A. ET CETTE COUR DÉCIDE ET ORDONNE que le défendeur Max Tanenbaum paie sans délai à la demanderesse Sydney Sears Real Estate Limited la somme de \$24,200.00.

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le Juge Laskin dans ce pourvoi; par conséquent, je ne reprendrai pas le résumé des faits mais j'adopterai celui qu'en a fait mon collègue le Juge Laskin, sauf lorsque je voudrai souligner certains aspects particuliers de ces faits. Toutefois, je regrette de ne pouvoir être d'accord avec mon collègue sur la façon dont le pourvoi doit être décidé.

Le savant juge de première instance a conclu son jugement ainsi:

[TRADUCTION] A mon avis, bien que le demandeur Sydney Sears ait droit à une ordonnance d'exécution directe de l'accord, cette ordonnance ne serait pas exécutoire. D'après la preuve, la majorité des actions de cette compagnie n'appartient pas au défendeur Max Tanenbaum et il n'est pas prouvé qu'il la contrôle. Par conséquent, comme dans l'affaire *Beswick*, il s'agit ici d'un cas où un redressement subsidiaire par voie de dommages au montant de \$24,200 est justifié. Le montant de ces dommages devrait être payé par le défendeur Max Tanenbaum au demandeur Sydney Sears, en fiducie, pour le bénéfice de Sydney Sears Real Estate Limited.

Le juge d'appel Brooke, en rendant jugement au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, a dit ceci:

[TRADUCTION] Le savant juge de première instance est d'avis qu'il n'existe aucune preuve quant à la répartition de fait des actions de Pinetree Investments Limited. Toutefois, eu égard à l'ensemble de la preuve, je dois conclure que le savant juge de première instance a commis une erreur à ce sujet et aurait dû conclure que d'après la prépondérance des

tree Investments Limited whether the shares of the company stood in his name or in the names of members of his family; I think upon a consideration of all of the evidence no other conclusion is realistic.

Brooke J. A., however, despite this finding, was of the view that a decree for specific performance of the covenant set out in cl. 17(b) of the pre-incorporation agreement could not be granted for two specific reasons: firstly, that the effect of such a decree was to obtain payment from the defendant company, that is, from Downsvew Meadows Limited, even though that company had not been a party to the pre-incorporation agreement and never assumed any obligation to pay, and, secondly, because specific performance would not lie to cause an officer or director of a company to vote in a particular manner in a matter in which the company was not really involved.

To come to its judgment, the Court of Appeal made two basic findings, firstly, it accepted the finding of the learned trial judge that the pre-incorporation agreement remained a valid and subsisting agreement and that there had been no abandonment thereof. Brooke J.A., in giving the reasons for the Court of Appeal, said:

By his judgment the learned trial judge held there was a valid and subsisting agreement between the respondent [here appellant] and appellant [here respondent] Sydney Sears and that while respondent was entitled to a decree of specific performance such a decree could not be enforceable...

I am of the opinion that such a finding has adequate and convincing basis in the evidence. I need not recite all the different acts taken by the parties which were in accordance with the agreement; they have already been referred to in the judgments below, but I do stress the fact that although the respondent Sydney Sears transferred all but one of his 32,000 shares to Keele Investments Limited on May 20, 1955, that is, immediately upon the issuance of the shares to him, the appellant Max Tanenbaum, many months later, required the respondent Sydney Sears and not Keele Investments Ltd. to indemnify him against his liability to the bank for financing up to the 16 per cent of the shares which had been

probabilités, l'appelant avait le contrôle de Pinetree Investments Limited, que les actions de la compagnie aient été à son nom ou au nom de membres de sa famille; après examen de l'ensemble de la preuve, je crois que c'est la seule conclusion logique.

