

Percy Barnett *Appellant*;

and

**Arnott D. Harrison, Neil Douglas Harrison
and Aileen Harrison** *Respondents*.

1974: June 18, 19 (rehearing); 1975: May 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Sale of land—Specific performance—Condition precedent—Agreement conditional on necessary approvals of site plan and zoning—Condition unfulfilled—Right of purchaser to waive condition.

An agreement for the sale and purchase of land contained conditions that necessary approvals as to site plan and zoning be sought and obtained subject to certain time limits. The agreement provided that in the event that these conditions were not complied with the agreement would be null and void. On the day that the hearing by the Municipal Board should have been completed the purchaser served on the vendors a notice in which he purported to waive all conditions set forth in the agreement except as to title and offered to complete the purchase within sixty days thereafter. The vendors promptly replied that since the condition for completion of the application and hearing before the Municipal Board had not been satisfied the agreement was therefore null and void. The purchaser claimed at trial that if there had been non-compliance with the conditions, the conditions were inserted solely for his benefit and he had waived compliance. The trial judge found the conditions to be true conditions precedent which, therefore, could not be unilaterally waived and his dismissal of the action was affirmed by the Court of Appeal.

Held (Laskin C.J. and Spence J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.: The rule in *Turney v. Zhilka*, [1959] S.C.R. 578, should not be disturbed for several reasons. First, because there is a valid distinction between the right of A to waive default by B in the

Percy Barnett *Appelant*;

et

**Arnott D. Harrison, Neil Douglas Harrison et
Aileen Harrison** *Intimés*.

1974: les 18 et 19 juin (nouvelle audition); 1975: le 20 mai.

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

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

Vente de terrain—Exécution même de l'obligation—Condition suspensive—Contrat assujéti à l'obtention des approbations nécessaires du plan d'aménagement et du zonage—Condition non remplie—Droit de l'acheteur de renoncer à la condition.

Une convention de vente et d'achat de terrain est assujéti à la condition de demander et d'obtenir, dans les délais convenus, les approbations nécessaires du plan d'aménagement et du zonage. La convention stipule qu'elle est nulle et de nul effet si les conditions ne sont pas respectées. Le jour où l'audition devant la Commission municipale aurait dû être terminée, l'acheteur a signifié aux vendeurs un document par lequel il déclarait son intention de renoncer à toutes les conditions de la convention, sauf celle ayant trait au titre, et il offrait de signer l'acte de vente dans un délai de 60 jours. Les vendeurs ont immédiatement répondu que, puisque la condition stipulant que les procédures de requête et d'audition devant la Commission municipale devait être terminée dans le délai convenu n'avait pas été remplie, la convention était par conséquent nulle et de nul effet. En première instance, l'acheteur a allégué que, s'il y avait eu défaut de remplir les conditions, celles-ci n'avaient été ajoutées qu'à son avantage et il avait renoncé à son droit d'en exiger l'accomplissement. Le juge de première instance a conclu que ces conditions étaient de véritables conditions suspensives auxquelles on ne pouvait donc pas unilatéralement renoncer, et il a rejeté l'action. La Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt (le juge en chef Laskin et le juge Spence étant dissidents): Le pourvoi doit être rejeté.

Les juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré: Pour plusieurs raisons, il ne faut pas déroger à la règle exposée dans *Turney c. Zhilka*, [1959] R.C.S. 578. Premièrement, à cause de la validité de la distinction entre le droit de A de renoncer au

performance of a severable condition intended for the benefit of A and the attempt by A to waive his own default or the default of C, upon whom depends the performance which gives rise to the obligation (*i.e.* the true condition precedent). Second, because when parties aided by legal advisors make a contract subject to explicit conditions precedent and provide specifically that, in the event of non-compliance with one or more of the conditions, the contract should be void, the Court would run roughshod over the agreement in introducing an implied provision conceding to the purchaser the right to waive compliance. In the instant case certain conditions (for water and sewer requirements) were expressed to be subject to waiver at the option of the purchaser but other conditions (respecting site plan and zoning) were not; if all of these various conditions were to be placed on the same footing, the Court would be rewriting the agreement. Third, if the purchaser is put in the position of being able to rely on conditions precedent or to waive them the result may be that the purchaser has been given an option to purchase, for which he has paid nothing. Finally, as the rule in *Turney v. Zhilka* has been in effect since 1959 and applied many times, in the interests of certainty and predictability that rule should endure unless compelling reasons for change be shown.

Per Laskin C.J. and Spence J. dissenting: A condition which is characterized as a condition precedent may be one in which both parties have an interest and yet it may be subject to waiver at the suit of one only of the parties, because their interest in it may not be the same. It would be a mistake to move from the fact that both parties have an interest in the performance or non-performance of a condition of the contract to the conclusion that the condition cannot therefore be waived by that party for whose sole benefit the condition was introduced. Further the fact that the conduct or action of a third party is involved in the proper performance of a condition does not *ipso facto* make the condition a 'true condition precedent' which cannot be waived. If the conditions in *O'Reilly v. Marketers Diversified Inc.*, [1969] S.C.R. 741, and in the present case are not instances of conditions which can be waived by the party to whose duty of performance they go, there can be hardly any case in which waiver can lawfully be effected unless there is an express provision for waiver in the contract of sale. Waiver does not involve a rewriting of an agreement any more than does estoppel of a party from insisting on a term of an agreement; nor is there anything prejudicial in the fact that a vendor may not know until completion date whether the contract will be performed according to its terms or whether the pur-

défait de B de remplir une condition séparable stipulée à l'avantage de A et la tentative de ce dernier de renoncer à son propre défaut ou au défaut de C, de qui dépend l'exécution dont découle l'obligation (*c.-à-d.* la véritable condition suspensive). Deuxièmement, lorsque des parties, avec l'aide de conseillers juridiques, font un contrat soumis à des conditions suspensives explicites et y stipulent expressément que, si une ou plusieurs des conditions ne sont pas remplies, le contrat sera nul, le tribunal foulerait aux pieds la convention en y introduisant une clause implicite accordant à l'acheteur le droit de renoncer à leur exécution. En l'espèce, certaines conditions (concernant l'aqueduc et les égouts) stipulaient que l'acheteur pouvait y renoncer à son gré, mais d'autres conditions (relatives au plan d'aménagement et au zonage) ne le stipulaient pas; si la Cour donnait la même portée à ces conditions diverses, elle rédigerait une nouvelle convention. Troisièmement, si on donne à l'acheteur la possibilité d'invoquer les conditions suspensives ou d'y renoncer, cela peut avoir comme conséquence de donner à l'acheteur une option d'achat sans qu'il n'ait rien déboursé. Finalement, puisque la règle de *Turney c. Zhilka* est en vigueur depuis 1959 et a été appliquée à maintes reprises, elle doit, pour conserver son caractère de certitude et de prévisibilité, être maintenue, à moins que l'on ne démontre la nécessité de la modifier.

Le juge en chef Laskin et le juge Spence, dissidents: Une condition qui est définie comme condition suspensive peut comporter un intérêt pour les deux parties et tout de même être sujette à la renonciation d'une seule partie parce que leur intérêt dans la condition peut différer. Ce serait une erreur de conclure, du fait que les deux parties ont un intérêt dans l'accomplissement ou non d'une condition du contrat, qu'il ne peut pas y avoir de renonciation à cette condition au choix de la seule partie en faveur de qui la condition a été introduite. De plus, le fait que l'accomplissement adéquat d'une condition dépende de la conduite ou de l'acte d'un tiers n'en fait pas, *ipso facto*, une «véritable condition suspensive» à laquelle on ne peut pas renoncer. Si les conditions en l'espèce et dans l'affaire *O'Reilly c. Marketers Diversified Inc.*, [1969] R.C.S. 741, ne sont pas des exemples de conditions auxquelles peut renoncer la partie qui doit les accomplir, il peut difficilement y avoir des cas où l'on puisse légalement effectuer une renonciation, sauf stipulation expresse en ce sens dans le contrat de vente. La renonciation n'implique pas la rédaction d'une nouvelle convention, pas plus que ne le fait la fin de non-recevoir opposée par une partie à l'exécution d'une clause d'une convention; le vendeur ne subit aucun préjudice du fait qu'il peut ignorer, jusqu'à la date de signature, si le contrat sera exécuter conformément à ses clauses initia-

chaser will, by exercising his right to waive a condition or conditions, be given a choice to opt out or to insist on performance by the vendor.

[*Turney v. Zhilka*, [1959] S.C.R. 578; *F. T. Developments Limited v. Sherman et al.*, [1969] S.C.R. 203; *O'Reilly v. Marketers Diversified Inc.*, [1969] S.C.R. 741 followed; *Genern Investments Ltd. v. Back et al.*, [1969] 1 O.R. 694; *Dennis v. Evans*, [1972] 1 O.R. 585; *Beauchamp et al. v. Beauchamp et al.*, [1973] 2 O.R. 43, appeal dismissed [1974] S.C.R. v. referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario¹ dismissing an appeal from a judgment of Thompson J. at trial. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Spence J. dissenting.

H. J. Bliss, for the appellant.

J. J. Robinette, Q.C., and *J. White, Q.C.*, for the respondent.

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

THE CHIEF JUSTICE (*dissenting*)—This case raises the correctness and, if correct, the applicability of the judgments of this Court in *Turney v. Zhilka*², *F. T. Developments Ltd. v. Sherman*³ and *O'Reilly v. Marketers Diversified Inc.*⁴ It was twice argued, first before a Bench of five (as was each of the three cases just mentioned) and then before the full Court.

On the first argument, counsel for the respondent vendors admitted that the unperformed condition in the contract of sale, upon which they rested their resistance to specific performance sought by the appellant purchaser, was one solely for the benefit of the purchaser who had effected a timely waiver before bringing his suit. On the argument before the full Court, a different position was taken by way of a submission that the unperformed condition was a "true condition precedent", was for the benefit of both parties and hence could not be waived by the purchaser alone.

les ou si l'acheteur aura le choix, en exerçant son droit de renoncer à une ou plusieurs des conditions, de se libérer de son obligation ou d'exiger du vendeur qu'il exécute la sienne.

[Arrêts suivis: *Turney c. Zhilka*, [1959] R.C.S. 578; *F. T. Developments Limited c. Sherman et al.*, [1969] R.C.S. 203; *O'Reilly c. Marketers Diversified Inc.*, [1969] R.C.S. 741; arrêts mentionnés: *Genern Investments Ltd. v. Back et al.*, [1969] 1 O.R. 694; *Dennis v. Evans*, [1972] 1 O.R. 585; *Beauchamp et al. c. Beauchamp et al.*, [1973] 2 O.R. 43, pourvoi rejeté [1974] R.C.S. v.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario¹ qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Thompson. Pourvoi rejeté, le juge en chef et le juge Spence étant dissidents.

H. J. Bliss, pour l'appelant.

J. J. Robinette, c.r., et *J. White, c.r.*, pour les intimés.

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

LE JUGE EN CHEF (*dissident*)—Ce pourvoi soulève la question de savoir si les décisions rendues par cette Cour dans *Turney c. Zhilka*², *F. T. Developments Ltd. c. Sherman*³, et *O'Reilly c. Marketers Diversified Inc.*⁴, sont bien fondées et, dans l'affirmative, si elles sont applicables. L'affaire a été plaidée deux fois, d'abord devant cinq juges (comme ce fut le cas des trois autres) et ensuite devant cette Cour siégeant au complet.

Lors de la première audition, l'avocat des vendeurs intimés a admis que la condition non respectée du contrat de vente, sur laquelle ils se sont appuyés pour s'opposer à l'exécution même de l'obligation demandée par l'acheteur appellant, n'était stipulée qu'à l'avantage de l'acheteur, qui y avait renoncé en temps opportun avant d'intenter son action. Lors de l'audition devant cette Cour siégeant au complet, on a adopté un point de vue différent et prétendu que la condition non respectée était une «véritable condition suspensive», qu'elle était stipulée à l'avantage des deux parties

¹ [1973] 2 O.R. 176.

² [1959] S.C.R. 578.

³ [1969] S.C.R. 203.

⁴ [1969] S.C.R. 741.

¹ [1973] 2 O.R. 176.

² [1959] R.C.S. 578.

³ [1969] R.C.S. 203.

⁴ [1969] R.C.S. 741.

The concession on the first argument that the vendors had no interest in the performance of the particular condition, as being one exacted by the purchaser solely for his benefit, was in effect withdrawn.

The contract of sale which gave rise to the issue which is now before this Court was entered into on February 10, 1967, and was for the sale of certain land in Stoney Creek, an Ontario town, for the sum of \$350,000. A deposit of \$5,000 was paid and the contract provided that \$70,000 would be paid on closing and the balance of \$275,000 would be covered by way of a mortgage back to the vendors. In the events which happened nothing turns on these terms of payment because the purchaser offered to close by payment in full in cash and, indeed, the contract of sale provided that the purchaser could pay the whole or any part of the principal at any time without notice or bonus.

Two provisions of this contract of sale are relevant to the determination of the question at issue. The first is a lengthy clause which is alleged by the purchaser to embody a condition which was solely for his benefit. The second is another clause expressing certain conditions which, on the respondents' submission, highlights, by comparison with the language of the first clause, why the latter is a "true condition precedent". For proper context I set out hereafter not only the two clauses but as well two other provisions of the agreement, numbering them for convenience from one to four. They are as follows:

1. The purchaser shall prepare and have ready for presentation to the said Town of Stoney Creek (and obtain an appointment from the said Municipality) his site plan within four months of acceptance of this offer.

If this offer is accepted by the vendors, the contract of purchase and sale will be subject to the condition that the necessary approvals of the Ontario Municipal Board and the Town of Stoney Creek to the site plan and proposed changes in zoning, and any approval of the Committee of Adjustment or Planning Board required are given. The applications for and all matters and appearances relating to such approvals shall be prepared by and at the expense of the purchaser but may be brought in the names of the vendors. The

et que par conséquent l'acheteur seul ne pouvait y renoncer. On a effectivement retiré l'admission faite lors de la première audition selon laquelle les vendeurs n'avaient aucun intérêt à l'accomplissement de la condition visée qui aurait été exigée par l'acheteur à son seul avantage.

Le contrat de vente à l'origine du litige que doit trancher cette Cour est intervenu le 10 février 1967 et prévoyait la vente d'un terrain situé à Stoney Creek, une ville de l'Ontario, moyennant \$350,000. Un dépôt de \$5,000 avait été versé et le contrat stipulait que \$70,000 seraient payés à la signature et que le solde de \$275,000 serait garanti par une hypothèque en faveur des vendeurs. Aujourd'hui il n'est pas question de ces modalités de paiement, parce que l'acheteur a offert de conclure l'opération en versant le plein montant comptant et, en fait, le contrat de vente stipulait que l'acheteur pouvait payer le principal en tout ou en partie, en tout temps, sans avis ni indemnité.

