

**Robert Nault** *Appellant;*

and

**Canadian Consumer Company Limited**  
*Respondent.*

1981: February 18; 1981: May 11.

Present: Martland, Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC

*Civil procedure — Authorization to bring a class action — “Adequate representation” of group members — Conclusion unenforceable — Certain and determinate thing — Oral amendment in Supreme Court — Interest and putting in default — Code of Civil Procedure, arts. 469, 1003, 1005 — Civil Code, arts. 1025, 1026, 1065, 1067, 1070.*

Appellant accepted an offer appearing in a newspaper to sell cutlery and paid the amount specified. Respondent, the seller, failed to deliver the said cutlery and appellant, acting as representative of the group of buyers, sought authorization to bring a class action, with the ultimate aim of having the Court order respondent to deliver the merchandise and pay damages, consisting of interest at the legal rate on the purchase price from the expiry of one month after the date of payment.

The Superior Court allowed the motion, but the Court of Appeal reversed this judgment on the ground that appellant is not in a position to provide adequate representation for the members of the group described in the motion, as required by art. 1003(d) of the *Code of Civil Procedure*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

In an action on a contract it is often going to be difficult to establish an entirely homogeneous group because of the choice of remedies offered by art. 1065 C.C., and it suffices for the conclusion sought to be capable of providing an appropriate remedy for all the members of the group, leaving those who prefer some other remedy to disassociate themselves from the group. In any case, the motion for authorization should be dismissed for a reason that was not mentioned in the lower courts, namely that the conclusion sought is, contrary to art. 469 C.C.P., unenforceable. Cutlery is not a certain and determinate thing that could be the subject of compulsory execution by seizure.

With regard to the contention of appellant that the judge is entitled to revise the proposed conclusion to

**Robert Nault** *Appellant;*

et

**Canadian Consumer Company Limited**  
*Intimée.*

1981: 18 février; 1981: 11 mai.

Présents: Les juges Martland, Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Procédure civile — Autorisation d'exercer un recours collectif — «Représentation adéquate» des membres du groupe — Conclusion non susceptible d'exécution — Chose certaine et déterminée — Amendement verbal en Cour suprême — Intérêts et mise en demeure — Code de procédure civile, art. 469, 1003, 1005 — Code civil, art. 1025, 1026, 1065, 1067, 1070.*

L'appelant avait accepté une offre de vente de coutellerie parue dans un journal et payé le montant prévu. Le vendeur, l'intimée, n'ayant pas livré ladite coutellerie, l'appelant, se disant le porte-parole du groupe d'acheteurs, demande l'autorisation d'exercer un recours collectif, dont le but ultime est de faire condamner l'intimée à livrer la marchandise et à payer des dommages-intérêts consistant en l'intérêt au taux légal sur le prix d'achat à compter d'un mois après paiement.

La Cour supérieure a accordé la requête, mais la Cour d'appel a infirmé ce jugement, au motif que l'appelant n'est pas en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres du groupe décrit à la requête, tel que le requiert l'al. 1003d) du *Code de procédure civile*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Dans un recours en matière contractuelle, il sera souvent difficile de constituer un groupe entièrement homogène à cause du choix de remèdes qu'offre l'art. 1065 C.c., et il suffira que la conclusion recherchée soit susceptible d'être un remède approprié pour tous les membres du groupe, libre à ceux qui préfèrent un autre remède de s'exclure du groupe. Quoi qu'il en soit, la requête en autorisation doit être rejetée pour un motif qui n'a pas été soulevé devant les tribunaux d'instance inférieure, soit que la conclusion recherchée ne serait pas susceptible d'exécution contrairement à l'art. 469 C.p.c.. En effet, la coutellerie n'est pas une chose certaine et déterminée qui pourrait faire l'objet d'une exécution forcée par saisie.

En ce qui a trait à la possibilité qu'aurait le juge, aux dires de l'appelant, de remanier la conclusion proposée

make it admissible, the judge could not, in the case at bar, have amended the conclusion sought by attaching a claim for reimbursement, since in his pleadings appellant expressly rejected any reimbursement.

With regard to the oral motion for leave to amend, submitted at the hearing, to add an alternative claim for damages, it cannot be granted at this stage, not only because it would add a conclusion which is in conflict with appellant's initial intent, but also because it would impose on respondent costs which would have been avoided if appellant had accepted the payment he is now demanding.

Finally, with regard to the claim for interest allegedly due on the expiry of one month after payment, it does not appear that, if there has been no putting in default, it can be allowed.

*Cohen v. Bonnier and Dame Stone* (1923), 36 K.B. 1; *Melançon v. Commissaires d'écoles de Grand'Mère* (1934), 58 K.B. 498; *Quebec County Railway Company v. Montcalm Land Company Limited* (1928), 46 K.B. 262, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec<sup>1</sup>, reversing a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

*Pierre Sylvestre and Mario Bouchard*, for the appellant.

