

Southcott Estates Inc. *Appellant/Respondent*
on cross-appeal

v.

Toronto Catholic District School Board *Respondent/Appellant on cross-appeal*

INDEXED AS: SOUTHCOTT ESTATES INC. v. TORONTO CATHOLIC DISTRICT SCHOOL BOARD

2012 SCC 51

File No.: 33778.

2012: March 20; 2012: October 17.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Commercial contracts — Remedies — Specific performance — Duty to mitigate — Single-purpose company entering into agreement for purchase of land — Vendor breaching contractual obligations — Company seeking specific performance — Whether single-purpose company must mitigate its losses — Whether plaintiff seeking specific performance has obligation to mitigate its losses — Whether trial judge erred in concluding there were no comparable properties available for mitigation.

The appellant S is a single-purpose company incorporated solely for the purpose of a specific land purchase, with no assets other than money advanced to it by its parent company for the deposit relating to such purchase. It entered into an agreement of purchase and sale for a specific property with the respondent. When the respondent failed to satisfy a condition and refused to extend the closing date, S sought specific performance of the contract. It argued that it was not required to mitigate its losses. The trial judge refused to award specific performance but awarded damages to S in the amount of \$1,935,500. The Court of Appeal concluded that the respondent had breached its contractual obligations but that S had failed to take available steps to mitigate its losses. It reduced the damage award to a nominal sum.

Southcott Estates Inc. *Appelante/intimée au pourvoi incident*

c.

Toronto Catholic District School Board *Intimé/appelant au pourvoi incident*

RÉPERTORIÉ : SOUTHCOTT ESTATES INC. c. TORONTO CATHOLIC DISTRICT SCHOOL BOARD

2012 CSC 51

N^o du greffe : 33778.

2012 : 20 mars; 2012 : 17 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis.

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

Contrats — Contrats commerciaux — Recours — Exécution intégrale — Obligation de mitiger le préjudice — Promesse d'achat d'un terrain par une société à but unique — Inexécution de la promesse de vente par le promettant-vendeur — Demande d'exécution intégrale par la société — Une société à but unique doit-elle mitiger ses pertes? — La demanderesse qui cherche à obtenir l'exécution intégrale a-t-elle l'obligation de mitiger ses pertes? — Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure qu'aucun immeuble comparable n'aurait pu servir à mitiger le préjudice?

L'appelante S est une société à but unique constituée dans le seul but d'acheter un terrain en particulier. Elle n'a pas d'actifs autres que l'argent avancé par sa société mère pour le dépôt à verser en vue de cet achat. S a conclu avec l'intimé une promesse d'achat et de vente du terrain en cause. Lorsque l'intimé a fait défaut de satisfaire à une des conditions de l'entente et a refusé de proroger la date de clôture, S a réclamé l'exécution intégrale du contrat. Cette dernière a plaidé qu'elle n'était pas tenue de mitiger ses pertes. Le juge de première instance a refusé d'ordonner l'exécution intégrale du contrat mais a accordé à S la somme de 1 935 500 \$ à titre de dommages-intérêts. La Cour d'appel a conclu que l'intimé n'avait pas respecté le contrat mais que S avait omis de prendre les mesures appropriées pour mitiger ses pertes. Elle a ramené à une somme symbolique le montant accordé à titre de dommages-intérêts.

Held (McLachlin C.J. dissenting): The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis JJ.: Mitigation is a doctrine based on fairness and common sense, which seeks to do justice between the parties in the particular circumstances of the case. As a general rule, a plaintiff will not be able to recover those losses which he could have avoided by taking reasonable steps.

The main issue is whether S, a single-purpose corporation, was excused from mitigating its losses when the vendor breached the agreement of purchase and sale, and particularly when it had promptly brought an action for specific performance. As a separate legal entity, S was required to mitigate by making diligent efforts to find a substitute property. Those who choose the benefits of incorporation must bear the corresponding burdens. One such responsibility is to take steps to mitigate losses. A plaintiff cannot recover losses that could reasonably have been avoided. S sought specific performance and was therefore ready to complete the purchase. Its alternative claim for consequential damages was predicated upon its access to capital to complete the agreement of purchase and sale. As such, both claims were premised upon resources that were not tied up as a result of the breach alleged. S can hardly argue that the same money would not have been available for mitigation. In the absence of actual evidence of impecuniosity, finding that losses cannot be reasonably avoided, simply because the corporation is a single-purpose corporation within a larger group of companies, would give these corporations an unfair advantage. If single-purpose corporations were not required to mitigate their losses, this could expose defendants contracting with such corporations to higher damage awards.