Deux clauses de ce contrat de vente sont pertinentes pour trancher la question en litige. La première est assez longue et contient, selon l'acheteur, une condition stipulée à son seul avantage. La deuxième comprend aussi certaines conditions qui, selon l'argument des intimés, révèlent, si on la compare avec le texte de la première clause, pourquoi celle-ci constitue une «véritable condition suspensive». Pour situer le litige, je reproduis ici non seulement ces deux clauses mais également deux autres clauses de la convention, en les numérotant pour plus de commodité de un à quatre. Elles sont libellées en ces termes:

1. [TRADUCTION] L'acheteur doit mettre au point son plan d'aménagement et être prêt à le présenter à ladite Ville de Stoney Creek (et obtenir de celle-ci la fixation d'une date pour la présentation) dans un délai de quatre mois de l'acceptation de la présente offre.

Si les vendeurs acceptent la présente offre, le contrat de vente sera sujet à la condition suivante: obtenir de la Commission municipale de l'Ontario et de la ville de Stoney Creek les approbations nécessaires du plan d'aménagement et des modifications projetées du zonage ainsi que celle, si nécessaire, du Comité de révision ou de la Commission de la planification. L'acheteur doit à ses frais, préparer les requêtes, les comparutions et tout ce qui se rapporte à cette approbation, mais il peut le faire au nom des vendeurs. Les

vendors agree and undertake to give all help and co-operation required by the purchaser and to execute all necessary documents and make all attendances necessary (without costs to the purchaser) to assist in and facilitate the obtaining of the approvals and registrations required by the purchaser. It is agreed between the parties that the Application and hearing before the Ontario Municipal Board shall be completed on or before the 30th day of September, 1968 (without the decision necessarily having been made). Provided however, if any adjournment results from opposition beyond the control of the purchaser, then the said date for completion of the application and hearing shall be extended to the 31st day of January, 1969 at the latest. Provided further, that the purchaser shall within two months after all Municipal approvals have been granted, cause an appointment to be obtained for a hearing before the Ontario Municipal Board. In the event that these conditions are not complied with, then notwithstanding anything herein contained, the agreement of purchase and sale shall be null and void and the deposit monies returned to the purchaser.

2. If this Offer is accepted by the vendors, the contract of Purchase and Sale will be conditional upon:

- (a) The said lands being serviced with adequate water and adequate sanitary sewer facilities to accommodate the purchaser's site plan of commercial and residential requirements within the terms of the zoning by-law.
- (b) There being no charges for services against the lands other than those charges in existence at the date of acceptance of this agreement.
- (c) There being no capital contribution required by the Town of Stoney Creek other than the usual five per cent (5%) for land dedication.

In the event that any of the above conditions are not complied with, the purchaser shall have the option to declare this agreement null and void and to have the deposit returned or to accept the changes and complete the agreement.

3. It is understood and agreed that the purchaser shall not be required to make any amendments to his proposed site plan in the event that approval by all necessary persons, departments or agencies is not obtained. In the event that the proposed site plan submitted by the purchaser is not approved by all persons, departments and agencies, then the said agreement shall be null and void and the deposit returned to the purchaser forthwith. Provided, however, the purchaser may at his option, make any

vendeurs s'engagent à accorder à l'acheteur toute l'aide et la coopération requises et à signer tous les documents et faire toutes les démarches nécessaires (sans frais pour l'acheteur) pour l'aider à obtenir les approbations et inscriptions dont il a besoin. Les parties conviennent que les procédures de requête et d'audition devant la Commission municipale de l'Ontario doivent être terminées le ou avant le 30 septembre 1968 (même si à cette date la décision n'a pas été rendue). Toutefois, si une opposition hors du pouvoir de l'acheteur provoque quelque ajournement, ledit délai sera prorogé jusqu'au 31 janvier 1969, au plus tard. Il est en outre convenu que l'acheteur doit, dans un délai de deux mois après l'obtention de toutes les approbations municipales, obtenir la fixation d'une date pour une audition devant la Commission municipale de l'Ontario. Si ces conditions ne sont pas respectées, nonobstant toute stipulation aux présentes, le contrat de vente est nul et de nul effet et la somme déposée sera remise à l'acheteur.

2. Si les vendeurs acceptent la présente offre, le contrat de vente sera soumis aux conditions suivantes:

- (a) que soient installés sur lesdits terrains les services d'aqueduc et d'égouts capables de répondre aux besoins commerciaux et résidentiels prévus au plan d'aménagement de l'acheteur, conformément aux dispositions du règlement de zonage.
- (b) qu'aucune charge pour les installations ne grève les terrains, sauf celles existant au moment de l'acceptation de la présente convention.
- (c) que la ville de Stoney Creek n'exige pas d'autre contribution que le cinq pour cent (5%) habituel du terrain qui est réservé pour des fins d'utilité publique.

Si l'une des conditions mentionnées n'est pas respectée, l'acheteur aura le choix de déclarer la présente convention nulle et de nul effet et d'obtenir la remise de son dépôt ou d'accepter les modifications et de poursuivre l'exécution de la convention.

3. Il est convenu que l'acheteur n'aura pas à apporter de modifications à son plan d'aménagement projeté si l'approbation nécessaire de toutes les personnes, ministères ou organismes n'est pas obtenue. Si le plan d'aménagement projeté soumis par l'acheteur n'est pas approuvé par toutes les personnes, ministères et organismes, ladite convention sera nulle et de nul effet et le dépôt sera aussitôt remis à l'acheteur. Toutefois, l'acheteur peut, à son choix, apporter toute modification nécessaire pour satisfaire les exigences de ces

necessary amendments to meet the requirements of the persons, departments or agencies. Notice of the exercise of such Option by the purchaser shall be given to the vendors within forty-five days of the said refusal of approval having been communicated to the purchaser.

4. This offer shall be accepted on or before the 11th day of February, 1967, otherwise void. The sale shall be completed sixty days after the date the Ontario Municipal Board approves the proposed site plan prepared by the purchaser on which date possession of the lands is to be given to the purchaser.

The offer to purchase, under the above and other terms of the offer made by the purchaser, was duly accepted. Time was of the essence under the contract. The purchaser had sought the property for an apartment project and he proceeded to submit site plans for approval by the municipal authorities. After he had submitted some fifteen plans to no avail (although he was prepared to accept all amendments proposed by the municipality), it became quite obvious that he was not going to succeed in obtaining the necessary approval for his apartment project. Thereupon, he advised that he was prepared to take and use the land under the existing zoning.

The vendors took no part in and were not consulted on the preparation of any of the site plans. The record of the evidence adduced at the trial shows that the vendors regarded the condition numbered one above as of no interest or consequence to them. I draw attention to this because, in my opinion, the construction mutually placed upon a contract by the parties thereto is not to be ignored when the benefits and obligations of the contract come to be considered. What happened in this case, as counsel for the vendors was candid to admit on the first argument, was that the vendors got a better offer for their land and looked for a way to recede from their contract with the appellant.

The purchaser made a formal waiver in writing of all conditions save as to title, and avowed his readiness and willingness to complete in accordance with the prescriptions of the agreement otherwise governing completion. The vendors then took

personnes, ministères ou organismes. L'acheteur doit aviser les vendeurs s'il décide de se prévaloir de cette option, dans un délai de quarante-cinq jours après avoir été informé du refus de l'approbation.

4. Si cette offre n'est pas acceptée au plus tard le 11 février 1967, elle sera nulle. La vente doit être signée dans les soixante jours à compter de la date de l'approbation par la Commission municipale de l'Ontario du plan projeté préparé par l'acheteur, alors que l'acheteur prendra possession des terrains.

L'offre d'achat faite par l'acheteur, laquelle comprenait les clauses ci-dessus et d'autres clauses, a été dûment acceptée. Le temps constituait un élément essentiel du contrat. L'acheteur voulait la propriété pour ériger un ensemble d'immeubles résidentiels et il se mit en devoir de présenter des plans d'aménagement pour les faire approuver par les autorités municipales. Après avoir soumis quelque quinze plans en vain (bien qu'il fût prêt à accepter toutes les modifications proposées par la municipalité), il devint évident qu'il ne réussirait pas à obtenir l'approbation nécessaire pour son ensemble d'immeubles résidentiels. Sur ce, il fit savoir qu'il était prêt à prendre possession du terrain et à l'utiliser selon le zonage existant.

Les vendeurs n'ont aucunement participé à la préparation de l'un ou l'autre des plans d'aménagement et ils n'ont pas été consultés à ce sujet. Selon le dossier, la preuve produite au procès révèle que les vendeurs considéraient la condition, numérotée «un» ci-dessus, sans intérêt ou conséquence pour eux. J'attire l'attention sur ce point parce que, à mon avis, il faut tenir compte de l'interprétation que les parties donnent mutuellement à un contrat quand on examine les droits et les obligations qui en découlent. En l'espèce, comme l'a admis franchement l'avocat des vendeurs lors de la première audition, ceux-ci ont reçu une meilleure offre pour leur terrain et ils ont cherché un moyen de rompre leur contrat avec l'appelant.

L'acheteur a renoncé par écrit en bonne et due forme à toutes les conditions, sauf à celle ayant trait au titre, et a déclaré qu'il voulait conclure la vente conformément aux autres stipulations de la convention. Les vendeurs ont alors répliqué que

the position that approvals of the site plan and consequent changes in zoning constituted a condition precedent which they would not waive, and since the date by which to secure such approvals had not been met they regarded the agreement as null and void. In the ensuing action brought by the purchaser for specific performance, the trial judge held that the case was governed by *Turney v. Zhilka* in that there was here, as there, a "true condition precedent" whose performance depended on the will of third parties, that is the municipal authorities, and that unless there was performance in accordance with its terms specific performance could not be had by the purchaser.

A majority of the Ontario Court of Appeal took the same position in affirming dismissal of the purchaser's action. Jessup J.A. dissented, holding that *Turney v. Zhilka* was distinguishable because in the present case, unlike that one, the purchaser was given an unlimited right of amendment to meet the requirements of the proper authorities and hence it was open to him to accept the present zoning, as he in fact did. This conclusion by Jessup J.A. goes to support the purchaser's view of the contract as involving a condition solely for his benefit.

I pass now to a consideration of *Turney v. Zhilka* and to the principle on which it was based. The condition in that case, upon which the suit for specific performance foundered, was one fixed by the contract without reference to any obligation of performance being placed on either the vendor or the purchaser. The relevant condition read as follows:

Providing the property can be annexed to the Village of Streetsville and a plan is approved by the Village Council for subdivision.

Judson J. speaking for this Court read this provision as depending (to use his words) "entirely on the will of a third party". That is not the present case, it being quite clear under the contract (even apart from the evidence of the vendors) that it was

l'approbation du plan d'aménagement et des modifications du zonage qui en découlaient constituait une condition suspensive à laquelle ils ne renonçaient pas et que, puisque cette approbation n'avait pas été obtenue dans le délai requis, ils considéraient la convention comme nulle et de nul effet. Dans l'action en exécution intentée par la suite par l'acheteur, le juge de première instance a statué que la règle de *Turney c. Zhilka* s'appliquait parce qu'il y avait en l'espèce, comme dans cette affaire-là, une «véritable condition suspensive» dont l'accomplissement dépendait de la volonté de tiers, c'est-à-dire les autorités municipales, et qu'à moins qu'elle n'ait été réalisée conformément aux modalités prévues, l'acheteur ne pouvait pas réclamer l'exécution de l'obligation.

La majorité de la Cour d'appel de l'Ontario a adopté la même attitude en confirmant le rejet de l'action de l'acheteur. Le juge d'appel Jessup a exprimé sa dissidence et statué qu'il fallait faire une distinction avec l'arrêt *Turney c. Zhilka*, parce qu'en l'espèce, contrairement à cette affaire-là, on a donné à l'acheteur un droit illimité de modifier son projet pour satisfaire aux exigences des autorités compétentes et que, par conséquent, il avait la possibilité d'accepter le zonage existant, comme il l'a effectivement fait. Cette conclusion du juge d'appel Jessup appuie l'interprétation donnée au contrat par l'acheteur, selon laquelle le contrat contenait une condition stipulée à son seul avantage.

Je passe maintenant à l'examen de *Turney c. Zhilka* et du principe sur lequel se fonde cet arrêt. La condition dans cette affaire-là, qui a causé l'échec de l'action en exécution, était stipulée dans le contrat sans mention que l'obligation de l'accomplir relevait du vendeur ou de l'acheteur. Cette condition est ainsi libellée:

[TRADUCTION] A la condition que la propriété puisse être annexée au village de Streetsville et que le conseil municipal approuve un plan de lotissement.

Le juge Judson, au nom de cette Cour, interpréta cette clause comme dépendant (selon ses mots) [TRADUCTION] «entièrement de la volonté d'un tiers». Ce n'est pas le cas en l'espèce, car il est très clair en vertu du contrat (même sans tenir compte

the purchaser who was to prepare and seek approval of a site plan, and of necessary rezoning, in order to carry out his apartment project which was the known and particularized use to which the land was to be put. Since the obligation to proceed with a site plan and to seek rezoning was expressly put on the purchaser, and since, on the evidence, the condition was one exacted by him solely for his benefit, there is a marked difference between the present case and *Turney v. Zhilka*.

The issue raised by *Turney v. Zhilka* and by the cases that have followed it, such as the *F. T. Developments* case and the *O'Reilly* case, appears to me to require a proper understanding of the phrase "true condition precedent" which was used by Judson J. in *Turney v. Zhilka* in the following passage of his reasons (at pp. 583-4):

The obligations under the contract, on both sides, depend upon a future uncertain event, the happening of which depends entirely on the will of a third party—the Village council. This is a true condition precedent—an external condition upon which the existence of the obligation depends. Until the event occurs there is no right to performance on either side. The parties have not promised that it will occur. In the absence of such a promise there can be no breach of contract until the event does occur.

I shall return to this passage after some preliminary observations which follow.