*George R. Hendy and William Brock*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—Appellant was given leave to bring a class action by a judgment of the Superior Court on May 9, 1979, and this judgment was reversed by the Court of Appeal on January 14, 1980, hence his appeal.

In his reasons concurred in by Turgeon J.A., Lamer J.A., as he then was, summarized the issue as follows:

[TRANSLATION] On November 19, 1978 Robert Nault, the respondent in this appeal and applicant in the Superior Court, read advertising in the newspaper *Dimanche-Matin* by which Canadian Consumer Company Limited, the appellant, was offering cutlery for \$16.88. Mr. Nault completed the order form for two sets

afin qu'elle soit recevable, le juge n'aurait pu, en l'espèce, modifier la conclusion recherchée pour y joindre une demande de remboursement, puisque l'appellant lui-même, dans ses procédures, s'oppose expressément à tout remboursement.

En ce qui a trait à la requête verbale pour permission d'amender présentée à l'audience pour ajouter une demande subsidiaire en dommages-intérêts, elle ne peut être accueillie à ce stade, non seulement parce qu'elle ajouterait une conclusion contraire à la volonté première de l'appellant mais aussi parce qu'elle imposerait à l'intimée des frais qui auraient été évités si l'appellant avait accepté le remboursement qu'il demande maintenant.

Enfin, en ce qui a trait à la demande d'intérêts qui seraient dus à partir de l'expiration d'un mois après paiement, il ne semble pas, vu l'absence de mise en demeure, qu'elle puisse être accordée.

Jurisprudence: *Cohen c. Bonnier et Dame Stone* (1923), 36 B.R. 1; *Melançon c. Commissaires d'écoles de Grand'Mère* (1934), 58 B.R. 498; *Quebec County Railway Company c. Montcalm Land Company Limited* (1928), 46 B.R. 262.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec<sup>1</sup>, infirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

*Pierre Sylvestre et Mario Bouchard*, pour l'appellant.

*George R. Hendy et William Brock*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Autorisé à exercer un recours collectif par jugement de la Cour supérieure en date du 9 mai 1979, l'appellant a vu ce jugement infirmé par la Cour d'appel le 14 janvier 1980, d'où son pourvoi.

Dans ses motifs auxquels le juge Turgeon souscrit, le juge Lamer, alors juge à la Cour d'appel, résume le débat comme suit:

Le 19 novembre 1978, Robert Nault, l'intimé à ce pourvoi et Requérent en Cour Supérieure, prenait connaissance d'une publicité dans le journal *Dimanche-Matin* par laquelle Canadian Consumer Company Limited, l'Appelante, offrait une coutellerie au prix de \$16.88. Monsieur Nault remplissait le bon de com-

<sup>1</sup> [1980] R.P. 293.

<sup>1</sup> [1980] R.P. 293.

of cutlery, indicating on the detachable coupon his Chargex account number, for the sum of \$39.97, representing the cost of two sets of cutlery plus sales tax and shipping costs. The amount of \$39.97 was in fact received by Canadian Consumer a few days later, on November 24, 1978. When the company delayed in sending him his merchandise, Nault contacted them several times and filed complaints with the federal Consumer Affairs Bureau of the Department of Consumer and Corporate Affairs. On March 8, 1979 he received a cheque, dated March 2, 1979, refunding the amount paid by him. He chose not to cash it and filed in the Superior Court a motion to bring a class action. The substantive conclusions which he intends eventually to seek for himself and all others in the "group" which he wishes to represent are as follows:

To order delivery of the cutlery bought by members;

To order respondent to pay members of the group damages on account of the delay in delivery, consisting of interest at the legal rate on the purchase price, from the expiry of one month after the date of payment;

The group he wishes to represent, and of which he says he is a member, is described as follows:

Any person who has accepted one of the public offers made in the form of advertising in a newspaper of the Province of Quebec, by which the respondent offered to sell "six place settings" of Old Colony cutlery, who has made payment, and who has not received the cutlery bought within one month of payment;

Article 1003 *C.C.P.* lists the conditions on which the prior authorization necessary to bring a class action may be given:

**1003.** The Court authorizes the bringing of the class action and ascribes the status of representative to the member it designates if of opinion that:

- (a) the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact;
- (b) the facts alleged seem to justify the conclusions sought;
- (c) the composition of the group makes the application of article 59 or 67 difficult or impracticable; and

mande pour deux ensembles de coutellerie en indiquant sur le coupon détachable son numéro de compte Chargex pour un montant de \$39.97, somme qui représente le prix des deux coutelleries, auquel s'ajoutent la taxe de vente et les frais d'expédition. Effectivement la compagnie Canadian Consumer encaissait le montant de \$39.97 quelques jours plus tard, soit le 24 novembre 1978. Suite au retard qu'accusait la compagnie à lui livrer sa marchandise, Nault entreprenait plusieurs démarches auprès de celle-ci et formulait des plaintes auprès du service fédéral aux consommateurs du Ministère de la Consommation et des Corporations. Le 8 mars 1979 il recevait en remboursement du montant qu'il avait payé un chèque daté du 2 mars 1979. Il choisissait de ne pas l'encaisser et présentait en Cour Supérieure une requête pour exercer un recours collectif. Les conclusions de fond qu'il entend éventuellement rechercher pour lui-même et pour tous autres du «groupe» qu'il cherche à représenter sont les suivantes:

D'ordonner la livraison des coutelleries achetées par les membres;

De condamner l'Intimée à verser aux membres du groupe des dommages-intérêts en raison du retard de livraison, consistant en un intérêt au taux légal sur le prix d'achat, à partir de l'expiration d'un délai d'un mois après paiement;

Le groupe qu'il cherche à représenter et dont il se dit membre est décrit comme suit:

Toute personne qui a accepté une des offres publiques parues sous forme de publicité dans un journal de la Province de Québec, par laquelle l'Intimée offrait de vendre une «Coutellerie complète pour six personnes» de modèle «Old Colony», qui a effectué paiement et n'a pas reçu livraison de la ou des coutelleries achetées dans le mois qui a suivi le paiement;

L'article 1003 *C.p.c.* énumère les conditions moyennant lesquelles l'autorisation préalable requise pour l'exercice d'un recours collectif pourra être accordée:

**1003.** Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

- a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
- b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;
- c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que

(d) the member to whom the Court intends to ascribe the status of representative is in a position to represent the members adequately.

d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

In accordance with para. (d) of this article, Lamer J.A. concluded that the motion for authorization should be dismissed because appellant is not in a position to provide adequate representation for the members of the group described in the motion. This is because the conclusion sought is too limited to give effect to the rights of members of the group. Apart from interest at the legal rate on the amount paid of \$39.97, from one month after payment until delivery, which I shall deal with in greater detail below, the only conclusion sought is "delivery of the cutlery bought by members". This single conclusion could not enable appellant to adequately represent the members of the group, in which as Lamer J.A. pointed out, [TRANSLATION] "the personal interests varied as follows:

1. those who, like himself, did not wish to be repaid, whether an offer had been made to them or not, and who continued to want only the cutlery and/or damages;
2. those who accepted the refund and who wanted to have damages;
3. those who in fact obtained the cutlery, but later than one month after making payment, and who wanted interest on the amount paid for the period elapsed beyond the month;
4. those who had no cutlery, received no refund and wanted their money and interest;
5. finally, those who only wanted the cutlery or a refund."

C'est en s'appuyant sur l'al. d) de cet article que le juge Lamer a conclu au rejet de la requête en autorisation au motif que l'appelant n'est pas en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres du groupe décrit à la requête. Ceci parce que la conclusion recherchée est trop restreinte pour faire valoir les droits des membres du groupe. Outre les intérêts au taux légal sur la somme payée de \$39.97, depuis 1 mois après le paiement jusqu'à la livraison et dont je traiterai de façon plus particulière plus loin, la seule conclusion recherchée est «la livraison des coutelleries achetées par les membres». Cette seule conclusion ne permettrait pas à l'appelant de représenter adéquatement les membres du groupe dont, fait observer le juge Lamer, «les intérêts personnels varieront de la façon suivante:

- 1° ceux qui, comme lui, ne veulent pas être remboursés, qu'on le leur ait offert ou pas, et qui persistent à ne vouloir que la coutellerie, et/ou des dommages-intérêts;
- 2° ceux qui ont accepté le remboursement et qui voudraient avoir des dommages-intérêts;
- 3° ceux qui ont de fait obtenu la coutellerie mais ce, après l'expiration d'un mois de la date de leur paiement et qui voudraient des intérêts sur la somme payée pour la période courue au-delà de ce mois;
- 4° ceux qui n'ont pas eu la coutellerie, n'ont pas eu de remboursement mais voudraient leur argent et des dommages-intérêts;
- 5° enfin, ceux qui ne recherchent que la coutellerie ou le remboursement.»