Toutefois, malgré cette conclusion, le Juge d'appel Brooke est d'avis qu'il est impossible d'accorder une ordonnance d'exécution directe de l'obligation énoncée à l'art. 17(b) de l'accord précédant la constitution d'une compagnie pour deux raisons précises: d'abord, la conséquence d'une telle ordonnance serait de faire payer la compagnie défenderesse, Downsvew Meadows Limited, même si cette compagnie n'était pas partie à l'accord ni n'avait jamais assumé quelque obligation que ce soit de payer; puis, parce qu'il ne peut y avoir d'exécution directe pour forcer un administrateur ou un dirigeant de compagnie à voter d'une façon déterminée sur une question à laquelle la compagnie n'a, de fait, rien à voir.

La décision de la Cour d'appel repose sur deux constatations fondamentales. D'abord, la Cour a fait sienne la conclusion du juge de première instance que l'accord est valide et continue d'être en vigueur et qu'il n'a pas été abandonné. Le Juge d'appel Brooke, qui a rendu les motifs de jugement de la Cour d'appel, dit ceci:

[TRADUCTION] Par sa décision, le savant juge de première instance a conclu qu'un accord valide subsiste entre l'intimé (l'appelant en cette Cour) et l'appelant Sydney Sears (l'intimé en cette Cour) et que bien que l'intimé ait droit à une ordonnance d'exécution directe, une telle ordonnance ne serait pas exécutoire.

Je suis d'avis qu'une telle conclusion est étayée par une preuve suffisante et convaincante. Je n'ai pas besoin d'énumérer tous les actes que les parties ont faits en exécution de l'accord; ils ont déjà été mentionnés dans les jugements de première instance et d'appel. Je souligne cependant le fait que bien que l'intimé Sydney Sears ait cédé les 32,000 actions qu'il avait, sauf une, à Keele Investments Limited, le 20 mai 1955, soit immédiatement après les avoir reçues, l'appelant Max Tanenbaum a exigé de l'intimé Sydney Sears, et non de Keele Investments Ltd., plusieurs mois plus tard, qu'il l'indemnise de ses engagements envers la banque à l'égard du financement à concurrence de la part de 16 pour cent des

issued to Sydney Sears. And again, when it became necessary to expend about \$500,000 in the installation of a sewer and water system before Downsview Meadows Ltd. could obtain an approval of its plan of subdivision, the appellant advanced such a sum, which has subsequently been repaid, and again, relying on the provisions of the agreement, called upon the respondent Sydney Sears to indemnify him to the extent of Sears' original interest. This occurred years after Sears had conveyed his shares to Keele Investments Ltd.

In both cases, it is apparent that the appellant was relying on cl. 8 of the pre-incorporation agreement. I therefore accept the finding that this pre-incorporation agreement, despite the variations as to the officers of Downsview Meadows Ltd. who were elected from time to time when the share transfers to which I shall refer hereafter took place, was a subsisting agreement up to the time of the issuance of the writ in this action.

The second basic finding of the Court of Appeal was that which I have recited above, that on the balance of probabilities the appellant Tanenbaum controlled Pinetree Investments Limited whether the shares of the company stood in his name or in the name of members of his family.

Since Pinetree Investments Ltd., as of July 6, 1964, held 189,997 shares of Downsview Meadows Ltd. and the other shareholders were, respectively, the appellant Max Tanenbaum, his son, and his nominee Lou Fruitman, holding one share each, and Minda Feldman, a daughter of the appellant Max Tanenbaum, holding 10,000 shares, there can be no doubt that the appellant Max Tanenbaum, by his control of Pinetree Investments Ltd. and his control of the few shares of Downsview Meadows Ltd. held by other than the said Pinetree Investments Ltd., had complete and absolute control of the common shares of Downsview Meadows Ltd.