A condition which is characterized as a condition precedent may be one in which both parties have an interest and yet it may be subject to waiver at the suit of one only of the parties. That is because their interest in it may not be the same. The condition may be for the protection of one party only in the sense that it is solely for his benefit, but it may be important to the other party in the sense that he is entitled to know the consequence of its performance or waiver by the date fixed for its performance so that he may, if he is the vendor, either collect his money or be free to look for another purchaser. It would, in my view, be a mistake to move from the fact that both parties have an interest in the performance or

du témoignage des vendeurs) qu'il incombait à l'acheteur de préparer et de faire approuver un plan d'aménagement et les modifications nécessaires au zonage afin de réaliser son ensemble d'immeubles résidentiels, dont on savait qu'il était destiné à cette fin particulière. Puisque l'obligation d'aller de l'avant avec un plan d'aménagement et de demander une modification du zonage incombait expressément à l'acheteur et puisque, d'après la preuve, ce dernier avait exigé la stipulation de cette condition à son avantage seulement, il y a une nette différence entre le cas en l'espèce et l'affaire *Turney c. Zhilka*.

La question soulevée par *Turney c. Zhilka* et par les arrêts qui l'ont suivi, comme *F. T. Developments* et *O'Reilly*, commande, selon moi, de bien interpréter l'expression «véritable condition suspensive» que le juge Judson a employée dans *Turney c. Zhilka*, dans le passage suivant de ses motifs (aux pp. 583-4):

[TRADUCTION] Les obligations des deux parties, en vertu du contrat, dépendent d'un événement futur et incertain, dont la réalisation dépend entièrement de la volonté d'un tiers, le conseil municipal. Il s'agit d'une véritable condition suspensive, une condition externe dont dépend l'existence de l'obligation. Jusqu'à l'arrivée de l'événement, aucune des parties n'a droit à l'exécution de l'obligation. Les parties n'ont pas promis que l'événement se réaliserait. Sans cette promesse, il ne peut pas y avoir d'inexécution de contrat tant que l'événement n'est pas arrivé.

Je reviendrai à ce passage après les quelques remarques préliminaires qui suivent.

Une condition qui est définie comme une condition suspensive peut comporter un intérêt pour les deux parties et tout de même être sujette à la renonciation d'une seule partie. C'est parce que leur intérêt dans la condition peut différer. La condition peut être stipulée pour la protection d'une seule partie, en ce sens qu'elle est à son seul avantage, mais elle peut être importante pour l'autre partie, en ce sens que celle-ci a droit de connaître les conséquences de l'accomplissement de la condition ou de sa renonciation à la date fixée pour son accomplissement afin de pouvoir, s'il est le vendeur, soit réclamer son argent, soit être libre de chercher un autre acheteur. Ce serait une erreur, selon moi, de conclure, du fait que les deux parties

non-performance of a condition of the contract to the conclusion that the condition cannot therefore be waived at the suit of the one party for whose sole benefit the condition was introduced into the contract. Some of the submissions made here, especially on the re-argument of the appeal, failed to draw this distinction which, to me, is a vital one.

Another distinction that appears to me to be vital is one that is clear upon a comparison of the relevant conditions in *Turney v. Zhilka* and in the present case. The fact that the conduct or action of a third party is involved in the proper performance of a condition does not on that ground alone make it a "true condition precedent" which cannot be waived. Thus, to take a homely example, the fact that a purchaser may make it a condition of completion that he be able to obtain mortgage financing within a fixed period does not, in my opinion, preclude him from waiving the condition and paying in cash, provided, of course, he makes his election to waive the condition within the period fixed by the contract: see *Scott v. Rania*⁵. In principle, there is no difference between the foregoing situation and one where the duty of one of the parties to the contract arises only upon the act of a third party, as for example, the obligation to pay money upon the certificate of an architect or engineer. Of course, the obligor is not likely to make the payment unless the certificate is provided, but the fact that he could insist on its production does not mean that he could not waive this condition of his duty to pay.

There is a parallel situation where title defects are involved. It is unquestionable that a purchaser may choose to accept the subject property notwithstanding an impediment to perfect title upon whose removal he could insist: see *Bennett v. Fowler*⁶. As Cardozo J. put it in *Catholic Foreign Mission Society of America v. Oussani*⁷, at p. 8:

... a buyer in such circumstances is not bound to rescind. He may waive the condition and accept the title though defective. If he does, the seller may not refuse to

ont un intérêt dans l'accomplissement ou non d'une condition du contrat, qu'il ne peut pas y avoir de renonciation à cette condition au choix de la seule partie en faveur de qui la condition a été introduite. Certains des arguments présentés en l'espèce, surtout au cours de la nouvelle audition du pourvoi, n'ont pas indiqué cette distinction qui est, à mon sens, essentielle.

Si l'on compare les conditions pertinentes dans *Turney c. Zhilka* et celles en l'espèce, une autre distinction qui me semble essentielle ressort clairement. Le fait que l'accomplissement adéquat d'une condition dépende de la conduite ou de l'acte d'un tiers n'en fait pas, pour cette unique raison, une «véritable condition suspensive» à laquelle on ne peut pas renoncer. Ainsi, pour prendre un exemple simple, le fait qu'un acheteur pose comme condition de la signature du contrat qu'il puisse obtenir un prêt hypothécaire dans un délai déterminé ne l'empêche pas, à mon avis, de renoncer à la condition et de payer comptant, pourvu, bien sûr, qu'il choisisse de renoncer à la condition dans le délai fixé au contrat: voir *Scott v. Rania*⁵. Il n'y a pas de différence, en principe, entre la situation précédente et celle où l'obligation d'une partie contractante ne prend naissance qu'à la suite d'un acte d'un tiers, comme, par exemple, l'obligation de verser de l'argent sur présentation du certificat d'un architecte ou d'un ingénieur. Évidemment, le débiteur ne paiera sans doute pas tant que le certificat ne sera présenté, mais le fait qu'il puisse exiger sa présentation ne signifie pas qu'il ne pourrait pas renoncer à cette condition dont son obligation de payer dépend.

La situation est semblable dans le cas de vices de titre. Il n'y a pas de doute qu'un acheteur peut choisir d'accepter la propriété même si elle est touchée d'un vice de titre dont il pourrait exiger la correction: voir *Bennett v. Fowler*⁶. Comme le dit le juge Cardozo dans *Catholic Foreign Mission Society of America v. Oussani*⁷, à la p. 8:

[TRADUCTION] ... un acheteur dans cette situation n'est pas obligé de résilier le contrat. Il peut renoncer à la condition et accepter le titre malgré le vice. S'il le fait,

⁵ [1966] N.Z.L.R. 527.

⁶ (1840), 2 Beav. 302.

⁷ (1915), 215 N.Y. 1.

⁵ [1966] N.Z.L.R. 527.

⁶ (1840), 2 Beav. 302.

⁷ (1915), 215 N.Y. 1.

convey because the buyer could not have been compelled to waive.

The same point of principle was made much earlier by Lopes L.J. in *Hawksley v. Outram*⁸, at p. 378 when he said, in respect of certain non-competition provisions in a contract for the sale of a business, that "it is perfectly clear that they are provisions intended solely for the benefit of the purchaser; the purchaser, therefore, is at liberty to relinquish them and, if he does so, it is immaterial whether he could have successfully insisted on them".

The principle operates in favour of a vendor as well as in favour of a purchaser. *Morrell v. Studd & Millington*⁹ is illustrative. There it was held that a vendor could waive a provision that the balance of the purchase price be secured to his satisfaction and could sue the purchaser for specific performance after foregoing that provision which was one solely for his benefit.

In this class of case, whether it be action or conduct by one of the parties that is involved or action or conduct of a third party, what is important is whether that action or conduct is a condition of an obligation of one of the parties only or of both. If of one only, there is no reason why he should not be able to offer performance of his own obligation or duty without insisting on the condition and then call on the other to perform his side of the bargain.

What has sometimes complicated the application of this principle are cases which involved not the performance of a concluded contract but rather the question whether there was a concluded contract. *Lloyd v. Nowell*¹⁰, is referred to by *Fry on Specific Performance*, 6th ed. (1921), at pp. 175 and 461 to point up the distinction. Thus, where a transaction was subject to "the preparation by my solicitor and completion of a formal contract", it could not be said that the vendor could waive this provision and create a contract by

le vendeur ne peut pas refuser la cession parce que l'on n'aurait pas pu obliger l'acheteur à renoncer.

Le lord juge Lopes, dans *Hawksley v. Outram*⁸, à la p. 378, a exprimé il y a longtemps le même principe, quand il disait, au sujet de certaines clauses de non-concurrence dans un contrat de vente d'un fonds de commerce: [TRADUCTION] «il est parfaitement clair qu'il s'agit de stipulations prévues à l'avantage uniquement de l'acheteur; par conséquent, l'acheteur est libre de ne pas y donner suite et, s'il le fait, il nous importe peu de savoir s'il aurait pu exiger leur exécution».

Ce principe peut profiter à un vendeur aussi bien qu'à un acheteur. *Morrell v. Studd & Millington*⁹, en constitue un exemple. On a statué dans cette affaire-là qu'un vendeur peut renoncer à une clause stipulant que le solde du prix d'achat doit être garanti d'une manière qu'il juge satisfaisante et qu'il peut intenter une action en exécution contre l'acheteur après avoir renoncé à cette clause qui n'était stipulée qu'à son avantage.

Dans des affaires de cette nature, qu'il s'agisse de l'acte ou de la conduite de l'une des parties ou de l'acte ou de la conduite d'un tiers, l'important est de savoir si cet acte ou cette conduite constitue une condition de l'obligation d'une seule des parties ou des deux. Si c'est l'obligation d'une seule partie, il n'y a pas de raison qui l'empêche d'offrir, d'exécuter sa propre obligation sans exiger l'accomplissement de la condition et de demander ensuite à l'autre partie sa prestation.

L'application de ce principe s'est parfois compliquée lorsqu'il s'agissait de décider non pas de l'exécution d'un contrat conclu mais de la conclusion du contrat. *Fry on Specific Performance* 6^e éd. (1921), aux pp. 175 et 461, cite *Lloyd v. Nowell*¹⁰, pour souligner cette différence. Ainsi, si une convention était sujette [TRADUCTION] «à la rédaction par mon avocat et à la signature d'un contrat en bonne et due forme», on ne peut pas dire que le vendeur pourrait renoncer à cette clause et faire un contrat unilatéralement. L'acheteur ne

⁸ [1892] 3 Ch. 359.

⁹ [1913] 2 Ch. 648.

¹⁰ [1895] 2 Ch. 744.

⁸ [1892] 3 Ch. 359.

⁹ [1913] 2 Ch. 648.

¹⁰ [1895] 2 Ch. 744.

his unilateral act. Nor could a purchaser do so under a similar provision respecting the preparation of a formal contract by his solicitor: see *Von Hatzfeldt-Wildenburg v. Alexander*¹¹.

I take *Turney v. Zhilka* to have involved, as a matter of construction, a condition which was applicable to the duty of both parties. As Judson J. put it, at p. 583 of [1959] S.C.R., "the obligations under the contract, *on both sides*, depend upon a future uncertain event, the happening of which depends entirely on the will of a third party—the Village council". (The italics are my own.) It is on this basis only that it can be said, as Judson J. did, that there was here a "true condition precedent", that is one external to the obligations of both parties and one where the contract did not give the carriage of the matter to either one of the parties so as to provide a basis for contending that it was for his benefit alone and could be waived by him. This construction of a condition involving some action of a third party is not a necessary one: see, for example, *Funke v. Paist*¹² and *Richardson v. Snipes*¹³ holding required zoning approvals to be conditions of the duty of the purchaser only and hence open to waiver by him. Nevertheless, there can be no doubt that, in particular situations of which *Turney v. Zhilka* is illustrative, a provision for rezoning or redevelopment consent may be construed as one for the mutual advantage or benefit of both of the parties to a contract of sale of land and hence not open to unilateral waiver. This was the result reached in the recent English case of *Heron Garage Properties Ltd. v. Moss*¹⁴. There is one point in that case which also calls for consideration here and that is the fact that the date of completion is geared to the obtaining of planning consent or zoning approval, thus raising the question of the severability of the provision which the purchaser purported to waive. I will return to this point later in these reasons.

peut pas non plus le faire en vertu d'une clause semblable concernant la rédaction par son avocat, d'un contrat en bonne et due forme: voir *Von Hatzfeldt-Wildenburg v. Alexander*¹¹.

Selon mon interprétation, *Turney c. Zhilka* portait sur une condition ayant trait aux obligations des deux parties. Comme le dit le juge Judson, à la p. 583 de [1959] R.C.S., [TRADUCTION] «les obligations *des deux parties*, en vertu du contrat, dépendent d'un événement futur et incertain, dont l'accomplissement dépend entièrement de la volonté d'un tiers, le conseil municipal». (J'ai mis des mots en italiques.) Ce n'est que sur cette base que l'on peut dire, comme le juge Judson, qu'il s'agissait d'une «véritable condition suspensive», c'est-à-dire d'une condition extérieure aux obligations des deux parties dont le contrat n'imposait à aucune des parties l'accomplissement qui aurait permis à l'une d'elles de prétendre que la condition était stipulée à son avantage et qu'elle pouvait y renoncer. Il ne faut pas en conclure qu'une condition comporte nécessairement l'action d'un tiers: voir, par exemple, *Funke v. Paist*¹² et *Richardson v. Snipes*¹³ où l'on a statué que les approbations nécessaires du zonage constituaient des conditions liant l'acheteur seulement et que celui-ci pouvait donc y renoncer. Néanmoins, il est indubitable que, dans des situations particulières, dont *Turney c. Zhilka* nous fournit un exemple, une clause prévoyant l'approbation d'une modification du zonage ou de la destination d'un terrain peut être interprétée comme stipulée à l'avantage ou au profit mutuel des deux parties à un contrat de vente de terrain et, par conséquent, ne pas être susceptible de renonciation unilatérale. C'est la conclusion du récent arrêt anglais *Heron Garage Properties Ltd. v. Moss*¹⁴. Il y a un autre point en cette affaire-là qu'il faut examiner: la date de la signature dépend de l'obtention de l'approbation du plan ou du zonage, ce qui nous amène à demander si la clause à laquelle l'acheteur entendait renoncer est séparable. Je reviendrai sur ce point plus loin dans ces motifs.

¹¹ [1912] 1 Ch. 284.

¹² (1947), 52 A. 2d 655 (Pa.).

¹³ (1959), 330 S.W. 2d 381 (Tenn.).

¹⁴ [1974] 1 All E.R. 421.

¹¹ [1912] 1 Ch. 284.

¹² (1947), 52 A. 2d 655 (Pa.).

¹³ (1959), 330 S.W. 2d 381 (Tenn.).

¹⁴ [1974] 1 All E.R. 421.