Lamer J.A. then raised the question of whether, in view of the provision of art. 1005 C.C.P. that "the judgment granting the motion describes the group whose members will be bound by any judgment", the judge could have limited the group so as to make appellant an adequate representative. In the circumstances of the case at bar, he felt that in the absence of an amended motion the judge could not impose on appellant a duty to represent a group other than the one he was seeking to represent, even if it constituted a sub-group. The motion accordingly had to be dismissed, as we have seen,

Le juge Lamer se pose alors la question de savoir si au regard de la stipulation de l'art. 1005 C.p.c. à l'effet que «le jugement qui fait droit à la requête décrit le groupe dont les membres seront liés par tout jugement», le juge pouvait restreindre le groupe de manière à bonifier la représentativité de l'appelant. Dans les circonstances de l'espèce, il estime qu'à moins d'une requête amendée le juge ne pouvait imposer à l'appelant la représentation d'un groupe autre que celui qu'il voulait représenter, même s'il s'agissait d'un sous-groupe. Partant la requête devait être rejetée comme nous l'avons

for the reason that appellant is not in a position to provide adequate representation for members of the group described in the motion.

It would appear to me that in an action on a contract it is often going to be difficult to establish an entirely homogeneous group because of the choice of remedies offered by art. 1065 C.C., in the event of a default by the debtor:

**1065.** Every obligation renders the debtor liable in damages in case of a breach of it on his part. The creditor may, in cases which admit of it, demand also a specific performance of the obligation, and that he be authorized to execute it at the debtor's expense, or that the contract from which the obligation arises be set aside; subject to the special provisions contained in this code, and without prejudice, in either case, to his claim for damages.

For my part, I would hesitate to adopt an interpretation as a result of which a class action could not be brought on a contract, and in my opinion it suffices for the conclusion sought to be capable of providing an appropriate remedy for all the members of the group, leaving those who prefer some other remedy to disassociate themselves from the group.

I do not propose to discuss this point any further, because in my view there is in any case another compelling reason why the motion for authorization should have been dismissed.

This reason was not considered either in the Superior Court or in the Court of Appeal, but was argued in this Court at the latter's request.

It is that the conclusion sought, by itself, apart from the interest asked for (which I shall discuss below) could not have been allowed because it is, contrary to art. 469 C.C.P., unenforceable.

The fact is that cutlery is not a certain and determinate thing, and if respondent does not voluntarily carry out the judgment ordering him to make delivery, that judgment cannot be made the subject of compulsory execution by seizure.

As Dorion J. observed in *Cohen v. Bonnier and*

vu au motif que l'appelant n'est pas en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres du groupe décrit à la requête.

Il m'apparaît que dans un recours en matière contractuelle il sera souvent difficile de constituer un groupe entièrement homogène à cause du choix de remèdes qu'offre l'art. 1065 C.c. en cas de contravention de la part du débiteur:

**1065.** Toute obligation rend le débiteur passible de dommages en cas de contravention de sa part; dans les cas qui le permettent, le créancier peut aussi demander l'exécution de l'obligation même, et l'autorisation de la faire exécuter aux dépens du débiteur, ou la résolution du contrat d'où naît l'obligation; sauf les exceptions contenues dans ce Code et sans préjudice à son recours pour les dommages-intérêts dans tous les cas.

J'hésiterais pour ma part à adopter une intervention telle qu'un recours collectif ne puisse être exercé en matière contractuelle et il suffira à mon avis que la conclusion recherchée soit susceptible d'être un remède approprié pour tous les membres du groupe, libre à ceux qui préfèrent un autre remède de s'exclure du groupe.

Je ne me propose pas d'élaborer davantage sur ce sujet car à mon avis il existe par ailleurs un motif péremptoire pourquoi la requête en autorisation devait être rejetée.

Ce motif n'a pas été considéré ni en Cour supérieure ni en Cour d'appel, mais a été débattu devant cette Cour à son invitation.

Ce motif est que la conclusion recherchée, seule, à part les intérêts demandés dont je reparlerai, ne pouvait pas être accordée car elle ne serait pas susceptible d'exécution contrairement à l'art. 469 C.p.c.

En effet, la coutellerie n'est pas une chose certaine et déterminée et faute par l'intimée d'exécuter volontairement le jugement lui ordonnant de livrer, celui-ci ne pourrait pas faire l'objet d'une exécution forcée par saisie.

Comme l'écrit le juge Dorion dans *Cohen c.*

*Dame Stone*<sup>2</sup> at p. 8: [TRANSLATION] "Everyone is agreed on the meaning of the words 'certain and determinate thing': it is a thing the identity of which is known."

The case at bar involves cutlery of the kind described in the advertisement but not identified, not individualized.

This is not a case in which performance of the obligation in kind can be obtained under art. 1065 C.C.

Applying the rules of art. 1065 C.C. to obligations to give, Mignault observed in *Le droit civil canadien*, vol. 5, at p. 405:

[TRANSLATION] 3. *Obligation to give a thing which is not individually specified*, as for example, *A horse*.—There is no direct means of forcing the debtor to carry out his obligation; for if he does not wish to buy a horse and give it to his creditor, the law obviously cannot compel him to do so. The creditor then has only one recourse, a judgment for damages.