It would appear, therefore, that unless the respondent Sydney Sears was barred by either or both of the reasons referred to by Brooke J.A. in giving his reasons for judgment for the Court of Appeal for Ontario, the said respondent should

actions qui avait été émise au nom de Sydney Sears. D'autre part, quand il a fallu consacrer \$500,000 à l'aménagement d'un réseau d'aqueducs et d'égouts avant que Downsview Meadows Ltd. puisse obtenir l'approbation de son plan de subdivision, c'est l'appellant qui a avancé cette somme, remboursée par la suite, et de nouveau c'est encore à l'intimé Sydney Sears que l'appellant a fait appel, en invoquant les dispositions de l'accord, pour que l'intimé l'indemnise en proportion de la part initiale de Sydney Sears. Cela s'est passé des années après que Sears eut cédé ses actions à Keele Investments Ltd.

Il est clair que, dans les deux cas, l'appellant s'appuyait sur l'art. 8 de l'accord. J'accepte donc la conclusion que cet accord, malgré les changements quant aux dirigeants de Downsview Meadows Ltd. élus à une époque ou l'autre lorsque les transferts d'actions dont je reparlerai plus loin ont eu lieu, a subsisté jusqu'au moment de la délivrance du bref en la présente action.

La seconde conclusion fondamentale de la Cour d'appel est celle que j'ai déjà mentionnée, soit que, d'après la prépondérance des probabilités, l'appellant Tanenbaum contrôlait Pinetree Investments Limited, que les actions de cette compagnie fussent inscrites à son nom ou à celui de personnes de sa famille.

Puisque Pinetree Investments Ltd. détenait, le 6 juillet 1964, 189,997 actions de Downsview Meadows Ltd. et que les autres actionnaires étaient, respectivement, l'appellant Max Tanenbaum, son fils et Lou Fruitman, son représentant, détenant une action chacun, et Minda Feldman, la fille de Max Tanenbaum, détenant 10,000 actions, il n'y a aucun doute que l'appellant Max Tanenbaum, du fait qu'il contrôlait Pinetree Investments Ltd. et les quelques actions de Downsview Ltd. qui appartenaient à d'autres que Pinetree Investments Ltd., avait le contrôle complet et absolu des actions ordinaires de Downsview Meadows Ltd.

Il paraît donc qu'à moins que l'intimé Sydney Sears n'en soit privé pour l'un ou l'autre ou l'un et l'autre des motifs mentionnés par le Juge d'appel Brooke dans les motifs de jugement qu'il a prononcés au nom de la Cour d'appel

be entitled to a decree for specific performance of the covenant in cl. 17(b) of the pre-incorporation agreement. In his reasons giving the judgment for the Court of Appeal for Ontario, Brooke J.A., having concluded that the respondent was so barred, found that in the circumstances the obligation of the appellant Max Tanenbaum under the said cl. 17(b) should be treated as his personal covenant to pay and that so viewed the appellant was in breach of the covenant and all the relevant parties being before the Court judgment should go against the appellant in favour of the respondent Sears decreeing payment by the appellant to Sydney Sears Real Estate Ltd. My difficulty with such a determination is that cl. 17(b) of the pre-incorporation agreement, which reads:

17. (b) The parties hereto covenant and agree that on the sale of each lot, whether sold by Sydney Sears Real Estate Limited or not, they will cause the Company so to be incorporated to pay to Sydney Sears Real Estate Limited, a selling commission of Fifty Dollars (\$50.00) per lot.

does not contain any such personal covenant by the appellant Max Tanenbaum to pay Sydney Sears Real Estate Ltd. and despite the fact that to so interpret the covenant would attain an equitable result I do not think that a Court is entitled to take a clause in plain words in an agreement under seal and interpret that clause to give rise to a personal covenant not contained in the clause. The clause is one of many in the agreement, as my brother Laskin has pointed out, whereby the covenantors agreed to cause "the company", that is, Downsview Meadows Ltd., to do something, and, in my view, any further extension of the duty on the covenantors under that clause is not justified. It is true that after many vicissitudes the venture carried out by the parties through the agency of Downsview Meadows Ltd. turned out to be a highly successful one but if perchance Downsview Meadows Ltd. had become insolvent no matter how many lots had been sold in the meantime how could it be said that under cl. 17(b) the appellant or any of the other covenantors were under a duty to pay Sydney Sears Real Estate Ltd. a commission of \$50 per lot. With respect, therefore, I cannot agree with the view of Brooke J.A. that this personal cove-