In *F. T. Developments Ltd. v. Sherman, supra*, Judson J. again construed a condition respecting rezoning as applicable to the duties of both parties. The terms of the condition were as follows:

This offer is conditional upon the Purchaser obtaining the rezoning of the said lands on a M-5 zoning basis. Such rezoning to be obtained within 6 months from the date of the acceptance of the Offer. Provided that should the rezoning be approved by the Municipality of the Township of North York, and should it be before the Municipal Board within a six-month period, a further extension for the approval of the Municipal Board will be given for a period of 90 days, if the Municipal Board has not had an opportunity of giving its approval prior to the said extension date.

It may be noted that the situation in the *F. T. Developments* case was different from that in *Turney v. Zhilka* in that there the very offer of the purchaser was made conditional upon obtaining the rezoning while in the latter there was a concluded contract, performance of which depended upon a certain condition, but this difference did not enter into the Court's assessment of the issue. However, Cartwright C.J.C. did not find it necessary to decide whether the condition could be unilaterally waived because on the evidence and findings of fact there was no waiver declared until after the time for closing had passed.

I would not myself have found any consonance between the condition in the *F. T. Developments* case and that in *Turney v. Zhilka*. Even less of a consonance appears to me to exist between the condition in *Turney v. Zhilka* and that in the *O'Reilly* case, *supra*. In the latter case, a purchaser had agreed to buy lot 7 in a certain area from a vendor, and the contract included a provision as to the purchaser being able to purchase lot 8 from a third party on terms and conditions satisfactory to the purchaser and prior to a named date. On the question whether this was a condition for the purchaser's sole benefit and open to waiver by him, the British Columbia Court of Appeal so held in reversal of the trial judge. This Court, again speaking through Judson J., held that *Turney v.*

Dans *F. T. Developments Ltd. v. Sherman, supra*, le juge Judson a de nouveau interprété une condition concernant une modification du zonage comme reliée aux obligations des deux parties. La condition était libellée comme suit:

[TRANSLATION] La présente offre est soumise à la condition suivante: l'acheteur doit obtenir la modification du zonage desdits terrains sur la base d'une zone M-5. Cette modification du zonage doit avoir lieu dans un délai de 6 mois de la date de l'acceptation de l'offre. Toutefois si le nouveau zonage est approuvé par la Municipalité du Canton de North York et s'il est présenté à la Commission municipale dans le délai de six mois, ce délai sera prorogé de 90 jours pour obtenir l'approbation de la Commission, si celle-ci n'a pas eu la possibilité d'accorder son approbation avant que le délai soit prorogé.

On remarque que la situation dans l'affaire *F. T. Developments* n'était pas la même que dans *Turney c. Zhilka*, car dans la première l'offre même de l'acheteur était soumise à la condition de l'obtention d'un nouveau zonage alors que dans la deuxième on avait un contrat conclu, dont l'exécution dépendait d'une certaine condition. La Cour n'a pas toutefois tenu compte de cette différence en examinant la question et, le juge en chef Cartwright n'a pas estimé nécessaire de décider si l'on pouvait renoncer unilatéralement à la condition, car, d'après les témoignages et les conclusions tirées des faits, aucune renonciation n'avait été annoncée avant le délai fixé pour la conclusion de l'accord.

Personnellement, je ne verrais pas d'affinité entre la condition dans *F. T. Developments* et celle dans *Turney c. Zhilka* et encore moins entre la condition dans *Turney c. Zhilka* et celle dans *O'Reilly, supra*. Dans cette dernière affaire, un acheteur avait accepté d'acheter le lot 7 d'un certain terrain et le contrat contenait la condition selon laquelle il devait, avant une date déterminée, pouvoir acquérir d'un tiers le lot 8 suivant des modalités qui lui conviennent. Ayant à décider s'il s'agissait d'une condition stipulée à l'avantage de l'acheteur seulement et à laquelle celui-ci pouvait renoncer, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué affirmativement, infirmant la décision du juge de première instance. Cette Cour, à nouveau par la voix du juge Judson, a décidé que

Zhilka and the *F. T. Developments* case governed the legal issue. It was his view, to quote his words, that "the vendor in the present appeal had no enforceable contract without performance of the condition. Neither had the purchaser". In short, the view was taken that the provision as to the purchase of lot 8 was a condition of the duty of performance of both the vendor and the purchaser. I cannot so read the provision which, on its face, seems so clearly to be directed to the duty of the purchaser and not to any duty or interest of the vendor. Being, in my opinion, for the purchaser's benefit alone, it was one which he could forgo in asserting a claim to specific performance against the vendor. The provision was there to enable the purchaser to defend against the vendor if it was unperformed and not *vice versa*.

I cannot but think that if the condition in the present case and the condition in the *O'Reilly* case are not instances of conditions which can be waived by the one party to whose duty of performance they go, there can hardly be any case in which waiver can be lawfully effected short of an express provision therefor in the contract of sale. No doubt this is a salutary procedure, but the law of contract has long ago ceased to depend on exact expression of every consequence of a contractual provision.

An examination of the case law in England, in Australia, in New Zealand and the United States discloses no differentiation in applicable principle between those provisions where action of a third party is involved and those where only the action of the opposite party is involved so far as concerns the right of waiver of a provision which is found to be for the benefit of one party only. Of course, a party cannot base a claim for performance by the opposite party of a conditional obligation on his own failure to perform, unless it can be said that the failure relates to a mere promise rather than to the condition; but, even as to a condition to which a party is obliged in favour of the opposite party, the latter may elect to enforce the contract rather than rescind upon breach of the condition.

Turney c. Zhilka et *F. T. Developments* régissaient le point en litige. A son avis, pour citer ses paroles, [TRADUCTION] «le vendeur, en ce pourvoi, n'avait pas de contrat exécutoire sans l'accomplissement de la condition. L'acheteur non plus.» Bref, on a statué que la clause relative à l'achat du lot 8 constituait une condition obligatoire tant pour le vendeur que pour l'acheteur. Je ne peux interpréter ainsi cette clause qui, textuellement, semble si clairement reliée à l'obligation de l'acheteur, n'impose rien au vendeur et n'est d'aucun intérêt pour lui. Cette condition n'est stipulée, selon moi, qu'en faveur de l'acheteur seulement qui pouvait y renoncer en intentant une action en exécution contre le vendeur. Le but de la condition était de servir à l'acheteur de moyen de défense contre le vendeur, si elle n'était pas accomplie, et non *vice versa*.

Je ne vois pas comment, si les conditions en l'espèce et dans l'affaire *O'Reilly* ne sont pas des exemples de conditions auxquelles peut renoncer la partie qui doit les accomplir, il puisse y avoir des cas où l'on puisse légalement effectuer une renonciation, sauf stipulation expresse en ce sens dans le contrat de vente. Cela constitue, sans aucun doute, une méthode recommandable, mais le droit des contrats n'est plus, depuis longtemps, subordonné à l'énoncé précis de tous les effets des clauses contractuelles.

En ce qui concerne le droit de renoncer à une stipulation que l'on estime en faveur d'une seule partie, l'examen de la jurisprudence en Angleterre, en Australie, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis nous révèle que l'on applique indifféremment le même principe aux stipulations qui demandent l'action d'un tiers et à celles qui n'exigent que l'intervention de la partie adverse. Bien sûr, une partie ne peut intenter contre la partie adverse une action en exécution d'une obligation conditionnelle en se fondant sur son propre défaut de remplir la condition à moins que l'on puisse dire que le défaut ne vise qu'une simple promesse et non pas la condition; mais, même s'il s'agit d'une condition qu'une partie est obligée d'accomplir à l'avantage de la partie adverse, cette dernière peut choisir l'exécution du contrat plutôt que la rescision pour violation de la condition.

The present case, in a sense, shows the opposite side of the coin because if the provision in question is solely for the benefit of a party who decides to renounce that benefit, there is then no impediment to calling for the opposite party's performance provided the provision waived is not tied in with other terms from which it cannot be extricated by way of unilateral relinquishment. What the earlier observation shows, however, is that failure to perform a condition does not necessarily mean that there is no contract to enforce since the innocent party may elect to keep it alive. This also goes to a point raised in the present case and I shall deal with it now.

Counsel for the respondent vendors urged that the provisions of the contract of sale themselves set up a distinction between provisions open to waiver by the purchaser and those that were not. The submission related to the provision numbered 2 in these reasons which stated that if the conditions therein were not complied with "the purchaser shall have the option to declare this agreement null and void". The contrast alleged was with the site plan condition, the one central to this appeal, numbered 1 in these reasons, which concluded that "in the event that these conditions are not complied with . . . the agreement of purchase and sale shall be null and void". Here there was no express "option" to that end given to the purchaser.

There are two comments that I would make on the foregoing submissions. First, the provision numbered 2, respecting water and sewer facilities and protection of the purchaser against service charges and capital contributions, did not call for any action or initiative by the purchaser and he would have been entitled to resist enforcement of the contract by the vendors if the conditions stated to be such, were not fulfilled, even if the contract had not expressly so stated. Further, the presence of a waiver clause did not make the conditions any more directly conditions of the buyer's duty of performance than they would have been without it. In short, the situation here was simply one where the waiver clause emphasized that the provisions in question were for the purchaser's benefit; and, to

D'une certaine façon, l'on nous montre en l'espèce le revers de la médaille parce que, si la clause visée n'est stipulée qu'à l'avantage d'une partie qui décide d'y renoncer, rien ne l'empêche alors d'exiger que l'autre partie exécute son obligation, pourvu que la condition à laquelle elle a renoncé ne soit pas reliée à d'autres clauses qui ne peuvent faire l'objet de renonciation unilatérale. Toutefois, ce que l'on a déjà observé démontre que le défaut d'accomplissement d'une condition n'implique pas nécessairement qu'il n'y a pas de contrat exécutoire, puisque la partie qui a respecté ses engagements peut choisir d'y donner suite. Ceci s'applique également à un point soulevé en l'espèce que je vais maintenant examiner.

L'avocat des vendeurs intimés a allégué que les stipulations mêmes du contrat de vente établissent une distinction entre les clauses auxquelles l'acheteur peut renoncer et celles auxquelles il ne peut pas. Cet argument fait allusion à la clause numérotée 2 dans ces motifs, laquelle prévoit que si l'une des conditions mentionnées n'est pas respectée, [TRADUCTION] «l'acheteur aura le choix de déclarer la présente convention nulle et de nul effet». Par opposition, la condition relative au plan d'aménagement, celle qui constitue le point décisif de ce pourvoi, numérotée 1 dans ces motifs, conclut que [TRADUCTION] «si ces conditions ne sont pas respectées . . . le contrat de vente est nul et de nul effet». Dans cette dernière, l'annulation ne relève pas expressément du choix de l'acheteur.

Je ferai deux commentaires sur les arguments précédents. Premièrement, la clause numéro 2, relative aux services d'aqueduc et d'égouts et à la protection de l'acheteur contre l'imposition de charges et de contributions, n'exigeait aucune mesure ou initiative de la part de l'acheteur qui aurait eu le droit de s'opposer à l'exécution du contrat par les vendeurs si les conditions stipulées comme telles n'avaient pas été remplies, même si le contrat ne l'indiquait pas expressément. En outre, l'existence d'une clause de renonciation n'imposait pas plus directement à l'acheteur l'obligation de remplir les conditions que l'absence de pareille clause ne l'aurait fait. Bref, en l'espèce, la clause de renonciation soulignait simplement que les clauses en question étaient stipulées à l'avan-

recall an earlier observation here, the purchaser could insist on them if he so desired, and it would be no defence to the vendors to say that because the purchaser could not be compelled to waive they would not perform.

The second comment relates to the site plan provision and to the concluding stipulation that the agreement should be null and void (without giving either party a power so to elect) "in the event that these conditions are not complied with". I accept the proposition stated in *Corbin on Contracts*, Vol. 3A, at p. 517, that a provision that the contract shall be null and void "seldom means what it appears to say" and that "generally what is meant is that the duty of one of the parties shall be conditional on [performance] by the other party exactly as agreed"; otherwise the contract would in effect be giving an option to the party who is to render the performance on the failure of which the contract is to be null and void. This proposition does not, however, preclude a party entitled to call for such performance from waiving it where it is solely for his benefit. In relation to the present case, it invites consideration of the conditions to which the "null and void" provision relates. In my view, those conditions are the provisions as to the time fixed for completion of the hearings before the Municipal Board and related time provisions, all annexed to the site plan provisions. If the latter can be waived, the time provisions go with them, and there is consequently no bar in them to the purchaser's right to call for performance by the vendors.

The High Court of Australia in *Maynard v. Goode*¹⁵ was met with a submission that a provision in a contract of sale of land that the Crown postpone payment of rent due to it was a "true condition precedent" as being for the benefit of both parties to the contract. The fact that action by a third party, the Crown, was involved, did not

tage de l'acheteur; et, pour répéter ici une observation faite précédemment, l'acheteur pouvait exiger leur exécution s'il le voulait et les vendeurs ne pouvaient pas invoquer comme moyen de défense pour refuser d'exécuter leur obligation le fait que la renonciation ne pouvait être imposée à l'acheteur.

Le deuxième commentaire touche la clause relative au plan d'aménagement et à la conclusion selon laquelle le contrat est nul et de nul effet (sans accorder d'option à l'une ou l'autre partie) [TRADUCTION] «si ces conditions ne sont pas respectées». Je souscris à la thèse énoncée par *Corbin on Contracts*, Vol. 3A, à la p. 517, selon laquelle une clause stipulant que le contrat sera nul et de nul effet [TRADUCTION] «signifie rarement ce qu'elle semble dire» et «elle signifie en général que l'obligation de l'une des parties dépend de (l'exécution) par l'autre partie de son obligation tel que convenu»; autrement le contrat se trouverait en fait à accorder une option à la partie qui doit exécuter l'obligation, alors que c'est son défaut qui rend le contrat nul et de nul effet. Toutefois, cette thèse n'empêche pas une partie qui a droit d'exiger l'exécution de cette obligation d'y renoncer si elle n'est stipulée qu'à son avantage. En l'espèce, cette théorie nous incite à examiner à quelles conditions se rattache la clause prévoyant la nullité. A mon avis, c'est aux conditions qui ont trait au délai accordé pour la fin des auditions devant la Commission municipale et les conditions connexes fixant des délais, toutes reliées aux clauses relatives au plan d'aménagement. Si on peut renoncer à ces dernières, on peut aussi faire de même à l'égard des clauses fixant des délais lesquelles, par conséquent, ne font pas obstacle au droit de l'acheteur d'exiger des vendeurs l'exécution de leur obligation.