In the *Traité de Droit civil du Québec*, vol. 7-bis, at p. 233, No. 339, Faribault wrote:

[TRANSLATION] When the object of the obligation to give is not a specific thing, it cannot be performed in kind. The creditor's only recourse then is a claim for damages.

In "L'exécution spécifique des contrats en droit québécois", (1958-59), 5 McGill L.J. 108, Jean-Louis Baudoin writes, at p. 111:

[TRANSLATION] In the contract of sale, specific performance depends solely on the nature of the item sold. When this is an indefinite or unascertained thing, as in a sale by number, weight or measure, the right of ownership does not pass to the buyer before the counting, weighing or measuring have taken place; specific performance is impossible because the subject-matter of the contract is insufficiently identified. On the other hand, if the subject-matter is a definite item, whether movable or immovable, performance in kind is always granted by the courts. As the buyer of movable property becomes the owner even before delivery, he can claim it from the seller or from any third party. In the event of a refusal by the latter to give up the property in question, the creditor may by seizure in revendication obtain physical and legal possession of it.

<sup>2</sup> (1923), 36 K.B. 1.

*Bonnier et Dame Stone*<sup>2</sup> à la p. 8: «Tout le monde est d'accord sur le sens des mots «chose certaine et déterminée»: c'est une chose dont l'identité est connue.»

Dans l'espèce il s'agit d'une coutellerie d'un genre décrit dans la publicité mais non identifiée, non individualisée.

Ce n'est pas un cas où l'exécution en nature de l'obligation peut être obtenue aux termes de l'art. 1065 C.c.

Appliquant les règles de l'art. 1065 C.c. aux obligations de donner, Mignault écrit dans *Le droit civil canadien*, t. 5, à la p. 405:

3° *Obligation de donner une chose qui n'est point déterminée individuellement*, par exemple, *Un cheval*.—Il n'existe aucun moyen direct de forcer le débiteur à exécuter son obligation; car, s'il ne veut pas acheter un cheval pour le livrer à son créancier, la justice ne peut évidemment pas l'y contraindre. Il ne reste alors au créancier qu'une seule ressource, la condamnation à des dommages et intérêts.

Faribault dans le *Traité de Droit civil du Québec*, t. 7-bis, écrit à la p. 233, n° 339:

Lorsque l'obligation de donner a pour objet une chose indéterminée, son exécution en nature n'est plus possible. Le seul recours du créancier consiste alors uniquement dans une réclamation en dommages-intérêts.

Dans «L'exécution spécifique des contrats en droit québécois», (1958-59) 5 McGill L.J. 108, Jean-Louis Baudoin écrit à la p. 111:

Dans le contrat de vente, l'exécution spécifique dépend uniquement de la nature de l'objet vendu. Lorsque celui-ci est un corps incertain ou indéterminé, comme dans la vente au compte, au poids ou à la mesure, le droit de propriété ne passe pas à l'acheteur avant le comptage, le pesage ou le mesurage; l'exécution spécifique est impossible par suite du manque de détermination de l'objet. Par contre, si l'objet est un corps certain, meuble ou immeuble, l'exécution en espèce est toujours octroyée par les tribunaux. L'acheteur d'un meuble devenant propriétaire avant même la livraison, peut le revendiquer entre les mains du vendeur ou de tout tiers. En cas de refus de ceux-ci de délaisser le meuble en question, le créancier peut, au moyen de la saisie revendication, en obtenir la possession physique et légale.

<sup>2</sup> (1923), 36 B.R. 1.

For the time when ownership passes to the buyer, as mentioned in the preceding passage, reference may be made to arts. 1025 and 1026 C.C.

The same author further states, at p. 127:

[TRANSLATION] The choice given to the creditor by our law may become a dangerous weapon against him. This risk is twofold. First, the creditor's claim must be so presented that the judgment allowing it can be enforced. Accordingly, if he words his conclusions badly, he risks losing any remedy he may have against his debtor. Second, the courts cannot decide *ultra petita* (art. 113 C.C.P.): the judge cannot supply an alternative conclusion which has been omitted, as under our law he is required to consider only the actual claim of the creditor. If, therefore, the latter opts for specific performance, when in the court's opinion this is essentially impossible, he cannot be awarded any monetary compensation. This rule is followed to the point that any judgment ordering a type of performance not recognized by the law is invariably reversed by the appellate courts. To avoid this problem of form, the creditor nowadays generally submits a principal conclusion asking for specific performance and an alternative conclusion asking for damages.

In *Melançon v. Commissaires d'écoles de Grand'Mère*<sup>3</sup>, which concerned an action for repayment of part of the price paid for bricks, due to a failure to deliver the entire quantity, Rivard J. observed, at pp. 502-3:

[TRANSLATION] Finally, it should be noted that the general rule of art. 1065 is that failure to perform the obligation makes the debtor liable for damages. The creditor may *also* ask for specific performance of the contract or that it be set aside "in cases which admit of it".