This Court has recognized that there may be situations in which a plaintiff's inaction is justifiable notwithstanding its failure to obtain an order for specific performance. If the plaintiff has a "fair, real, and substantial justification" or a "substantial and legitimate interest" in specific performance, its refusal to purchase other property may be reasonable, depending upon the circumstances of the case. A plaintiff deprived of an investment property does not have a "fair, real, and substantial justification" or a "substantial and legitimate interest" in specific performance unless he can show that money is not a complete remedy because the

Arrêt (la juge en chef McLachlin est dissidente) : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis.: La notion de mitigation du préjudice repose sur l'équité et le bon sens et vise à assurer la justice entre les parties en fonction des circonstances propres à l'espèce. En principe, un demandeur ne peut se faire indemniser d'une perte qu'il aurait pu éviter par des précautions raisonnables.

La principale question en litige est de savoir si S, une société à but unique, était relevée de son obligation de mitiger ses pertes lorsque le promettant-vendeur n'a pas respecté la promesse d'achat et de vente, en particulier lorsqu'elle a rapidement intenté une action en exécution intégrale. En tant qu'entité juridique distincte, S était tenue de mitiger ses pertes en faisant diligence pour trouver une autre propriété. Quiconque choisit de bénéficier des avantages de la constitution en société doit en supporter les inconvénients. La société a notamment la responsabilité de prendre des mesures pour mitiger ses pertes. Un demandeur ne peut se faire indemniser des pertes qu'il pouvait raisonnablement éviter. S réclamait l'exécution intégrale; elle était donc prête à parfaire l'achat. Sa demande subsidiaire de dommages-intérêts pour préjudice indirect dépendait de l'obtention, pour elle, de capitaux lui permettant de parfaire la vente. En fait, les deux demandes étaient fondées sur la possibilité d'obtenir des ressources qui n'étaient pas bloquées par suite de l'inexécution reprochée. S ne peut guère prétendre que les mêmes fonds n'auraient pas pu servir à mitiger le préjudice. À défaut d'éléments de preuve concrets démontrant le manque de ressources, le fait de conclure que les pertes ne peuvent raisonnablement être évitées du simple fait qu'il s'agit d'une société à but unique membre d'un consortium de sociétés aurait pour effet de conférer à ces sociétés un avantage injustifié. Si les sociétés à but unique n'étaient pas tenues de mitiger leurs pertes, les défendeurs qui signent des contrats avec elles seraient susceptibles d'être condamnés à des dommages-intérêts plus élevés.

Notre Cour a reconnu que dans certains cas, l'inaction du demandeur peut se justifier malgré le fait qu'il n'a pas réussi à obtenir l'exécution intégrale. Si le demandeur réclame l'exécution intégrale en se fondant sur des « motifs équitables, réels et importants » ou un « intérêt important et légitime », son refus d'acheter un autre bien peut être justifié, compte tenu des circonstances de l'espèce. Un demandeur privé d'un immeuble de placement ne peut exiger l'exécution intégrale en invoquant des « motifs équitables, réels et importants » ou un « intérêt important et légitime » que s'il peut démontrer que l'octroi d'une somme d'argent ne

land has “a peculiar and special value” to him. S has not demonstrated such a claim and therefore cannot justify its inaction. S was engaged in a commercial transaction for the purpose of making a profit. The property’s particular qualities were only of value due to their ability to further profitability, for which damages were an adequate remedy.

Where it is alleged that the plaintiff has failed to mitigate, the defendant bears the burden of proving that the plaintiff has failed to make reasonable efforts to mitigate and that mitigation was possible. Whether or not there were comparable properties and whether they are profitable is a finding of fact. The trial judge made a palpable and overriding error in finding there were no comparable mitigation opportunities. He failed to consider the reasonable and available inferences arising from expert evidence regarding other land suitable for development sold in the area, the investment properties purchased by the parent company of S and the absence of evidence to the contrary. The respondent discharged the burden of showing that there were other comparable development properties available in the relevant time period to mitigate the losses.