Dans *Maynard v. Goode*¹⁵, on soutenait devant la Haute Cour d'Australie qu'une clause d'un contrat de vente de terrain stipulant la condition que le gouvernement consente à différer le paiement d'une rente constituait une «véritable condition suspensive» parce qu'elle était stipulée à l'avantage des deux parties contractantes. Même s'il s'agissait

¹⁵ (1926), 37 C.L.R. 529.

¹⁵ (1926), 37 C.L.R. 529.

prevent the Court from concluding, as had the trial judge, that the provision was open to waiver as being for the sole benefit of the purchaser in that case. The matter was considered at great length by Hutchison J. of the Supreme Court of New Zealand in *Donaldson v. Tracy*¹⁶, in terms of a distinction drawn by counsel between a "pure" condition (the "true condition precedent" under another formula) depending on the action of a third party and provisions that were merely promises or undertakings. The case arose out of an accepted offer for the purchase of a hotel property and of the hotel business. In the offer the purchaser stipulated for the approval of the Licensing Commission and also that it not recommend any other licensed premises within a two-mile radius. The Commission did in fact approve a license within that area but the purchaser sought to waive this provision and sued for specific performance when the vendor contended that the contract was no longer binding. The purchaser obtained a decree.

Two points emerge from the judgment and, although they have already been made, they are worth repeating. First, to use the words of the Court (at p. 691):

Where there is a failure of condition I think on principle that it does not make any difference whether the failure is due to the action of a party or to the action of an outsider, so far as regards the right of the other party to waive the condition if it is solely for his benefit.

Second, that a condition is for the sole benefit of the party who purports to waive it may be shown by evidence of surrounding circumstances. Hutchison J. was of opinion that on the face of the contested provision it was for the benefit of the purchaser, a conclusion fortified by the observation that the vendor would suffer no prejudice if the particular condition was not in the contract.

A similar approach with similar results runs through American case law. I may refer first to 17A *Corpus Juris Secundum* pp. 688-690 which brings into relation the position of a party who may waive rights to which he is entitled and who

du fait d'un tiers, le gouvernement, la Haute Cour a conclu, comme le juge de première instance, que l'acheteur pouvait renoncer à cette condition parce qu'elle était stipulée à son seul avantage. Le juge Hutchison de la Cour suprême de Nouvelle-Zélande a examiné très longuement la question dans *Donaldson v. Tracy*¹⁶, en fonction d'une distinction établie par l'avocat entre une «pure» condition (autrement dit une «véritable condition suspensive»), qui dépend du fait d'un tiers, et les clauses qui constituent simplement des promesses ou des engagements. Le litige provenait de l'acceptation d'une offre d'achat d'un hôtel et du fonds de commerce. L'acheteur stipulait dans son offre que la Commission des permis devait approuver la cession et qu'elle ne devait pas recommander l'émission de permis pour d'autres débits de boissons dans un rayon de deux milles. La Commission a approuvé en fait l'émission d'un permis dans le secteur, mais l'acheteur a voulu renoncer à cette clause et il a intenté une action en exécution quand le vendeur a prétendu que le contrat n'était plus exécutoire. L'acheteur a obtenu gain de cause.

Deux points ressortent de cette décision et, bien qu'ils aient déjà été exposés, ils méritent d'être répétés. Premièrement, selon les termes du tribunal, à la p. 691:

[TRADUCTION] Quand une condition n'est pas respectée, je pense qu'en principe il importe peu que ce soit imputable au fait d'une partie ou d'un tiers, quand il s'agit de décider si l'autre partie peut renoncer à la condition parce qu'elle est stipulée à son seul avantage.

Deuxièmement, la preuve des circonstances entourant l'affaire peut révéler qu'une condition n'est stipulée qu'à l'avantage de la partie qui veut y renoncer. Le juge Hutchison estimait que textuellement la clause litigieuse était stipulée à l'avantage de l'acheteur, conclusion étayée par l'observation que le vendeur ne subirait aucun préjudice si cette condition n'était pas incorporée au contrat.

La jurisprudence américaine a abordé la question de la même manière et elle a abouti à des résultats semblables. Je peux d'abord mentionner 17A *Corpus Juris Secundum*, aux pp. 688 à 690, où l'on établit un rapport entre la situation d'une

¹⁶ [1951] N.Z.L.R. 684.

¹⁶ [1951] N.Z.L.R. 684.

may also elect not to take advantage of a breach by the opposite party. A line of authorities supporting waiver of a provision for rezoning approval will be found in *American Law Reports Annotated*, 76 ALR 2d 1204. I will refer in detail to only one modern American case, *Godfrey Co. v. Crawford*¹⁷ because it bears also on the "null and void" contention previously canvassed in these reasons.

The case involved an accepted offer to purchase certain land and it had a completion date of March 1, 1963. The contract provided that the purchaser should be joined by the vendors and by owners of adjacent premises to petition the Municipal Council for rezoning to permit a certain development, such petition to be filed on or before January 3, 1963, "and in the event the petition for rezoning is denied or cannot be consummated on or before March 1, 1963 . . . this offer to purchase shall become null and void and all monies paid hereunder shall be returned to the buyer". Prior to March 1, 1963, the purchaser advised the vendors of a waiver and of a readiness to complete the purchase on the completion date. In affirming dismissal of a demurrer to the purchaser's action for specific performance, the Court made some observations which I reproduce and adopt here, as follows (at pp. 497-8):

We agree with defendants' contention that the provision in the contract, that it was to become null and void upon the failure to consummate the zoning revision by March 1st, is obviously for the protection of the sellers as well as the buyer. It is for the protection of the buyer because nonfulfillment of the zoning revision cancels its liability on the contract and enables it to recover any prior payments made on the purchase price. It is for the protection of the sellers because such nonfulfillment also terminates their liability on the contract and leaves them free to immediately sell the premises to someone else. Without such a provision the sellers might well have their property tied up for a long period of time should a court find that time was not of the essence with respect to accomplishing the zoning revision. If at the end of such time the buyer defaulted the sellers in the mean-

partie qui peut renoncer à des droits qu'elle peut exiger et qui peut également choisir de ne pas se prévaloir du défaut de la partie adverse. On trouvera une série d'arrêts à l'appui du droit de renonciation à une clause qui prévoit l'approbation d'une modification de zonage dans *American Law Reports Annotated*, 76 ALR 2d 1204. Je ne donnerai les détails que d'un seul arrêt américain moderne, *Godfrey Co. v. Crawford*¹⁷ parce qu'il porte aussi sur l'argument relatif à la nullité, déjà examiné dans ces motifs.

L'affaire concernait l'acceptation de l'offre d'un achat qui devait être conclu avant le premier mars 1963. Le contrat stipulait que les vendeurs et les propriétaires d'immeubles adjacents devaient se joindre à l'acheteur pour requérir du conseil municipal une modification du zonage afin de permettre la réalisation d'un certain projet, la requête devant être présentée au plus tard le 3 janvier 1963, [TRADUCTION] «et si la requête pour la modification du zonage était rejetée ou ne pouvait pas être décidée au plus tard le premier mars 1963 . . . la présente offre d'achat sera nulle et de nul effet et toute somme versée en vertu de celle-ci sera remise à l'acheteur». Avant le premier mars 1963, l'acheteur a avisé les vendeurs qu'il renonçait à la condition et qu'il était prêt à signer le contrat à la date prévue. En confirmant le rejet de la fin de non-recevoir opposée à l'action de l'acheteur, la Cour a fait quelques observations que je reproduis et que je fais miennes (aux pp. 497-8):

[TRADUCTION] Nous souscrivons à la prétention des défendeurs selon laquelle la clause du contrat, à savoir qu'il serait nul et de nul effet si la modification du zonage n'était pas achevée le premier mars, est manifestement stipulée autant pour la protection des vendeurs que celle de l'acheteuse. Elle protège l'acheteuse, parce que si la modification du zonage n'est pas effectuée, elle n'a plus de responsabilité en vertu du contrat et elle peut recouvrer tous les versements faits sur le prix d'achat. Elle protège aussi les vendeurs, qui, en pareil cas, n'ont plus de responsabilité en vertu du contrat et peuvent à leur gré vendre immédiatement les biens-fonds à quelqu'un d'autre. Sans cette clause, les vendeurs verraient leur propriété grevée pour une longue période de temps si un tribunal statuait que le délai pour effectuer la modification du zonage n'était pas une condition essen-

¹⁷ (1964), 126 N.W. 2d 495 (Wisc.).

¹⁷ (1964), 126 N.W. 2d 495 (Wisc.).

time could have lost an opportunity of an advantageous sale to someone else. . . .

The fact that this particular provision is held to be for the benefit of the sellers as well as the buyer, however, does not in itself preclude the buyer from waiving prior to March 1, 1963, the condition that the zoning revision be consummated by March 1, 1963. This is because it is alleged in the amended complaint that the zoning change was for the protection of the buyer, and the general rule is that a party to a contract can waive a condition that is for his benefit. . . .

By permitting the buyer to waive the condition with respect to zoning revision, providing such waiver occurs prior to the specified cut-off date of March 1, 1963, there is no interference with the protection afforded sellers by the provision in the contract that, if the zoning revision is not consummated by that date, the contract is rendered null and void. The prior waiver has the same effect as a consummated zoning revision insofar as the rights of the sellers are concerned. In either event the buyer is absolutely obligated to pay the balance of purchase price on the closing date of March 1, 1963. The sellers have no protectable interest in whether or not the zoning revision has been consummated as such, but only in knowing on March 1, 1963, that either (1) the buyer is absolutely bound to immediately pay the balance of purchase price, or (2) the contract is at an end and they are immediately free to sell to someone else.

In view of the foregoing we hold that plaintiff buyer did have the right prior to March 1, 1963, to waive the contract provision with respect to the consummation of the zoning revision by that date. By so doing we do not consider that we have rewritten or reformed the agreement of the parties, but have merely given effect to the well-recognized principle that a party may waive a provision inserted in a contract for his benefit. Defendant sellers contend that such a construction will do violence to their rights, because they relied to their detriment in agreeing to sell to the corporate defendant contingent upon no zoning revision having occurred by March 1, 1963. The answer to this contention is that the contract clause which defendants claim to have relied upon was always open to the contingency that the courts would construe it as we have done. They acted at their

tielle. Si, à l'expiration du délai, l'acheteuse ne remplissait pas ses engagements, les vendeurs pourraient avoir perdu dans l'intervalle une occasion de vendre à meilleur prix à quelqu'un d'autre. . . .

Toutefois, le fait que l'on statue que cette clause particulière est désignée autant à l'avantage des vendeurs que de l'acheteuse n'empêche pas en soi l'acheteuse de renoncer, avant le premier mars 1963, à la condition selon laquelle la modification du zonage doit être terminée le premier mars 1963. Cela est dû au fait que dans la déclaration amendée on prétend que la modification du zonage visait à protéger l'acheteuse et qu'en vertu de la règle générale une partie contractante peut renoncer à une condition stipulée à son avantage. . . .

En permettant à l'acheteuse de renoncer à la condition relative à la modification du zonage, pourvu que cette renonciation survienne avant l'expiration du délai prévu, soit le premier mars 1963, on ne diminue pas la protection accordée aux vendeurs par la clause du contrat qui stipule que si la modification du zonage n'est pas terminée à cette date le contrat est nul et de nul effet. La renonciation dans les limites du délai a le même effet qu'une modification du zonage complétée en ce qui concerne les droits des vendeurs. Dans les deux cas, l'acheteuse est absolument obligée de payer le solde du prix d'achat à la date de signature du contrat le premier mars 1963. L'intérêt que peuvent avoir les vendeurs ne réside pas dans la question de savoir si la modification du zonage est effectivement terminée, mais plutôt dans celle de savoir si, le premier mars 1963, (1) l'acheteuse est absolument obligée de payer immédiatement le solde du prix d'achat ou si (2) l'obligation est éteinte et s'ils sont immédiatement libres de vendre à quelqu'un d'autre.

Pour ces motifs, nous estimons que l'acheteuse, la demanderesse, avait le droit de renoncer, avant le premier mars 1963, à la clause du contrat stipulant que la modification du zonage devait être terminée à cette date. Ce faisant, nous ne croyons pas avoir procédé à une nouvelle rédaction ou à une révision de la convention des parties, mais simplement appliqué le principe établi selon lequel une partie peut renoncer à une clause introduite à son avantage dans un contrat. Les vendeurs, les défendeurs, prétendent que cette interprétation portera atteinte à leurs droits, parce qu'ils se sont fondés, à leur détriment, sur cette clause, pour convenir de vendre à la compagnie défenderesse à la condition qu'aucune modification du zonage ne survienne avant le premier mars 1963. Cet argument trouve sa réponse dans le fait que la clause du contrat sur laquelle les défendeurs

peril in so acting as not to protect themselves against such a contingency.

The most potent argument advanced by defendants is the fact that the contract between plaintiff and the individual defendants specifically authorized plaintiff to waive title defects, but is entirely silent with respect to its right to waive the consummation of the desired zoning revision. In a close case where the scales are somewhat evenly balanced between one interpretation and another, this might well be the decisive factor in arriving at the court's decision. We do not consider, however, that this is such a close case. Defendants have failed to point out any way in which the defendant seller's protection is weakened in the slightest degree by the interpretation adopted by this court.

One of the passages quoted above relates to the reserved point to which I alluded earlier when referring to *Heron Garage Properties Ltd. v. Moss*, namely, the effect upon a purported waiver of the association with the closing date of the condition sought to be waived. In *Godfrey Co. v. Crawford*, a fixed date was given, namely March 1, 1963, for obtaining the rezoning approval and for closing. In the *Heron Garage* case, one where the vendor retained adjoining land on which he proposed to carry on a business (sale of motor vehicles) to a degree related to the business proposed to be carried on by the purchaser (a gasoline station), the provision for completion was one calendar month after receipt by the purchaser of unconditional consent to its planning application or one calendar month after the purchaser approved any conditional planning consent (which he had to do within 28 days thereof), but in either case not before January 1, 1973. The judge in the *Heron Garage* case, after holding the planning condition to be for the benefit of both parties and hence not to be waived by the purchaser alone, also felt that the nexus between that condition and

prétendent s'être fondés était toujours susceptible d'être interprétée par les tribunaux comme nous l'avons fait. Ils ont agi à leurs risques et périls en ce faisant, sans se protéger contre une telle éventualité.

L'argument le plus convaincant présenté par les défendeurs porte sur le fait que le contrat entre la demanderesse et les défendeurs, parties audit contrat, autorisait expressément la demanderesse à renoncer aux vices de titre, mais qu'il ne contient rien sur le droit de renoncer à la condition exigeant que la modification du zonage demandée soit terminée. Dans une affaire difficile à trancher, où deux interprétations font osciller également les deux plateaux de la balance, cela pourrait bien constituer le facteur décisif dans la décision du tribunal. Toutefois, nous ne croyons pas qu'en l'espèce, l'affaire soit difficile à ce point. Les défendeurs n'ont réussi à démontrer d'aucune façon comment l'interprétation adoptée par cette Cour aurait diminué le moins dument leur protection à titre de vendeurs.