d'Ontario, il devrait avoir droit à une ordonnance d'exécution directe de l'obligation créée à l'art. 17(b) de l'accord. Dans ses motifs, après avoir conclu que l'intimé était privé de ce droit, le Juge d'appel Brooke a jugé que, dans le présent cas, il fallait considérer l'obligation de Tanenbaum en vertu de l'art. 17(b) comme un engagement personnel de sa part de payer. Si on la considère ainsi, l'appellant a manqué à cet engagement et, tous les intéressés étant parties à l'action, il devrait y avoir jugement contre l'appellant, en faveur de l'intimé, ordonnant que la somme soit payée par l'appellant à Sydney Sears Real Estate Ltd. L'obstacle que je vois à cette solution est que l'art. 17(b), libellé comme ceci:

[TRADUCTION] 17. (b) Les parties aux présentes s'engagent et s'obligent, lors de la vente de chaque lot, qu'elle soit faite par l'entremise de Sydney Sears Real Estate Limited ou non, à faire payer, par la compagnie à constituer, à Sydney Sears Real Estate Limited une commission de vente de cinquante dollars (\$50) par lot.

ne comporte aucun engagement personnel de la sorte de la part de Max Tanenbaum de payer Sydney Sears Real Estate Ltd. Même si interpréter l'engagement de cette façon serait lui donner un effet en «equity», je ne crois pas qu'une cour puisse interpréter une clause d'un contrat scellé, rédigée en termes clairs, de façon à donner lieu à un engagement personnel que cette clause n'exprime pas. Par cet article comme par plusieurs autres de l'accord, ainsi que le souligne mon collègue le Juge Laskin, les cocontractants ont convenu de faire faire par «la compagnie», c'est-à-dire Downsview Meadows Ltd., certaines choses, et, à mon avis, toute extension des obligations des cocontractants en vertu de cet article est injustifiée. C'est un fait qu'après bien des vicissitudes, l'entreprise montée par les parties par l'intermédiaire de Downsview Meadows Ltd. s'est avérée très profitable, mais si par hasard Downsview Meadows Ltd. était devenue insolvable, peu importe le nombre de lots vendus jusque-là, comment aurait-on pu dire qu'en vertu de l'art. 17(b) l'appellant ou n'importe lequel des autres contractants aurait été obligé de payer une commission de \$50 par lot à Sydney Sears Realty Ltd.? Je dois dire, respectueusement,

nant can be substituted for the covenant set out in the said cl. 17(b).

However, in my view, this does not dispose of the appeal. I turn to examine the two reasons upon which Brooke J.A. based his opinion that specific performance of the covenant in cl. 17(b) of the pre-incorporation agreement could not be decreed. The first of those was that the effect of such a decree was to obtain payment from Downsvlew Meadows Ltd. although it was not a party to the agreement and never assumed any obligation to pay. With respect, I do not consider this is a valid bar to the plaintiff obtaining a decree for specific performance. The authority which Brooke J.A. cites, *Fry on Specific Performance*, 6th ed., at pp. 466-7, deals with cases in which a husband has entered into a contract to sell the estate of his wife and then fails to obtain her consent thereto. In my view, cases of that type do not govern a situation such as the present. Here, the various signators to the pre-incorporation agreement, *i.e.*, the appellant Max Tanenbaum, the respondent Sydney Sears, Percy Wright and Erneice Shanoff, agreed under seal to do many things which need not be listed here and to cause many other things to be done by a company which they agreed to form. That company was Downsvlew Meadows Ltd. By cl. 17(b) of the said agreement, which was dated February 28, 1955, these said signators agreed to cause Downsvlew Meadows Ltd. to pay to Sydney Sears Real Estate Ltd. a selling commission of \$50 per lot. The agreement was under seal and, therefore, the respondent Sydney Sears need not prove consideration but, in fact, the respondent Sydney Sears and Sydney Sears Real Estate Ltd. did, both before the incorporation of Downsvlew Meadows Ltd. and after that incorporation, perform a great variety of such services and if consideration were necessary certainly consideration has been proved.