Can the commissioners ask for specific performance in the case at bar? One should not lose sight of the fact that delivery cannot be made without the vendor's co-operation, that no one can make it but him, and he does not wish to do so. In any event, the commissioners asked *Melançon* to perform his obligation, they gave him notice to deliver: and he refused. Even after this first refusal, he could certainly, in response to the action, have offered to perform, as performance of an obligation is always admissible up to the time of judgment. He did not wish to do so, he maintained the position he had

Au sujet du moment auquel la propriété passe à l'acquéreur tel que mentionné dans le passage qui précède, qu'il suffise de référer aux art. 1025 et 1026 C.c.

Le même auteur écrit plus loin, à la p. 127:

Le choix donné au créancier par notre droit, peut devenir une arme dangereuse contre lui. Ce danger présente un double aspect. Tout d'abord la demande du créancier doit être formulée de façon à ce que le jugement qui l'accorde puisse être susceptible d'exécution. Si donc, celui-ci rédige mal ses conclusions, il risque de voir s'éteindre tout recours éventuel contre son débiteur. D'autre part, les tribunaux ne pouvant juger *ultra petita* (art. 113 C. de Proc. civ.) le juge ne peut suppléer à l'omission d'une conclusion subsidiaire, car d'après notre droit il est obligé de considérer uniquement la demande même du créancier. Si donc, celui-ci opte pour l'exécution spécifique, alors qu'elle est moralement impossible selon le tribunal, aucune compensation monétaire ne peut lui être accordée. Ce principe est poussé tellement loin que tout jugement prescrivant un mode d'exécution non prévu par la loi, est invariablement renversé par les Cours d'Appel. Pour pallier cette difficulté de forme, le créancier, de nos jours, conclut en général principalement à l'exécution spécifique et subsidiairement à des dommages-intérêts.

Dans *Melançon c. Commissaires d'écoles de Grand'Mère*<sup>3</sup>, où il s'agissait d'une action en remboursement d'une partie du prix payé pour des briques faute de livraison de la quantité totale, le juge Rivard écrit aux pp. 502 et 503:

Enfin, il faut signaler que la règle générale de l'article 1065 est que l'inexécution de l'obligation rend le débiteur passible de dommages-intérêts. Le créancier peut *aussi* demander l'exécution ou la résolution du contrat «dans les cas qui le permettent».

Le cas actuel permettait-il aux commissaires de demander l'exécution? On ne doit pas perdre de vue que la livraison ne pouvait se faire indépendamment du vendeur et que nul ne pouvait la faire que lui, qui ne le voulait pas. Quoi qu'il en soit, les commissaires ont demandé à *Melançon* l'exécution de son obligation, ils l'ont mis en demeure de livrer; et il a refusé. Même après ce premier refus, il eût pu, sans doute, en réponse à l'action, offrir l'exécution; car, jusqu'à jugement, on est toujours à temps pour remplir son obligation. Il ne l'a pas voulu, il a maintenu la position qu'il avait prise, il

<sup>3</sup> (1934), 58 K.B. 498.

<sup>3</sup> (1934), 58 B.R. 498.

taken, he persisted and continues to persist in refusing delivery. How can he then complain that the commissioners have not called on him to do what they asked, which he refused and still refuses to do?

As Tancelin observed, *Théorie du droit des obligations*, 1975, at p. 367, dealing with obligations to give a generic thing, as in the case at bar, [TRANSLATION] "... His [the debtor's] refusal to perform may then prevent performance in kind and the creditor must accept damages".

See also on the obligation to perform, *Quebec County Railway Company v. Montcalm Land Company Limited*<sup>4</sup>.

Accordingly, I am of the opinion that the motion for authorization should be dismissed on the ground that the conclusion sought by the class action in question, namely delivery of the cutlery, unaccompanied by an alternative conclusion, could not be allowed because it is unenforceable.

However, appellant argued that on a motion for authorization of a class action the judge should take an active part and revise the proposed conclusion to make it admissible. Appellant relied on various articles in the title regarding the conduct of the class action once authorization has been given and the action brought. He also relied on art. 1005 C.C.P.:

**1005.** The judgment granting the motion:

- (a) describes the group whose members will be bound by any judgment;
- (b) identifies the principal questions to be dealt with collectively and the related conclusions sought;
- (c) orders the publication of a notice to the members.

The judgment also determines the date after which a member can no longer request his exclusion from the group, the delay for exclusion cannot be less than thirty days nor more than six months after the date of the notice to the members. Such delay is peremptory; the court may nevertheless permit the exclusion of a member who shows that in fact it was impossible for him to act sooner.