L'un des passages cités ci-dessus touche la question à laquelle j'ai fait allusion précédemment, sans l'examiner, lorsque j'ai mentionné l'arrêt *Heron Garage Properties Ltd. v. Moss*, à savoir l'effet sur une renonciation projetée de la relation avec la date d'échéance pour l'accomplissement de la condition à laquelle on désire renoncer. Dans *Godfrey Co. v. Crawford*, on avait fixé une date, c'est-à-dire le premier mars 1963, pour l'obtention de l'approbation de la modification du zonage et pour la signature. Dans l'affaire *Heron Garage*, le vendeur avait conservé un terrain adjacent sur lequel il entendait exploiter un commerce (la vente d'automobiles) relié à un certain point au commerce que l'acheteuse entendait exploiter (un poste d'essence) et la clause relative à la date de la signature fixait celle-ci à un mois civil après la réception par l'acheteuse de l'approbation inconditionnelle de ses plans, ou à un mois civil après le consentement par l'acheteuse de modifier ses plans conformément à l'approbation conditionnelle (ce qu'elle devait faire dans un délai de 28 jours), mais dans un cas comme dans l'autre, le contrat ne pouvait pas être signé avant le premier janvier 1973. Dans l'affaire *Heron Garage*, le juge, après avoir statué que la condition relative aux plans était stipulée à l'avantage des deux parties et que par conséquent l'acheteuse seule ne pouvait y renoncer, estima aussi que le lien entre cette condition et la date de signature empêchait la renoncia-

the completion date precluded waiver because it would leave the completion date in the air.

I find no such difficulty in the present case once it is decided, as in my opinion it should be, that on the very face of the site plan condition, it was for the sole benefit of the purchaser. Since it was open to the purchaser to pay cash and he offered to do so, it would follow that a reasonable period following the refusal of site plan approval, a period measured by the sixty days mentioned in the completion condition, would govern completion following waiver of the condition. In fact, nothing turned on the completion date in the present case since the purchaser was ready and willing to complete, with waiver of all conditions save as to title, within sixty days after September 30, 1968, being the date fixed by the contract for the conclusion of the hearings by the Ontario Municipal Board.

Having had the benefit of seeing the reasons prepared by my brother Dickson before completing my own, I would underline two of the points of difference between us. I do not view waiver as involving a rewriting of an agreement any more than I regard estoppel of a party from insisting upon a term of an agreement as a rewriting thereof. A party that is entitled to a range of benefits under an agreement does not rewrite it against the opposite party by forgoing some of those benefits. Second, I find nothing offensive or prejudicial in the fact that a vendor may not know until completion date whether the contract will be performed according to its very terms or whether there will be a waiver so as to give the purchaser a choice to opt out or to insist on performance by the vendor. This is not an uncommon situation in contracts and depends simply on their terms.

In the result, while recognizing the basis upon which *Turney v. Zhilka* proceeded, I do not find that it precludes a contrary conclusion in the present case, and I would, accordingly, allow the appeal, set aside the judgments below and enter a decree of specific performance in favour of the purchaser with costs throughout.

tion, parce que celle-ci aurait laissé la date de signature indéterminée.

En l'espèce, cette difficulté n'existe pas une fois que l'on a statué comme, à mon avis, on doit le faire, qu'à sa lecture la condition relative au plan d'aménagement n'était stipulée qu'à l'avantage de l'acheteur. Puisque l'acheteur pouvait payer comptant et qu'il a offert de le faire, il s'ensuit qu'à la suite de la renonciation à la condition, la signature devait avoir lieu dans un délai raisonnable après le refus d'approuver le plan d'aménagement, délai indiqué par les soixante jours mentionnés dans la condition relative à la date de signature. En fait, en l'espèce, la question ne touchait aucunement la date de la signature puisque l'acheteur était prêt et disposé à signer, en renonçant à toutes les conditions, sauf quant au titre, dans les soixante jours suivant le 30 septembre 1968, date fixée par le contrat pour la fin des auditions devant la Commission municipale de l'Ontario.

Comme j'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Dickson avant de rédiger les miens, je soulignerai deux points de divergence. Je n'estime pas que la renonciation implique la rédaction d'une nouvelle convention, pas plus que je ne considère la fin de non-recevoir opposée par une partie à l'exécution d'une clause d'une convention comme une nouvelle rédaction de celle-ci. Une partie qui a droit à une série d'avantages en vertu d'une convention n'établit pas une nouvelle convention, désavantageuse pour l'autre partie, en renonçant à certains de ces avantages. Deuxièmement, j'estime que le vendeur ne subit aucun dommage ou préjudice du fait qu'il peut ignorer jusqu'à la date de signature si le contrat sera exécuté conformément à ses clauses initiales ou s'il y aura une renonciation qui permettra à l'acheteur soit de se libérer de son obligation soit d'exiger du vendeur qu'il exécute la sienne.

En définitive, tout en reconnaissant le bien-fondé de l'arrêt *Turney c. Zhilka*, je n'estime pas qu'il empêche d'en arriver à une conclusion contraire en l'espèce et, par conséquent, j'accueillerais le pourvoi, infirmerais les décisions des cours d'instance inférieure et accorderais à l'acheteur l'exécution même du contrat avec les dépens dans toutes les cours.

The judgment of Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ. was delivered by

DICKSON J.—This case raises once again the question whether a contracting party may waive a condition of the contract on the ground it is intended only for his benefit, and then bring an action for specific performance. The point came before the Court in *Turney v. Zhilka*¹⁸, and in two later cases *F. T. Developments Limited v. Sherman et al.*¹⁹, and *O'Reilly v. Marketers Diversified Inc.*²⁰. In the *Turney* case the defendant pleaded that the purchaser had failed to comply with the following condition of the contract:

Providing the property can be annexed to the Village of Streetsville and a plan is approved by the Village Council for subdivision.

Neither party to the contract undertook to fulfill the condition and neither party reserved a power of waiver. The purchaser made some enquiries of the Village Council but with little success. After trouble arose between the parties, the purchaser purported to waive the condition on the ground it was severable and for his benefit. He sued for specific performance. Mr. Justice Judson, delivering the judgment of this Court, said that one party to a contract might forego a promised advantage or dispense with part of the promised performance of the other party which is simply and solely for the benefit of the first party and is severable from the rest of the contract, but that in *Turney* there was no right to be waived. Then follows the passage to which reference has been frequently made, at p. 583:

The obligations under the contract, on both sides, depend upon a future uncertain event, the happening of which depends entirely on the will of a third party—the Village Council. This is a true condition precedent—an external condition upon which the existence of the obligation depends. Until the event occurs there is no right to performance on either side. The parties have not promised that it will occur. In the absence of such a promise there can be no breach of contract until the event does occur. The purchaser now seeks to make the

Le jugement des juges Martland, Judson, Ritchie, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré a été rendu par

LE JUGE DICKSON—Ce pourvoi soulève une fois de plus la question de savoir si une partie à un contrat peut renoncer à une condition du contrat pour le motif qu'elle n'était stipulée qu'à son avantage et ensuite intenter une action en exécution même de l'obligation. La question a été soumise à cette Cour dans *Turney c. Zhilka*¹⁸, et dans deux affaires postérieures, *F. T. Developments Limited c. Sherman et al.*¹⁹, et *O'Reilly c. Marketers Diversified Inc.*²⁰. Dans l'affaire *Turney*, le défendeur alléguait que l'acheteur n'avait pas respecté la condition suivante du contrat:

[TRADUCTION] A la condition que la propriété puisse être annexée au village de Streetsville et que le conseil municipal approuve un plan de lotissement.

Aucune des parties contractantes ne s'était engagée à satisfaire à la condition ni réservée le droit d'y renoncer. L'acheteur a fait quelques démarches auprès du conseil municipal mais sans grand succès. A la suite d'une mésentente entre les parties, l'acheteur a prétendu renoncer à la condition en disant qu'elle était séparable et stipulée à son avantage. Il a intenté une action en exécution même du contrat. Le juge Judson, rendant le jugement de cette Cour, a dit qu'un contractant peut renoncer à un avantage promis ou ne pas exiger de l'autre l'exécution d'une partie de l'obligation qui n'est stipulée qu'à son avantage et est séparable du reste du contrat, mais que dans *Turney* il n'y avait aucun droit auquel on pouvait renoncer. Suit ensuite le passage que l'on a souvent mentionné (à la p. 583):

[TRADUCTION] Les obligations des deux parties, en vertu du contrat, dépendent d'un événement futur et incertain, dont la réalisation dépend entièrement de la volonté d'un tiers, le conseil municipal. Il s'agit d'une véritable condition suspensive, une condition extérieure dont dépend l'existence de l'obligation. Jusqu'à l'arrivée de l'événement, aucune des parties n'a droit à l'exécution de l'obligation. Les parties n'ont pas promis que l'événement se réaliserait. Sans cette promesse, il ne peut pas y avoir d'inexécution de contrat tant que

¹⁸ [1959] S.C.R. 578.

¹⁹ [1969] S.C.R. 203.

²⁰ [1969] S.C.R. 741.

¹⁸ [1959] R.C.S. 578.

¹⁹ [1969] R.C.S. 203.

²⁰ [1969] R.C.S. 741.

vendor liable on his promise to convey in spite of the non-performance of the condition and this to suit his own convenience only. This is not a case of renunciation or relinquishment of a right but rather an attempt by one party, without the consent of the other, to write a new contract. Waiver has often been referred to as a troublesome and uncertain term in the law but it does at least presuppose the existence of a right to be relinquished.

The law as so expounded was applied and extended in the later cases to which I have referred.

The present case concerns an agreement dated February 10, 1967, for the purchase and sale of 17.669 acres of land in the Town of Stoney Creek, Ontario for \$350,000 payable \$5,000 as a deposit, \$70,000 on closing and the balance of \$275,000 by way of mortgage back to the vendors. The agreement provided that:

The purchaser shall prepare and have ready for presentation to the said Town of Stoney Creek (and obtain an appointment from the said Municipality) his site plan within four months of acceptance of this offer.

Then follows this rather lengthy, but important, paragraph:

If this offer is accepted by the vendors, the contract of purchase and sale will be subject to the condition that the necessary approvals of the Ontario Municipal Board and the Town of Stoney Creek to the site plan and proposed changes in zoning, and any approval of the Committee of Adjustment or Planning Board required are given. The applications for and all matters and appearances relating to such approval shall be prepared by and at the expense of the purchaser but may be brought in the names of the vendors. The vendors agree and undertake to give all help and co-operation required by the purchaser and to execute all necessary documents and make all attendances necessary (without costs to the purchaser) to assist in and facilitate the obtaining of the approvals and registrations required by the purchaser. *It is agreed between the parties that the Application and hearing before the Ontario Municipal Board shall be completed on or before the 30th day of September, 1968* (without the decision necessarily having been made). Provided however, if any adjournment results from opposition beyond the control of the purchaser, then the said date for completion of the application and hearing shall be extended to the 31st day of January, 1969 at the latest. Provided further, that the purchaser shall within

l'événement n'est pas arrivé. L'acheteur désire maintenant obliger le vendeur à respecter sa promesse de vente même si la condition ne s'est pas réalisée et cela dans son seul intérêt. Il ne s'agit pas d'un cas de renonciation à un droit, mais plutôt d'une tentative par une partie, sans le consentement de l'autre partie, de rédiger un nouveau contrat. On a souvent dit de la renonciation que c'était un terme juridique embarrassant et incertain, mais il présuppose au moins l'existence d'un droit auquel on peut renoncer.

On a appliqué et étendu cette théorie dans les affaires postérieures que j'ai mentionnées.

En l'espèce, il s'agit d'une convention datée du 10 février 1967, pour la vente de 17.669 acres de terrain dans la ville de Stoney Creek (Ontario) moyennant \$350,000 payables comme suit: \$5,000 à titre de dépôt, \$70,000 à la signature et le solde de \$275,000 garanti par une hypothèque en faveur des vendeurs. La convention stipulait:

[TRADUCTION] L'acheteur doit mettre au point son plan d'aménagement et être prêt à le présenter à ladite Ville de Stoney Creek (et obtenir de celle-ci la fixation d'une date pour la présentation) dans un délai de quatre mois de l'acceptation de la présente offre.

Suit ensuite ce paragraphe plutôt long, mais important:

[TRADUCTION] Si les vendeurs acceptent la présente offre, le contrat de vente sera sujet à la condition suivante: obtenir de la Commission municipale de l'Ontario et de la ville de Stoney Creek les approbations nécessaires du plan d'aménagement et des modifications projetées au zonage ainsi que celle, si nécessaire, du Comité de révision ou de la Commission de planification. L'acheteur doit, à ses frais, préparer les requêtes, les comparutions et tout ce qui se rapporte à ces approbations, mais il peut le faire au nom des vendeurs. Les vendeurs s'engagent à accorder à l'acheteur toute l'aide et la coopération requises et à signer tous les documents et faire toutes les démarches nécessaires (sans frais pour l'acheteur) pour lui aider à obtenir les approbations et inscriptions dont il a besoin. *Les parties conviennent que les procédures de requête et d'audition devant la Commission municipale de l'Ontario doivent être terminées au plus tard le 30 septembre 1968* (même si à cette date la décision n'a pas été rendue). Toutefois, si une opposition hors du pouvoir de l'acheteur provoque quelque ajournement, ledit délai sera prorogé jusqu'au 31 janvier 1969, au plus tard. Il est en outre convenu que l'acheteur doit, dans un délai de deux mois après l'obtention de toutes les approbations municipales, obtenir la fixa-

two months after all Municipal approvals have been granted, cause an appointment to be obtained for a hearing before the Ontario Municipal Board. *In the event that these conditions are not complied with, then notwithstanding anything herein contained, the agreement of purchase and sale shall be null and void and the deposit monies returned to the purchaser.*

(Italics added)

The contract of purchase and sale was made subject by that paragraph to approvals being given to (i) the site plan; (ii) proposed changes in zoning, by (a) the Ontario Municipal Board, (b) the Town of Stoney Creek, and (c) the Committee of Adjustment or Planning Board. The paragraph in express terms makes the agreement null and void if the application and hearing before the Ontario Municipal Board is not completed before September 30, 1968.