By a series of transactions between the various signators and their nominees and companies which they controlled, which transactions stretched from May 20, 1955, to July 6, 1964, all of the shares of Downsvlew Meadows Ltd. have come into the hands of the appellant Max

que je ne puis donc souscrire à l'avis du Juge d'appel Brooke, soit que l'on puisse substituer cet engagement personnel à celui qu'exprime l'art. 17(b).

A mon avis, cela ne règle cependant pas le sort du pourvoi. J'examinerai les deux motifs sur lesquels le Juge d'appel Brooke fonde son avis qu'il ne peut y avoir d'ordonnance d'exécution directe de l'obligation stipulée à l'art. 17(b) de l'accord. Le premier de ces motifs est que le résultat d'une telle ordonnance serait de faire payer Downsvlew Meadows Ltd. bien qu'elle n'ait pas été partie à l'accord et n'ait jamais assumé aucune obligation de payer. Je dois dire respectueusement que je ne considère pas cela comme un obstacle réel à ce que le demandeur obtienne une ordonnance d'exécution directe. L'ouvrage que cite le Juge d'appel Brooke, soit *Fry on Specific Performance*, 6^e éd., pp. 466 et 467, parle d'affaires où le mari, après s'être engagé à vendre la propriété de sa femme, est incapable d'obtenir le consentement de cette dernière à la vente. A mon avis, les affaires de ce genre ne résolvent pas une situation semblable à celle-ci. Ici, les différents signataires de l'accord, soit l'appellant Max Tanenbaum, l'intimé Sydney Sears, Percy Wright et Erneice Shanoff, se sont engagés, par contrat scellé, à faire différentes choses qu'il est inutile d'énumérer ici et à en faire bien d'autres par une compagnie qu'ils convenaient de créer. Cette compagnie c'est Downsvlew Meadows Ltd. En vertu de l'art. 17(b) de ce contrat, daté du 28 février 1955, ces signataires s'engageaient à faire payer par Downsvlew Meadows Ltd. à Sydney Sears Real Estate Ltd. une commission de vente de \$50 par lot. Il s'agit d'un contrat scellé et, en conséquence, l'intimé Sydney Sears n'a pas à établir la prestation d'une contre-valeur mais, en fait, l'intimé Sydney Sears et Sydney Sears Real Estate Ltd. ont, tant avant qu'après la formation de la compagnie, rendu nombre de ces services et s'il fallait qu'il y ait eu contre-valeur, on en a certainement fait la preuve.

A la suite d'une série d'opérations survenues dans l'intervalle du 20 mai 1955 au 6 juillet 1964, entre les cocontractants, leurs représentants et les compagnies qu'ils contrôlaient, toutes les actions de Downsvlew Meadows Ltd. ont été acquises par l'appellant Max Tanenbaum, les

Tanenbaum, members of his family, or Pinetree Investments Ltd., which he controls and of which he is, with the exception of qualifying shares, the sole shareholder. Therefore, there can be no question that the covenant which was originally a joint covenant by four persons can now be performed by one person, the respondent Max Tanenbaum. *Fry on Specific Performance*, 6th ed., in para. 990 at p. 463, states:

990. But in contracts positive and not conditional, the incapacity of the defendant to perform his part of the contract, whilst it furnishes no answer to an action for damages, affords a ground of defence against specific performance. This contention does not, like that in the case of conditional contracts, rest upon the nature or terms of the contracts, nor, like that grounded on the capacity of the plaintiff to perform his part, rest upon any principle of justice that operates in favour of the defendant, but is based upon the necessity of the case arising out of the nature of the relief sought.