Per McLachlin C.J. (dissenting): The Board, having breached the contract, bears the onus of proving that S unreasonably failed to mitigate its loss. This entails establishing, on a balance of probabilities: (1) that an opportunity to mitigate the loss was available to S; and (2) that S unreasonably failed to pursue that opportunity. The trial judge’s finding that the Board failed to establish that S had an opportunity to mitigate is sufficient to dispose of the appeal. This finding was grounded in the evidence and did not constitute palpable and overriding error. The Board failed to prove that another property comparable to the one that S sought to purchase was available. Neither the evidence of the Board’s expert witness nor that of purchases by other subsidiaries of S’s parent company established that a comparable property was available for S.

Moreover, S could not be unreasonable in failing to mitigate its loss because it reasonably maintained its action for specific performance. The act of filing a claim for specific performance is inconsistent with the act of acquiring a substitute property. A plaintiff, acting reasonably, cannot pursue specific performance and mitigate its potential loss of damages at the same time.

constituerait pas une réparation complète parce que cet immeuble a « une valeur particulière » pour lui. S n’a pas démontré que tel était le cas et elle ne peut donc justifier son inaction. Elle avait entrepris cette opération commerciale dans le but de réaliser un profit. Les caractéristiques particulières de l’immeuble tenaient seulement à sa valeur du fait qu’il pouvait s’avérer rentable, et les dommages-intérêts constituaient une réparation adéquate.

Lorsqu’il est allégué que le demandeur n’a pas mitigé le préjudice, il incombe au défendeur de démontrer que le demandeur n’a pas pris toutes les mesures raisonnables pour mitiger le préjudice et que la mitigation était possible. La question de savoir s’il existait des immeubles comparables et s’ils étaient rentables est une question de fait. Le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en affirmant qu’il n’y avait pas de possibilités de mitiger le préjudice. Il n’a pas considéré les inférences raisonnables que lui présentaient le témoignage de l’expert relativement à d’autres terrains susceptibles de mise en valeur vendus dans la région, les immeubles de placement acquis par la société mère de S ainsi que l’absence de preuve contraire. L’intimé s’est acquitté du fardeau de démontrer qu’il existait, au cours de la période en cause, d’autres immeubles de placement comparables qui auraient pu servir à mitiger les pertes.

La juge en chef McLachlin (dissidente) : Il incombe au conseil scolaire, qui n’a pas respecté le contrat, de prouver que le défaut de S de mitiger sa perte n’était pas justifié. Cela signifie qu’il doit établir, suivant la prépondérance des probabilités, (1) que S avait eu une possibilité de mitiger la perte et (2) que le défaut de S de se prévaloir de cette possibilité n’était pas justifié. La conclusion du juge de première instance selon laquelle le conseil scolaire n’a pas établi que S avait eu une possibilité de mitiger sa perte suffit pour disposer du pourvoi. La preuve appuyait cette conclusion qui n’était entachée d’aucune erreur manifeste et dominante. Le conseil scolaire n’a pas prouvé qu’il se trouvait sur le marché une propriété comparable à celle que S avait tenté d’acquérir. Ni le témoignage de l’expert cité par l’intimé ni la preuve des acquisitions faites par d’autres filiales de la société mère de S n’ont établi que S pouvait trouver une propriété comparable.

De plus, S ne pouvait agir de façon injustifiée en faisant défaut de mitiger sa perte parce qu’elle était justifiée de maintenir son action en exécution intégrale. Le dépôt d’une demande d’exécution intégrale n’est pas compatible avec l’acquisition d’un bien de substitution. Le demandeur qui agit raisonnablement ne peut réclamer l’exécution intégrale du contrat et en même temps

There is no basis on which to conclude that S acted unreasonably in maintaining its suit for specific performance instead of mitigating its loss. S had a “fair, real, and substantial justification” for claiming specific performance. The property was uniquely suited to S’s needs for single-family residential development within the City of Toronto. The evidence supported the view that there were no comparable substitute properties.