The agreement also contains this paragraph:

If this Offer is accepted by the vendors, the contract of Purchase and Sale will be conditional upon:

- (a) The said lands being serviced with adequate water and adequate sanitary sewer facilities to accommodate the purchaser's site plan of commercial and residential requirements within the terms of the zoning by-law.
- (b) There being no charges for services against the lands other than those charges in existence at the date of acceptance of this agreement.
- (c) There being no capital contribution required by the Town of Stoney Creek other than the usual five per cent (5%) for land dedication.

In the event that any of the above conditions are not complied with, the purchaser shall have the option to declare this agreement null and void and to have the deposit returned or to accept the changes and complete the agreement.

It will be observed that the paragraph immediately above quoted gives the purchaser the option to declare the agreement null and void if the conditions therein set forth are not complied with whereas the paragraph quoted earlier contains no such option. Failure of compliance with the conditions detailed in the earlier paragraph renders the agreement null and void.

tion d'une date pour une audition devant la Commission municipale de l'Ontario. *Si ces conditions ne sont pas respectées, nonobstant toute stipulation aux présentes, le contrat de vente est nul et de nul effet et la somme déposée sera remise à l'acheteur.*

(J'ai mis des mots en italique.)

Par ce paragraphe le contrat de vente est assujéti à l'approbation (i) du plan d'aménagement; (ii) des modifications projetées au zonage, par (a) la Commission municipale de l'Ontario, (b) la Ville de Stoney Creek et (c) le Comité de révision ou la Commission de planification. Il stipule expressément que le contrat est nul et de nul effet si les procédures devant la Commission municipale de l'Ontario ne sont pas terminées avant le 30 septembre 1968.

La convention contient également le paragraphe suivant:

[TRADUCTION] Si les vendeurs acceptent la présente offre, le contrat de vente sera soumis aux conditions suivantes:

- (a) que soient installés sur lesdits terrains les services d'aqueduc et d'égouts capables de répondre aux besoins commerciaux et résidentiels prévus au plan d'aménagement de l'acheteur, conformément aux dispositions du règlement de zonage.
- (b) qu'aucune charge pour les installations ne grève les terrains, sauf celles existant au moment de l'acceptation de la présente entente.
- (c) que la ville de Stoney Creek n'exige pas d'autre contribution que le cinq pour cent (5%) habituel du terrain qui est réservé pour des fins d'utilité publique.

Si l'une des conditions mentionnées n'est pas respectée, l'acheteur aura le choix de déclarer la présente convention nulle et de nul effet et d'obtenir la remise de son dépôt, ou d'accepter les modifications et de poursuivre l'exécution de la convention.

On remarque que le dernier paragraphe cité donne à l'acheteur le choix de déclarer la convention nulle et de nul effet si les conditions qui y sont mentionnées ne sont pas respectées, alors que le paragraphe cité auparavant ne contient pas cette option et stipule que le défaut de respecter les conditions spécifiées antérieurement rend le contrat nul et de nul effet.

The only other paragraph which I would quote reads:

It is understood and agreed that the purchaser shall not be required to make any amendments to his proposed site plan in the event that approval by all necessary persons, departments or agencies is not obtained. In the event that the proposed site plan submitted by the purchaser is not approved by all persons, departments and agencies, then the said agreement shall be null and void and the deposit returned to the purchaser forthwith. Provided, however, the purchaser may at his option, make any necessary amendments to meet the requirements of the persons, departments or agencies. Notice of the exercise of such Option by the purchaser shall be given to the vendors within forty-five days of the said refusal of approval having been communicated to the purchaser.

This paragraph gives the purchaser the right to make, or not to make, as he may wish, amendments to his proposed site plan; subject to this, the point is again made that the agreement is to be null and void if the proposed site plan does not receive all necessary approvals.

The site plan has a bearing upon two other material aspects of the agreement: (i) the agreement makes provision for partial discharges of mortgage; any partial discharge is to be in respect of all the lands in any one parcel as shown on the site plan; (ii) the completion date of the sale and possession date is fixed by the agreement at sixty days after the date the Ontario Municipal Board approves the proposed site plan.

The purchaser intended to construct a multiple apartment house complex on the subject property. This, however, required an amendment of the Zoning By-law of the Town of Stoney Creek from R1, C3 and 01 to "RM5". The obligation of preparing the applications and all other matters incident to procuring the necessary zoning changes was that of the purchaser although the vendors agreed to render all assistance and co-operation required by the purchaser for that purpose. The purchaser acted with reasonable diligence and the vendors co-operated. Over a period of many months fifteen different plans and a series of applications were submitted to the Town of Stoney

Le seul autre paragraphe que je citerai se lit comme suit:

[TRADUCTION] Il est convenu que l'acheteur n'aura pas à apporter de modifications à son plan d'aménagement projeté si l'approbation nécessaire de toutes les personnes, ministères ou organismes n'est pas obtenue. Si le plan d'aménagement projeté soumis par l'acheteur n'est pas approuvé par toutes les personnes, ministères et organismes, ladite convention sera nulle et de nul effet et le dépôt sera aussitôt remis à l'acheteur. Toutefois, l'acheteur peut, à son choix, apporter toute modification nécessaire pour satisfaire les exigences de ces personnes, ministères ou organismes. L'acheteur doit aviser les vendeurs, s'il décide de se prévaloir de cette option, dans un délai de quarante-cinq jours après avoir été informé du refus de l'approbation.

Ce paragraphe accorde à l'acheteur le droit d'apporter ou non, à son gré, des modifications à son plan d'aménagement projeté; sous cette réserve, il indique à nouveau que la convention sera nulle et de nul effet si le plan d'aménagement projeté n'obtient pas toutes les approbations nécessaires.

Le plan d'aménagement a une portée sur deux autres éléments importants de la convention: (i) la convention prévoit l'octroi de mainlevées partielles d'hypothèque; toute mainlevée partielle doit viser tous les terrains compris dans une des parcelles indiquées au plan d'aménagement; (ii) la date de la signature du contrat de vente de même que la date de prise de possession est fixée par la convention à soixante jours après la date de l'approbation du plan projeté par la Commission municipale de l'Ontario.

L'acheteur voulait construire un ensemble d'immeubles résidentiels sur le terrain en question. Toutefois, cela demandait une modification du règlement de zonage de la ville de Stoney Creek de façon à obtenir un changement des catégories R1, C3 et 01 à la catégorie «RM5». L'obligation de préparer les requêtes et de faire toutes les autres démarches relatives à l'obtention des modifications nécessaires du zonage incombait à l'acheteur, bien que les vendeurs aient accepté de fournir toute l'aide et la coopération nécessaires à l'acheteur à cette fin. L'acheteur a agi avec une diligence raisonnable et les vendeurs ont coopéré. Au cours d'une période de plusieurs mois, quinze plans diffé-

Creek but things moved slowly, due in part at least to the proposed intrusion of an apartment project into a single-family dwelling neighbourhood. By the deadline date, September 30, 1968, little real progress had been made. The applications were being processed in an orderly but lethargic way by the Town planning authorities. The application to, and hearing before, the Municipal Board were by no means imminent. On the day by which the hearing should have been completed, September 30, 1968, the purchaser, in a last minute attempt to save the agreement, served upon the vendors a form wherein he purported to waive all conditions set forth in the agreement except as to title, and he offered to complete the purchase within sixty days from September 30, 1968, in accordance with the remaining terms of the agreement. The vendors replied on October 1 to the effect that since the condition for completion of the application and hearing before the Ontario Municipal Board before September 30 had not been fulfilled and satisfied the agreement of purchase and sale was therefore null and void. Further correspondence ensued between the solicitors of the parties. The purchaser offered to pay all cash on closing rather than give a mortgage back to the vendors, if the vendors wished, but the latter were obdurate, and the matter went to trial on pleadings in which the parties joined issue on the purchaser's contention that if there had been non-compliance with the conditions, the conditions were inserted in the agreement solely for his benefit and he had waived compliance therewith.

The trial judge, Thompson J., made these findings:

It becomes very obvious that the conditions of the contract relative to zone changing, including the approvals necessary therefor by law, were made conditions precedent by the very terms of the instrument and from the language of the parties there used, were intended so to be.

rents et une série de requêtes ont été soumis à la ville de Stoney Creek, mais rien n'avancait bien vite, à cause, du moins en partie, de l'implantation projetée d'un ensemble d'immeubles résidentiels dans un quartier de maisons unifamiliales. À la date limite, le 30 septembre 1968, on avait fait peu de progrès véritable. Les autorités municipales responsables de la planification examinaient les requêtes d'une manière ordonnée mais apathique. La requête et son audition devant la Commission municipale n'étaient aucunement imminentes. Le jour où l'audition aurait dû être terminée, le 30 septembre 1968, l'acheteur, dans une tentative de dernière minute pour maintenir la convention en vigueur, a signifié aux vendeurs un document par lequel il déclarait son intention de renoncer à toutes les conditions de la convention, sauf celle ayant trait au titre, et il offrait de signer l'acte de vente dans un délai de soixante jours à compter du 30 septembre 1968, conformément aux autres termes de la convention. Le 1^{er} octobre, les vendeurs ont répondu que, puisque la condition stipulant que les procédures de requête et d'audition devant la Commission municipale devaient être terminées avant le 30 septembre n'avait pas été remplie, le contrat de vente était par conséquent nul et de nul effet. Un échange de lettres s'ensuivit entre les procureurs des parties. L'acheteur offrit le prix de vente au complet à la signature plutôt que de consentir une hypothèque aux vendeurs, si ceux-ci le désiraient, mais ces derniers demeurèrent intraitables. Les tribunaux furent donc saisis de l'affaire et, après l'échange des conclusions entre les parties, la cause fut mise en état par l'allégation de l'acheteur selon laquelle, s'il y avait eu défaut de remplir les conditions, celles-ci n'avaient été ajoutées à la convention qu'à son avantage et il avait renoncé à son droit d'en exiger l'accomplissement.

Le juge Thompson, en première instance, a tiré les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] Il est indubitable que les conditions du contrat relatives aux modifications du zonage, y compris les approbations requises par la loi, étaient des conditions suspensives d'après les modalités mêmes de l'acte et les termes utilisés par les parties révèlent que telle était leur intention.

The obligations under this contract on both sides depend upon a future uncertain event, the amendment of the Zoning By-law, the happening of which depends entirely upon the will of third parties—the Town Council, the Planning Board, the Minister and the Municipal Board. This is a true condition precedent—an external condition or conditions upon which the very existence of such obligations depend.

The judge considered *Turney v. Zhilka* and concluded:

I can see no real distinction between the condition in that case and those in the instant case and must therefore hold that the plaintiff is not entitled to waive the conditions in question without the consent of the defendants, nor to enforce the contract less the conditions.

The action was dismissed with costs and the purchaser appealed.

It would appear from the judgments rendered in the Court of Appeal that the principal issue canvassed in that Court was the force of the proviso reading:

Provided, however, the purchaser may at his option, make any necessary amendments to meet the requirements of the persons, departments or agencies.

On this point Schroeder J.A. said:

It is contended on behalf of the appellant that the provision above set forth giving him the right to revise his application from time to time must be interpreted as conferring upon him the right to withdraw his application in its entirety and that, carrying the interpretation thereof to its extreme length, it bestowed upon him a right to waive performance of the said conditions at his option.

My brother Brooke and I do not agree with this submission. In the view which we take the vendors and the purchaser contemplated an alteration in the zoning provisions affecting the area in question and on a proper construction of the terms of the agreement the conditions above-quoted were true conditions precedent, the non-fulfilment of which rendered this agreement null and void. In our opinion the case in hand is indistinguishable from *Turney v. Zhilka* (*supra*).

Jessup J.A., dissenting, said:

In my view this unlimited right of amendment necessarily includes the right to dispense with any rezoning of

Les obligations des deux parties en vertu de ce contrat dépendent d'un événement futur et incertain, les modifications du règlement de zonage, dont la réalisation dépend entièrement de la volonté de tiers, le conseil municipal, la Commission de planification, le Ministre et la Commission municipale. Il s'agit d'une véritable condition suspensive—une condition ou des conditions extérieures dont dépend l'existence même de ces obligations.

Le juge a examiné l'arrêt *Turney c. Zhilka* et a conclu:

[TRADUCTION] Je ne vois pas de différence réelle entre la condition en cette affaire-là et celles en l'espèce et je dois donc statuer que le demandeur n'a pas le droit de renoncer aux conditions en question sans le consentement des défendeurs ni de donner effet au contrat amputé des conditions.

L'action a été rejetée avec dépens et l'acheteur a interjeté appel.

Il ressort de l'arrêt rendu par la Cour d'appel que celle-ci a examiné surtout la portée de la clause suivante:

[TRADUCTION] Toutefois, l'acheteur peut, à son choix, apporter toute modification nécessaire pour satisfaire les exigences des personnes, ministères ou organismes.

Le juge d'appel Schroeder a dit à ce sujet:

[TRADUCTION] On prétend au nom de l'appellant qu'il faut donner à la clause précitée qui stipule le droit de modifier sa demande de temps à autre, le sens selon lequel elle lui donne le droit de retirer complètement sa demande et, l'interprétant dans son sens le plus large, le droit de renoncer, à son choix, à l'exécution des dites conditions.

Mon collègue, le juge Brooke, et moi ne sommes pas d'accord avec cette prétention. À notre point de vue, les vendeurs et l'acheteur avaient en vue une modification des règlements du zonage des terrains en question et, selon la juste interprétation des termes de la convention, les conditions précitées constituaient de véritables conditions suspensives dont le défaut d'accomplissement rendait la convention nulle et de nul effet. À notre avis, on ne peut faire de distinction entre le cas en l'espèce et l'affaire *Turney c. Zhilka* (*supra*).

Le juge d'appel Jessup, dissident, a déclaré:

[TRADUCTION] À mon avis, ce droit illimité de modifier inclut nécessairement le droit de ne pas exiger de

the property, in other words, a complete capitulation to the requirements of the persons, departments or agencies involved. For that reason I would allow the appeal as I have stated.

I agree with the conclusion of the majority in the Court of Appeal. First, the right to amend is limited to "necessary amendments to meet the requirements" of the planning authorities; it is in my view merely a right to alter or correct or improve the plan in response to the demands of the authorities. Second, the right to amend, it will be observed, relates only to the site plan and there is no mention of amending the proposal for a change in zoning.