In this case, there is no impossibility of performance. As I have said, Downsvlew Meadows Ltd. received consideration. There is nothing improper in decreeing specific performance by the person who now alone has the power to perform of a covenant to cause that company to make the payment intended by all the original signators including, of course, the appellant.

The second reason advanced by Brooke J. A. as a bar to a decree of specific performance is that such a remedy will not lie to cause an officer or director of a company to vote in a particular manner in a matter in which the company is not really involved. I am of the opinion, of course, that in this particular the company Downsvlew Meadows Ltd. was deeply involved. The agreement was an agreement for the incorporation of that company and to determine the distribution of the shares of that company and the direction of its efforts.

The respondent Sydney Sears had been instrumental, perhaps chiefly instrumental, in obtaining the asset, this great block of land, which it was intended would be the source of the profits of the company to be incorporated.

I am in agreement with counsel for the appellant when he submitted that what was intended by cl. 17(b) of the said agreement was that \$50 per lot was to be segregated from the profits of

membres de sa famille ou par Pinetree Investments Ltd., que Max Tanenbaum contrôle et dont il est, à l'exception des détenteurs d'actions statutaires, le seul actionnaire. Il n'y a donc pas de doute qu'une seule personne, l'appelant Max Tanenbaum, peut maintenant remplir l'engagement souscrit à l'origine conjointement par quatre personnes. Dans *Fry on Specific Performance*, 6^e éd., par. 990, p. 463, on lit:

[TRADUCTION] 990. Cependant dans les contrats inconditionnels, l'impossible pour le défendeur d'exécuter son obligation en vertu du contrat, tout en n'étant pas une défense à une action en dommages, est un moyen de défense à un recours en exécution directe. Cette affirmation ne se fonde pas, comme dans le cas des contrats conditionnels, sur la nature ou les termes du contrat, ni, comme dans ceux qui tiennent à la possibilité du demandeur de remplir son obligation, sur un principe de justice qui joue en faveur du défendeur, mais sur les contraintes inhérentes à la nature du recours demandé.

Dans la présente affaire, il n'y a pas impossibilité d'exécution. Je l'ai déjà dit, Downsvlew Meadows Ltd. a reçu une contre-valeur. Il n'y a rien d'incorrect à ordonner l'exécution directe par celui qui est le seul à pouvoir remplir un engagement de faire effectuer par cette compagnie le paiement voulu par tous les premiers cocontractants, y compris, évidemment, l'appelant lui-même.

Le second motif invoqué par le Juge d'appel Brooke comme obstacle à une ordonnance d'exécution directe est qu'il ne saurait y avoir lieu à un tel recours pour forcer un administrateur ou un dirigeant d'une compagnie à voter d'une façon déterminée sur une question à laquelle la compagnie n'a vraiment rien à voir. Je suis d'avis, bien sûr, qu'à cet égard la compagnie Downsvlew Meadows Ltd. était concernée dans une grande mesure. L'accord a été fait en vue de la formation de cette compagnie et pour déterminer la répartition de son capital et la direction de ses affaires.

C'est à l'intimé Sydney Sears, peut-être surtout à lui, qu'on devait de pouvoir se procurer la propriété, ce grand terrain qui, espérait-on, serait à l'origine des bénéfices de la compagnie à former.

J'accepte la prétention de l'avocat de l'appelant qui soutient que ce qu'on a voulu faire par l'art. 17(b) de l'accord c'est de distraire \$50 par lot vendu des bénéfices de la compagnie et de les

the company first to go to Sears Real Estate Ltd., as a prior charge, and that thereafter the various signators would divide the profits in accordance with their holding of the shares in the company.