Furthermore, it is difficult to conclude that S unreasonably failed to mitigate given that S lacked the financial capacity to go into the market and purchase a substitute property.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Referred to: *Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661; *Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The)*, [1994] 2 F.C. 279; *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2; *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415; *Adderley v. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

By McLachlin C.J. (dissenting)

Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp., [1979] 1 S.C.R. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Dunkirk Colliery Co. v. Lever* (1878), 9 Ch. D. 20; *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Roper v. Johnson* (1873), L.R. 8 C.P. 167; *Lagden v. O’Connor*, [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277; *General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd.*, [1940] S.C.R. 670; *Andros Springs v. World Beauty*, [1970] P. 144; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385; *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415.

Statutes and Regulations Cited

Education Act, R.S.O. 1990, c. E.2.

mitiger sa perte éventuelle. Rien ne permet de conclure que S n’était pas justifiée de maintenir sa demande en justice pour exécution intégrale au lieu de mitiger sa perte. S avait des « motifs équitables, réels et importants » de réclamer l’exécution intégrale du contrat. La propriété se prêtait particulièrement bien aux besoins de S pour la construction d’un complexe résidentiel unifamilial dans la ville de Toronto. La preuve appuyait la prétention selon laquelle aucun terrain de substitution comparable n’était disponible.

En outre, il est difficile de conclure que le défaut de S de mitiger sa perte était injustifié étant donné qu’elle n’avait pas la capacité financière d’acheter sur le marché un terrain de substitution.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661; *Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)*, [1994] 2 C.F. 279; *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2; *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415; *Adderley c. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente)

Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp., [1979] 1 R.C.S. 633; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673; *Dunkirk Colliery Co. c. Lever* (1878), 9 Ch. D. 20; *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; *Darbishire c. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067; *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Roper c. Johnson* (1873), L.R. 8 C.P. 167; *Lagden c. O’Connor*, [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277; *General Securities Ltd. c. Don Ingram Ltd.*, [1940] R.C.S. 670; *Andros Springs c. World Beauty*, [1970] P. 144; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385; *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415.

Lois et règlements cités

Loi sur l’éducation, L.R.O. 1990, ch. E.2.

Authors Cited

- Bates, Paul. “Mitigation of Damages: A Matter of Commercial Common Sense” (1992), 13 *Advocates’ Q.* 273.
- McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 18th ed. London: Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.
- Siebrasse, Norman. “Damages in Lieu of Specific Performance: *Semelhago v. Paramadevan*” (1997), 76 *Can. Bar Rev.* 551.
- Yorio, Edward. “A Defense of Equitable Defenses” (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Blair and MacFarland J.J.A.), 2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, 261 O.A.C. 108, 319 D.L.R. (4th) 349, 93 R.P.R. (4th) 159, 71 B.L.R. (4th) 196, [2010] O.J. No. 1772 (QL), 2010 CarswellOnt 2602, setting aside a decision of Spiegel J. (2009), 78 R.P.R. (4th) 285, [2009] O.J. No. 428 (QL), 2009 CanLII 3567, 2009 CarswellOnt 494. Appeal and cross-appeal dismissed, McLachlin C.J. dissenting.

J. Thomas Curry, Milton A. Davis and Paul-Erik Veel, for the appellant/respondent on cross-appeal.

Andrew M. Robinson, Elizabeth K. Ackman and Andrea Farkouh, for the respondent/appellant on cross-appeal.

The judgment of LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell and Karakatsanis J.J. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] Real estate developers frequently create single-purpose corporations for the sole purpose of purchasing and developing properties for profit. The corporation has limited liability and no assets other than those that arise from the particular real estate investment. The issue raised in this appeal is whether such a single-purpose corporation is excused from mitigating its losses when the vendor breaches the agreement of purchase and sale, and

Doctrine et autres documents cités

- Bates, Paul. « Mitigation of Damages : A Matter of Commercial Common Sense » (1992), 13 *Advocates’ Q.* 273.
- McGregor, Harvey. *McGregor on Damages*, 18th ed. London : Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2009.
- Siebrasse, Norman. « Damages in Lieu of Specific Performance : *Semelhago v. Paramadevan* » (1997), 76 *R. du B. can.* 551.
- Yorio, Edward. « A Defense of Equitable Defenses » (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Sharpe, Blair et MacFarland), 2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, 261 O.A.C. 108, 319 D.L.R. (4th) 349, 93 R.P.R. (4th) 159, 71 B.L.R. (4th) 196, [2010] O.J. No. 1772 (QL), 2010 CarswellOnt 2602, qui a infirmé une décision du juge Spiegel (2009), 78 R.P.R. (4th) 285, [2009] O.J. No. 428 (QL), 2009 CanLII 3567, 2009 CarswellOnt 494. Pourvoi et pourvoi incident rejetés, la juge en chef McLachlin est dissidente.