It was urged that the provisions in the agreement respecting the proposed site plan and zoning changes were so vague as to afford the purchaser the opportunity of complying by filing any kind of plan and by accepting the existing zoning, and in any event the vendors had no real interest in the site plan or the zoning to be adopted. This is true to a point but it ignores realities, it speaks of what might have happened, not of what did happen. As the trial judge observed, there had been long and protracted negotiations and discussions between the parties as to the purpose to which the lands were to be put by the purchaser. The plans of the purchaser initially contemplated six apartment buildings of nine storeys each or five apartment buildings of twelve storeys each, housing some 3,000 persons. The plans were later modified to four apartment buildings containing 780 apartment units. This proposal was under study by the Town Council and various highway, engineering and other authorities when time ran out on September 30, 1968. The proposal continued under such study until withdrawn by the appellant in a letter dated November 8, 1968. There can be no doubt on the evidence that the purchaser seriously planned and assiduously sought approval of a major housing development. The approval, a future uncertain event, was entirely dependent upon the will of third parties, the Town of Stoney Creek, the Planning Board, the Minister and the Ontario Municipal Board. The factual infrastructure of this case may differ in detail from *Turney v. Zhilka* and is perhaps more analogous to that of

nouveau zonage du terrain, en d'autres termes, la soumission totale aux exigences des personnes, ministères et organismes concernés. Pour ce motif, j'accueillerais l'appel comme je l'ai dit.

Je partage l'avis de la majorité de la Cour d'appel. Premièrement, le droit de modifier est restreint [TRADUCTION] «aux modifications nécessaires pour satisfaire aux exigences» des autorités responsables de la planification; il ne s'agit, à mon avis, que d'un droit de modifier, de corriger ou d'améliorer le plan pour répondre aux exigences des autorités. Deuxièmement, il est à remarquer que le droit de modifier ne vise que le plan d'aménagement et que l'on ne parle pas de modifier la proposition pour obtenir un nouveau zonage.

On a argué que les stipulations de la convention relatives au plan d'aménagement projeté et aux modifications du zonage étaient assez vagues pour donner à l'acheteur la possibilité de les respecter en déposant, n'importe quel plan et en acceptant le zonage existant et que, de toute façon, les vendeurs n'avaient pas de véritable intérêt dans le plan d'aménagement ni dans le zonage qui seraient acceptés. C'est exact dans une certaine mesure, mais cela ne tient pas compte de la réalité; c'est parler de ce qui aurait pu arriver et non pas de ce qui est arrivé. Comme l'a souligné le juge de première instance, des négociations et des discussions prolongées entre les parties ont porté sur la destination des terrains achetés. Les plans de l'acheteur prévoyaient au début six immeubles résidentiels de neuf étages ou cinq immeubles résidentiels de douze étages, logeant quelque trois mille personnes. On a modifié les plans plus tard pour prévoir quatre immeubles résidentiels comprenant 780 appartements. Ce projet faisait l'objet d'études par le conseil municipal et par divers responsables de la voirie, du génie et par d'autres autorités lorsque le délai a expiré le 30 septembre 1968. Le projet est resté à l'étude jusqu'à son retrait par l'appellant dans une lettre datée du 8 novembre 1968. Les témoignages révèlent de manière indubitable que l'acheteur a préparé sérieusement des plans pour un important projet domiciliaire et en a recherché assidûment l'approbation. L'approbation, un événement futur et incertain, dépendait entièrement de la volonté de tiers, la ville de Stoney Creek, la Commission de

the two later cases which came before the Court; in *F. T. Developments Limited v. Sherman et al.*, *supra*, the offer was conditional upon the purchaser obtaining rezoning on a specified (M-5) zoning basis. I do not think, however, it can be very seriously questioned that the general principle laid down in *Turney v. Zhilka* applies.

The Court was invited by counsel for the appellant to reappraise the rule in *Turney v. Zhilka* if that case was found to be controlling. Counsel cited a number of American and English authorities which support the broad proposition that a party to a contract can waive a condition that is for his benefit. Despite the support elsewhere for such a general proposition, I am of the view the rule expressed in *Turney v. Zhilka* should not be disturbed for several reasons. First, the distinction made in *Turney v. Zhilka* between (i) the manifest right of A to waive default by B in the performance of a severable condition intended for the benefit of A, and (ii) the attempt by A to waive his own default or the default of C, upon whom depends the performance which gives rise to the obligation, i.e., the true condition precedent, seems to me, with respect, to be valid. Second, when parties, as here, aided by legal advisors, make a contract subject to explicit conditions precedent and provide therein specifically that in the event of non-compliance with one or more of the conditions, the contract shall be void, the Court runs roughshod over the agreement by introducing an implied provision conceding to the purchaser the right to waive compliance. In the instant case the conditions for water and sewer requirements were expressed to be subject to waiver at the option of the purchaser but the conditions respecting site plan and zoning were not; if all of these various conditions were to be placed on the same footing, the Court would be simply rewriting the agreement. Third, if the purchaser is to be put in the position of being able to rely on the conditions

planification, le Ministre et la Commission de l'Ontario. L'encadrement des faits en l'espèce peut différer dans certains détails de *Turney c. Zhilka* et ressembler plus peut-être aux deux affaires postérieures que cette Cour a eut à décider; dans *F. T. Developments Limited c. Sherman et al.*, *supra*, l'offre dépendait de l'obtention par l'acheteur d'un nouveau zonage dans une catégorie précise (M-5). Toutefois, je ne pense pas que l'on puisse sérieusement mettre en doute que le principe général exposé dans *Turney c. Zhilka* s'applique en l'espèce.

L'avocat de l'appelant a demandé à la Cour de réexaminer la règle posée par *Turney c. Zhilka* si elle estimait que cet arrêt faisait jurisprudence. L'avocat a cité plusieurs arrêts américains et anglais qui appuient la thèse générale selon laquelle une partie contractante peut renoncer à une condition stipulée à son avantage. Malgré l'appui qu'obtient ailleurs cette thèse, je suis d'avis, pour plusieurs raisons, qu'il ne faut pas déroger à la règle exposée dans *Turney c. Zhilka*. Premièrement, la distinction faite dans *Turney c. Zhilka* entre (i) le droit manifeste de A de renoncer au défaut de B de remplir une condition séparable stipulée à l'avantage de A et (ii) la tentative de A de renoncer à son propre défaut ou au défaut de C, de qui dépend l'exécution dont découle l'obligation, c'est-à-dire la véritable condition suspensive, me semble, respectueusement, valable. Deuxièmement, lorsque des parties, avec l'aide de conseillers juridiques, font un contrat soumis à des conditions suspensives explicites et y stipulent expressément que, si une ou plusieurs des conditions ne sont pas remplies, le contrat sera nul, le tribunal foule aux pieds la convention en y introduisant une clause implicite accordant à l'acheteur le droit de renoncer à leur exécution. En l'espèce, les conditions relatives aux exigences concernant l'aqueduc et les égouts stipulaient que l'acheteur pouvait y renoncer à son gré, mais les conditions relatives au plan d'aménagement et au zonage ne le stipulaient pas; si la Cour donnait la même portée à ces conditions diverses, elle rédigerait effectivement une nouvelle convention. Troisièmement, si on donne à l'acheteur la possibilité d'invo-

precedent or to waive them, depending on which course is to his greater benefit, the result may be that the purchaser has been given an option to purchase, for which he has paid nothing; if the property increases in value, the purchaser waives compliance and demands specific performance but if property declines in value, the purchaser does not waive compliance and the agreement becomes null and void in accordance with its terms. It is right to say that this opportunity to select against the vendors will not arise in every case. The zoning changes or other contingency, the subject-matter of the condition precedent, may be approved by the third party or otherwise satisfied within the purchase. He will not be permitted purposely to fail to perform his obligations in order to avoid the contract. But even when, as here, no question of bad faith arises, approvals may not be forthcoming within the prescribed time, and the vendors, whose lands have been tied up for twenty months, can be in the position where they do not know until the final day whether or not the purchaser will waive compliance and whether or not the sale will be completed. If what has been termed an agreement of purchase and sale is to be in reality an option, the purchaser will take the benefit of the appreciation in land value during the intervening months but if the agreement takes effect in accordance with its terms the vendors will have that benefit. I can see no injustice to the purchaser if the contract terms prevail and possible injustice to vendors if they do not. Fourth, application of the rule in *Turney v. Zhilka* may avoid determination of two questions which can give rise to difficulty (i) whether the condition precedent is for the benefit of the purchaser alone or for the joint benefit and (ii) whether the conditions precedent are severable from the balance of the agreement. I am inclined to the view in the present case that they are not. Finally, the rule in *Turney v. Zhilka* has been in effect since 1959, and has been applied many times. In the interests of certainty and predictability in the law, the rule should endure unless compelling reason for change be shown. If in any case the parties agree that the rule shall not apply, that can be readily written into the agreement. *Genern*

quer les conditions suspensives ou d'y renoncer selon son intérêt, cela peut avoir comme conséquence de donner à l'acheteur une option d'achat sans qu'il n'ait rien déboursé; si la valeur de la propriété augmente l'acheteur renonce aux conditions et demande l'exécution même de l'obligation, mais si la valeur de la propriété décroît l'acheteur exige l'accomplissement des conditions et la convention devient nulle et de nul effet conformément à ses modalités. Il est juste de dire que cette possibilité de choisir à l'encontre des vendeurs ne se présente pas dans chaque cas. Les modifications du zonage ou autres éventualités, faisant l'objet de la condition suspensive, peuvent être approuvées ou autrement réalisées dans le cadre de l'achat. L'acheteur ne pourra manquer volontairement à ses obligations en vue de rendre le contrat nul. Cependant, même lorsque, comme en l'espèce, il n'est pas question de mauvaise foi, les approbations peuvent ne pas être accordées dans le délai prescrit et les vendeurs, dont toute opération relative aux terrains a été bloquée pendant vingt mois, peuvent se trouver dans la situation de ne pas savoir avant l'échéance si l'acheteur renoncera ou non aux conditions et si la vente sera conclue. Si ce que l'on a appelé une convention d'achat et de vente est en réalité une option, l'acheteur bénéficiera de l'augmentation de la valeur des terrains pendant les mois intermédiaires, mais si la convention est conclue conformément à ses clauses, les vendeurs en profiteront. Je ne conçois pas que l'acheteur subisse d'injustice si les stipulations du contrat prévalent, mais les vendeurs seront peut-être victimes d'injustice si elles ne prévalent pas. Quatrièmement, l'application de la règle de *Turney c. Zhilka* peut éviter de trancher deux questions susceptibles de soulever des difficultés: (i) la condition suspensive est-elle stipulée à l'avantage de l'acheteur seulement ou à l'avantage des deux parties? (ii) les conditions suspensives sont-elles séparables du reste de l'entente? Je suis porté à penser qu'en l'espèce, elles ne le sont pas. Finalement, la règle de *Turney c. Zhilka* est en vigueur depuis 1959 et elle a été appliquée à maintes reprises. Pour conserver au droit son caractère de certitude et de prévisibilité, la règle doit être maintenue, à moins que l'on ne démontre

*Investments Ltd. v. Back et al.*²¹ and *Dennis v. Evans*²² are examples of cases in which the contract expressly provided that a condition could be waived by the party for whose benefit it had been inserted.

The case of *Beauchamp et al. v. Beauchamp et al.*²³, appeal dismissed in this Court, was cited by counsel for the appellant. In *Beauchamp* the agreement was for the sale of certain lands for the sum of \$15,500 payable \$500 as a deposit and \$15,000 in cash on closing. The sale was conditioned upon the purchasers being able, within a period of fifteen days, to obtain a first mortgage of \$10,000 and a second mortgage of \$2,500. Within the fifteen day period, the purchasers were able to arrange a first mortgage for \$12,000 whereupon they notified the vendors that the condition had been met and the transaction would close "as per the agreement". The vendors refused to close on the ground the condition precedent had not been strictly complied with but the position was untenable. The patent purpose of the condition was to afford the purchasers an opportunity of raising the moneys with which to complete the purchase; in this they were successful and so advised the vendors timeously. It was of no importance whatever that the funds required by the purchasers came from a first mortgage for \$12,000 rather than a first mortgage for \$10,000 and a second mortgage for \$2,500. That case should, I think, be regarded as one in which the condition precedent was satisfied and not as one in which it was waived.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, LASKIN C.J. and SPENCE J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Levinter, Whitelaw, Dryden, Bliss & Hart, Toronto.

Solicitors for the respondent: White & Swaye, Hamilton.

²¹ [1969] 1 O.R. 694.

²² [1972] 1 O.R. 585.

²³ [1973] 2 O.R. 43, appeal dismissed [1974] S.C.R. v.

la nécessité de la modifier. Si à l'occasion les parties conviennent de ne pas appliquer la règle, on peut facilement le stipuler dans la convention. Par exemple, dans les affaires *Genern Investments Ltd. v. Back et al.*²¹ et *Dennis v. Evans*²², il s'agissait de cas où le contrat stipulait expressément que la partie en faveur de qui une condition avait été introduite pouvait y renoncer.

L'avocat de l'appelant a cité l'arrêt *Beauchamp et al. c. Beauchamp et al.*²³, pourvoi rejeté par cette Cour. Dans *Beauchamp*, l'entente prévoyait la vente de certains biens-fonds pour la somme de \$15,500 payable comme suit: \$500 à titre de dépôt et \$15,000 comptant à la signature. La vente était soumise à la condition selon laquelle les acheteurs devaient être en mesure, dans un délai de quinze jours, d'obtenir une première hypothèque de \$10,000 et une deuxième hypothèque de \$2,500. Dans le délai de quinze jours, les acheteurs ont réussi à obtenir une première hypothèque de \$12,000 et ils ont avisé les vendeurs qu'ils avaient rempli la condition et qu'ils signeraient le contrat [TRADUCTION] «selon l'entente». Les vendeurs ont refusé de signer, parce que l'on n'avait pas respecté rigoureusement la condition suspensive, mais cette opinion était insoutenable. La condition visait clairement à donner aux acheteurs la possibilité de trouver l'argent nécessaire pour parfaire la somme à verser; ils ont réussi et en ont avisé les vendeurs dans le délai prescrit. Il était sans importance que les fonds dont avaient besoin les acheteurs proviennent d'une première hypothèque de \$12,000 plutôt que d'une première hypothèque de \$10,000 et d'une deuxième hypothèque de \$2,500. A mon avis, il faut considérer que dans cette affaire, la condition suspensive avait été remplie et non qu'on y avait renoncé.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, le JUGE EN CHEF LASKIN et le JUGE SPENCE étant dissidents.

Procureur de l'appelant: Levinter, Whitelaw, Dryden, Bliss and Hart, Toronto.

Procureur des intimés: White & Swaye, Hamilton.

²¹ [1969] 1 O.R. 694.

²² [1972] 1 O.R. 585.

²³ [1973] 2 O.R. 43, appel rejeté [1974] R.C.S. v.