It appears from this article that the judge should not simply allow or refuse the authorization, but in allowing it should make certain rulings. He must

a persisté et il persiste encore dans son refus de livrer. Comment peut-il se plaindre que les commissaires n'aient pas exigé de lui ce qu'ils lui avaient demandé, qu'il avait refusé, et qu'il refuse encore de faire?

Comme l'exprime Tancelin, *Théorie du droit des obligations*, 1975, à la p. 367, traitant des obligations de donner une chose de genre, comme en l'espèce, « ... Son [le débiteur] refus d'exécution peut alors bloquer l'exécution en nature et le créancier doit se contenter de dommages-intérêts».

Voir aussi sur l'obligation de faire *Quebec County Railway Company c. Montcalm Land Company Limited*<sup>4</sup>.

Je suis d'avis en conséquence que la requête en autorisation devait être rejetée pour le motif que la conclusion recherchée par le recours collectif envisagé, soit la livraison des coutelleries, non assortie d'une conclusion subsidiaire ne pouvait être accordée parce que non susceptible d'exécution.

L'appelant fait valoir cependant que sur une requête en autorisation d'un recours collectif le juge doit jouer un rôle actif et qu'il pouvait remanier la conclusion proposée afin qu'elle soit recevable. L'appelant se fonde sur divers articles du chapitre relatif au déroulement du recours collectif une fois l'autorisation accordée et le recours intenté. Il se fonde aussi sur l'art. 1005 C.p.c.:

**1005.** Le jugement qui fait droit à la requête:

- a) décrit le groupe dont les membres seront liés par tout jugement;
- b) identifie les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent;
- c) ordonne la publication d'un avis aux membres.

Le jugement détermine également la date après laquelle un membre ne pourra plus s'exclure du groupe; le délai d'exclusion ne peut être fixé à moins de trente jours ni à plus de six mois après la date de l'avis aux membres. Ce délai est de rigueur; néanmoins, le tribunal peut permettre au membre de s'exclure s'il démontre qu'il a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt.

Il appert de cet article que le juge ne doit pas se contenter d'accorder ou de refuser l'autorisation mais qu'en l'accordant il doit procéder à certaines

<sup>4</sup> (1928), 46 K.B. 262.

<sup>4</sup> (1928), 46 B.R. 262.



describe the group whose members will be bound by any judgment, identify the principal questions that are to be dealt with collectively and the related conclusions sought, and order publication of a notice to the members. He must also determine the date after which a member can no longer request his exclusion from the group.

The judge undoubtedly enjoys some discretion in this regard, and is not bound strictly by the claims presented by the applicant. However, there is little in the record of the case at bar to indicate what the judge could have done under this article. It is rather a case in which the judge could not correct the written pleadings. In my view, the judge could not have amended the conclusions sought by attaching an alternative conclusion conflicting with the express wish of appellant, who was not willing to accept any reimbursement. After alleging that on or about March 8, 1979 he received from respondent a cheque for \$39.36 in repayment of the purchase price (this cheque is filed as Exhibit R-4), appellant alleged:

[TRANSLATION] Applicant never solicited this repayment, refuses it and therefore does not intend to cash the said cheque;

I do not see how the judge could add a conclusion which had been so categorically rejected by appellant himself.

There only remains to consider the possibility that appellant could amend his pleadings.

In his factum, appellant submitted the following claim:

[TRANSLATION]

ALLOW this appeal;

REVERSE the judgment of the Court of Appeal;

GRANT appellant authorization to bring a class action in accordance with the conclusions of the initial motion;

IDENTIFY any other alternative conclusion which the Court sees fit to award in the interests of members of the group.

At the hearing, appellant further submitted an oral motion for leave to amend, to add an alterna-

déterminations. Il doit décrire le groupe dont les membres seront liés par tout jugement, identifier les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent, ordonner la publication d'un avis aux membres. Il doit également déterminer la date après laquelle un membre ne pourra plus s'exclure du groupe.

En cela le juge jouit sans doute d'une certaine discrétion et n'est pas tenu de façon stricte aux demandes formulées par le requérant. Le présent dossier se prête mal toutefois à une élaboration de ce que le juge pourrait faire en vertu de cet article. Il s'agit plutôt d'un cas où le juge ne pouvait pas corriger les procédures. A mon avis le juge ne pouvait modifier la conclusion recherchée pour y joindre une conclusion subsidiaire allant à l'encontre de la volonté expresse de l'appellant qui s'oppose à tout remboursement. Après avoir allégué que le ou vers le 8 mars 1979 il a reçu de l'intimée un chèque de \$39.36 en remboursement du prix d'achat, chèque qu'il produit comme pièce R-4, l'appellant allègue en effet:

Le Requéant n'a jamais sollicité ce remboursement, le refuse et n'a donc pas l'intention d'encaisser ledit chèque;

Je ne vois pas comment le juge pouvait ajouter une conclusion écartée de façon aussi catégorique par l'appellant lui-même.