J. Thomas Curry, Milton A. Davis et Paul-Erik Veel, pour l’appelant/intimée au pourvoi incident.

Andrew M. Robinson, Elizabeth K. Ackman et Andrea Farkouh, pour l’intimé/appelant au pourvoi incident.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell et Karakatsanis rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Des promoteurs immobiliers créent fréquemment des sociétés à but unique dans le seul objectif d’acquérir des immeubles et de les mettre en valeur pour réaliser un profit. Les sociétés à but unique sont des sociétés à responsabilité limitée qui ne possèdent comme actifs que ceux découlant du placement immobilier qu’elles font. Dans ce pourvoi, la question est de savoir si une telle société à but unique est dispensée de mitiger ses pertes en cas

particularly when it has promptly brought an action for specific performance. The further issue is whether the trial judge erred in his finding that there were no other “comparable” properties available to mitigate the loss.

[2] The appellant, Southcott Estates Inc., was part of the Ballantry Group of associated companies that acquired and developed land in the Greater Toronto Area (“GTA”). Southcott was a single-purpose corporation, without assets, created for the sole purpose of developing the property that is the subject of this action. When the vendor, the Toronto Catholic District School Board, failed to satisfy a condition and refused to extend the closing date, Southcott sought specific performance of the contract. It argues that it was not required to mitigate its losses.

[3] The trial judge ((2009), 78 R.P.R. (4th) 285) found that the Board had breached the agreement of purchase and sale and had failed to prove that Southcott could have mitigated its damages. He awarded damages for loss of chance of profit. He refused to order specific performance, finding that the property was not “unique” and damages were an adequate remedy.

[4] The Ontario Court of Appeal (2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784) concluded that while the trial judge correctly found that the Board had breached its contractual obligations, he had erred in his approach to mitigation. The court concluded that Southcott had unreasonably failed to take available steps to mitigate its loss and reduced the damage award granted at trial to a nominal sum.

[5] Southcott did not appeal the trial judge’s refusal to award specific performance. However, it

d’inexécution de la promesse de vente par le promettant-vendeur, en particulier lorsque la société a fait diligence pour tenter une action en exécution intégrale. L’autre question est de savoir si le juge de première instance a eu tort de conclure qu’il n’existait pas d’autres immeubles « comparables » pouvant servir à mitiger la perte.

[2] L’appelante, Southcott Estates Inc., fait partie du groupe Ballantry de sociétés associées qui achètent et mettent en valeur des terrains dans la région métropolitaine de Toronto. Il s’agit d’une société à but unique sans actif qui a été constituée dans le seul but de mettre en valeur l’immeuble faisant l’objet de la présente action. Lorsque le promettant-vendeur, le Toronto Catholic District School Board (le « conseil scolaire »), a fait défaut de satisfaire à une des conditions de l’entente et a refusé de proroger la date de clôture, Southcott a réclamé l’exécution intégrale du contrat. Cette dernière plaide qu’elle n’était pas tenue de mitiger ses pertes.

[3] Le juge de première instance ((2009), 78 R.P.R. (4th) 285) a conclu que le conseil scolaire avait violé la promesse de vente et qu’il n’avait pas démontré que Southcott aurait pu mitiger ses dommages. Il a condamné le conseil scolaire à verser des dommages-intérêts à Southcott pour l’indemniser de la perte de possibilité de réaliser un profit. Il a refusé d’ordonner l’exécution intégrale du contrat, estimant que l’immeuble n’était pas « unique » et que les dommages-intérêts constituaient une réparation adéquate.

[4] La Cour d’appel de l’Ontario (2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784) a statué que, bien que le juge de première instance ait eu raison de conclure que le conseil scolaire n’avait pas respecté ses obligations contractuelles, il avait commis une erreur dans sa façon d’aborder la question de la mitigation du préjudice. La cour a conclu que Southcott avait, sans raison valable, omis de prendre les mesures appropriées pour mitiger ses pertes et a ramené à une somme symbolique le montant accordé en première instance à titre de dommages-intérêts.