When various persons agree that they shall cause a company which is to be formed to perform certain acts their agreement should be interpreted to mean that they will vote the shares which are allotted to them to carry out that purpose. Judson J., in the very authority cited by Brooke J.A., *Ringuet v. Bergeron*⁴, characterized such agreement at p. 684 in these words:

There is nothing illegal or contrary to public order in an agreement for achieving these purposes. Shareholders have the right to combine their interests and voting powers to secure such control of a company and to ensure that the company will be managed by certain persons in a certain manner. This is a well-known, normal and legal contract and one which is frequently encountered in current practice and it makes no difference whether the objects sought are to be achieved by means of an agreement such as this or a voting trust.

I, therefore, am not ready to accept this second reason as being one which would bar the respondent Sydney Sears from obtaining a decree for specific performance. That A is entitled to a decree for specific performance of a covenant made by B in an agreement with A that B should pay C a specific amount of money is firmly established now after *Beswick v. Beswick*⁵. I adopt the words of Lord Upjohn at p. 98:

It is in such common sense and practical ways that equity comes to the aid of the common law and it is sufficiently flexible to meet and satisfy the justice of the case in the many different circumstances that arise from time to time.

That no case precisely in point has been found is, to use the words of Kerwin J., as he then was, in *Gray v. Cameron et al.*⁶, at p. 404, "no insurmountable objection".

For these reasons, I would allow the appeal only to the extent of substituting for the order of the Court of Appeal for Ontario a declaration that cl. 17(b) of the agreement dated February

payer à Sears Real Estate Ltd., par priorité, et ensuite de diviser les bénéfices entre les signataires selon leur participation dans le capital de la compagnie.

Lorsque plusieurs personnes conviennent de faire faire certaines choses à une compagnie à former, leur accord doit s'interpréter comme signifiant qu'elles exerceront le droit de vote attaché aux actions qu'elles détiennent de façon à réaliser cet engagement. Dans l'arrêt même que cite le Juge d'appel Brooke, *Ringuet c. Bergeron*⁴, le Juge Judson caractérise un tel accord de la façon suivante (p. 684):

[TRADUCTION] Il n'y a rien d'illégal ou de contraire à l'ordre public dans un accord à ces fins. Les actionnaires ont le droit de réunir leurs participations et leurs droits de vote en vue d'acquiescer un tel contrôle d'une compagnie et de s'assurer que des personnes déterminées administreront la compagnie d'une façon déterminée. C'est un contrat bien connu, normal et légal qui se voit souvent en pratique et il n'y a pas de différence que l'on procède pour arriver à cette fin par un accord comme celui-ci, ou une convention de vote comportant fiducie (*voting trust*).

Je ne puis donc accepter que ce second motif empêche l'intimé Sydney Sears d'obtenir une ordonnance d'exécution directe. Le fait que A a droit à une ordonnance d'exécution directe d'une promesse de B faite à A de payer à C une somme déterminée est maintenant certain depuis *Beswick v. Beswick*⁵. Je souscris à ce que dit lord Upjohn (p. 98):

[TRADUCTION] L'*equity* vient à l'aide de la *common law* avec tant de bon sens et de façon si pratique et elle est assez souple pour répondre aux exigences de la justice selon les circonstances d'une affaire à l'autre.

Qu'on n'ait pas trouvé de précédent sur ce point précis n'est pas, pour employer l'expression du Juge Kerwin (alors juge puîné) dans *Gray c. Cameron et al.*⁶, à la p. 404, «un obstacle insurmontable».

Pour ces motifs, je suis d'avis de n'accueillir le pourvoi que pour substituer à l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario une déclaration que l'art. 17(b) de l'accord du 28 février 1955, in-

⁴ [1960] S.C.R. 672.

⁵ [1968] A.C. 58.

⁶ [1950] S.C.R. 401.

⁴ [1960] R.C.S. 672.

⁵ [1968] A.C. 58.

⁶ [1950] R.C.S. 401.