Il reste à considérer la possibilité pour l'appellant d'amender sa procédure.

Dans son factum l'appellant formule la demande suivante:

D'ACCUEILLER le présent appel;

D'INFIRMER le jugement de la Cour d'Appel;

D'ACCORDER à l'Appellant l'autorisation d'exercer le recours collectif selon les conclusions de la requête initiale;

D'IDENTIFIER toute autre conclusion alternative que le Tribunal jugera à propos de rendre dans l'intérêt des membres du groupe.

A l'audience l'appellant a de plus présenté une requête verbale pour permission d'amender, afin

tive claim for damages corresponding to the amount paid plus interest on that amount.

I do not think this motion can be granted at this stage. Apart from adding a conclusion which is in conflict with appellant's initial intent, its only effect would be to allow him to obtain considerable costs.

Appellant admitted receiving a cheque, which he filed as an exhibit, given to him to repay the amount which his conclusion now seeks to claim. The result would be that, if delivery is not made within the time limit, appellant would obtain the payment he was offered on March 8, 1979, while at the same time subjecting respondent to costs which would have been avoided if appellant had accepted at that time what he is now demanding.

That leaves the claim for interest. Appellant asked that respondent be ordered to pay the members of the group damages on account of the delay in delivery, consisting of interest at the legal rate on the purchase price, commencing one month after payment.

Do the facts alleged appear to justify a finding that appellant is entitled to interest commencing one month after payment? Under art. 1070 C.C., damages are not due until the debtor is in default. Appellant did not allege that he had put respondent in default. The notice published by respondent indicated no deadline for delivery. According to art. 1067 C.C., commencing an action at law constitutes putting the debtor in default. In a class action what procedure constitutes commencing an action—a motion for authorization or the instituting of an action when authorization has been given? Do the facts alleged appear to justify a finding that appellant is entitled to interest after March 8, 1979, the date on which respondent offered to reimburse the sum paid by appellant? These are points which were not argued in this Court, but which I felt should be mentioned to illustrate more clearly why this motion for a class action cannot be allowed by this Court on the conclusion relating to interest alone.

d'ajouter une demande subsidiaire en dommages-intérêts correspondant à la somme versée en plus des intérêts sur cette somme.

Je ne crois pas que cette demande puisse être accueillie à ce stade. Outre l'addition d'une conclusion contraire à la volonté première de l'appellant, elle n'aurait pour effet que de permettre à celui-ci d'obtenir des frais considérables.

En effet, l'appellant reconnaît avoir reçu un chèque qu'il a produit comme pièce, destiné à lui rembourser la somme que la conclusion viendrait maintenant réclamer. Le résultat serait qu'à défaut de livraison dans le délai imparti, l'appellant obtiendrait le paiement qui lui a été proposé le 8 mars 1979 tout en imposant à l'intimée des frais qui auraient été évités si l'appellant avait accepté alors ce qu'il demanderait maintenant.

Subsiste la demande d'intérêts. L'appellant demandait en effet que l'intimée soit condamnée à verser aux membres du groupe des dommages-intérêts en raison du retard de livraison, consistant en des intérêts au taux légal sur le prix d'achat, à partir de l'expiration d'un délai d'un mois après paiement.

Les faits allégués paraissent-ils justifier que l'appellant ait droit à des intérêts à partir de l'expiration d'un délai d'un mois après paiement? Selon l'art. 1070 C.c. les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure. L'appellant n'allègue aucune mise en demeure. L'avis publié par l'intimée ne mentionnait aucun délai de livraison. Aux termes de l'art. 1067 C.c. l'interpellation en justice constitue le débiteur en demeure. Dans un recours collectif quelle procédure constitue une interpellation en justice: la requête en autorisation ou l'introduction d'une action suite à l'autorisation? Les faits allégués paraissent-ils justifier que l'appellant ait droit à des intérêts après le 8 mars 1979, date à laquelle l'intimée a proposé d'effectuer le remboursement de la somme payée par l'appellant? Ce sont là autant de questions qui n'ont pas été débattues devant notre Cour mais auxquelles j'ai cru à propos de faire allusion pour mieux illustrer pourquoi cette requête en recours collectif ne saurait être accordée par notre Cour en fonction seulement de la conclusion relative aux intérêts.

For these reasons, I would not allow the motion for leave to amend submitted by appellant at the hearing and I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Sylvestre, Brisson, Dupin, Charbonneau & Bourdeau, Montreal.*

*Solicitors for the respondent: Phillips & Vineberg, Montreal.*

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu d'accorder la requête en autorisation d'amender formulée par l'appelant à l'audience et je suis aussi d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Sylvestre, Brisson, Dupin, Charbonneau & Bourdeau, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Phillips & Vineberg, Montréal.*