28, 1955, referred to in para. 5 of the amended statement of claim in this connection, is a binding contract between the plaintiff Sydney Sears and the defendant Max Tanenbaum, and directing that the said defendant Max Tanenbaum, here appellant, specifically perform the said contract by causing Downsvlew Meadows Ltd. to pay to the respondent Sydney Sears Real Estate Ltd. a sum of \$24,200. The parties have agreed throughout the litigation that the latter amount represents a proper calculation of the so-called commission dealt with in cl. 17(b).

I have not considered in these reasons the development revealed upon the hearing of the appeal and set out in the affidavit of Leonard Rubenstein. It would appear that long after June 19, 1964, when the writ in the action was issued, and June 10, 1968, when judgment was given after trial, *i.e.*, on February 27, 1969, at a general meeting of Downsvlew Meadows Ltd., an agreement was approved to amalgamate that company with four other companies and that thereafter on February 28, 1969, letters patent of amalgamation were granted by the Provincial Secretary of the Province of Ontario. In my view, the matter must be judged as of the date of the issuance of the writ and subsequent dealings by Downsvlew Meadows Ltd. or its shareholder Pinetree Investments Ltd., which again is solely controlled by the appellant Max Tanenbaum, cannot affect the situation.

Although in these reasons I materially altered the order of the Court of Appeal for Ontario, the net result of the disposition of the appeal is still in favour of the respondent Sydney Sears and there is nothing in the material to indicate that he will not recover the full benefit of such judgment.

I, therefore, believe that the respondent has had substantive success in this Court and is entitled to the costs of this appeal as well as the costs awarded to him by the judgments below.

Appeal allowed; action dismissed with costs, RITCHIE and SPENCE JJ. dissenting.

Solicitors for the defendant, appellant: Robins and Robins, Toronto.

Solicitors for the plaintiff, respondent: Catzman and Wahl, Toronto.

voqué au par. 5 de la déclaration amendée en la présente action, constitue un contrat obligatoire entre le demandeur Sydney Sears et le défendeur Max Tanenbaum, appelant ici, et pour ordonner que ledit défendeur Max Tanenbaum exécute en nature ledit contrat en faisant payer par Downsvlew Meadows Ltd. à l'intimée Sydney Sears Real Estate Ltd. la somme de \$24,200. Les parties ont admis pendant tout le litige que cette dernière somme représente un calcul juste de la prétendue commission dont il est question à l'art. 17(b).

Je n'ai pas tenu compte dans ces motifs du fait nouveau révélé à l'audition du pourvoi et mentionné dans la déclaration sous serment de Leonard Rubenstein. Il appert que bien après le 19 juin 1964, date de la délivrance du bref, et le 10 juin 1968, date du jugement de première instance, soit le 27 février 1969, lors d'une assemblée générale de Downsvlew Meadows Limited, on a approuvé la fusion de cette compagnie avec quatre autres et que, par la suite, le 28 février 1969, le Secrétaire provincial de l'Ontario a délivré les lettres patentes de fusion. A mon avis, il faut juger l'affaire à la date de la délivrance du bref et les actes postérieurs de Downsvlew Meadows Ltd. ou de son actionnaire, Pinetree Investments Ltd., qui, encore une fois, était contrôlée uniquement par l'appellant Max Tanenbaum, ne peuvent rien changer à la situation.

Bien que, dans les présents motifs, j'aie apporté une importante modification à l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario, la décision du pourvoi, en définitive, reste en faveur de l'intimé Sydney Sears et rien ici n'indique qu'il ne retirera pas tout le profit de cette décision.

Je crois donc que l'intimé a eu, dans l'ensemble, gain de cause en cette Cour et qu'il a droit aux dépens du présent pourvoi aussi bien qu'aux dépens adjugés en sa faveur par les jugements de première instance et d'appel.

Appel accueilli; action rejetée avec dépens, les JUGES RITCHIE et SPENCE étant dissidents.

Procureurs du défendeur, appelant: Robins et Robins, Toronto.

Procureurs du demandeur, intimé: Catzman et Wahl, Toronto.