[5] Southcott n’a pas fait appel du refus du juge de première instance d’ordonner l’exécution intégrale.

maintains its losses were not avoidable. The questions raised in this appeal are:

1. Should a single-purpose company mitigate its losses?
2. To what extent must a plaintiff mitigate where the plaintiff has made a claim for specific performance?
3. Did the trial judge err in concluding that there was no evidence of comparable profitable properties available for mitigation?

[6] For the reasons that follow, I conclude that Southcott cannot recover losses that it could reasonably have avoided. I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in concluding that there was no evidence of other development properties that Southcott could have purchased in mitigation. I would dismiss the appeal.

II. Facts

[7] Southcott is a wholly owned subsidiary of Ballantry Homes Inc. and part of a larger group of companies called Ballantry Group of Companies (“Ballantry” or “Ballantry Group”). The Board is a School Board created pursuant to the *Education Act*, R.S.O. 1990, c. E.2, whose affairs were run by a publicly elected Board of Trustees.

[8] Having determined that certain land within a school property was surplus to its needs, the Board put it up for sale. Intending to use the land for residential development, Southcott agreed to purchase the 4.78 acres of land for \$3.44 million. It paid a 10 percent deposit and the parties agreed to a closing date of August 31, 2004. It was a condition of the agreement that the Board obtain a severance from the Committee of Adjustments on or before the closing date. On August 30, 2004, the parties

Elle soutient toutefois que ses pertes étaient inévitables. Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

1. Une société à but unique devrait-elle mitiger ses pertes?
2. Dans quelle mesure un demandeur doit-il mitiger ses pertes lorsqu’il a réclamé l’exécution intégrale du contrat?
3. Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure qu’aucun élément de preuve ne démontrait l’existence d’immeubles rentables comparables qui auraient pu servir à mitiger le préjudice?

[6] Pour les motifs qui suivent, je conclus que Southcott ne peut recouvrer les pertes qu’elle aurait raisonnablement pu éviter. Je suis d’accord avec la cour d’appel pour dire que le juge de première instance a eu tort de conclure qu’aucun élément de preuve n’indiquait l’existence d’autres immeubles susceptibles d’être mis en valeur que Southcott aurait pu acheter pour mitiger son préjudice. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[7] Southcott est une filiale à cent pour cent de Ballantry Homes Inc. Elle est membre d’un consortium de sociétés appelé Ballantry Group of Companies (« Ballantry » ou le « groupe Ballantry »). Le conseil scolaire a été créé sous le régime de la *Loi sur l’éducation*, L.R.O. 1990, ch. E.2. Il est dirigé par une assemblée de conseillers scolaires élus par la population.

[8] Après avoir constaté qu’il n’en avait pas besoin, le conseil scolaire a décidé de mettre en vente une parcelle du terrain d’une école. Entendant se servir de ce terrain pour y ériger un complexe domiciliaire, Southcott a convenu d’acheter les 4,78 acres de terrain en question pour 3,44 millions de dollars. Elle a versé en dépôt une somme correspondant à 10 p. 100 du prix d’achat et les parties ont arrêté le 31 août 2004 comme date de clôture. Une condition de l’entente prévoyait que le conseil

agreed to extend the closing date to January 31, 2005.

[9] The Board applied for a severance in November; it was advised that a development plan was necessary but chose to proceed without one. On December 16, 2004, at the municipality's request, the Committee of Adjustments deferred the severance application hearing as premature because it was not accompanied by a development plan. At that time, it became clear to Southcott and the Board that the transaction could not be completed by the closing date of January 31, 2005. The Board refused Southcott's request to extend the closing date, declared the transaction to be at an end, and returned Southcott's deposit.

[10] Southcott took the position that the Board had breached its obligation to use its best efforts to obtain the severance and commenced an action for specific performance or, in the alternative, for damages.

[11] Southcott admitted that it never had any intention to mitigate its loss and, indeed, never tried to mitigate (para. 137 of the trial judge's decision). Southcott was a single-purpose company incorporated solely for the purposes of this development project and had no assets other than the money advanced by Ballantry for the deposit. It never intended to purchase other land. In fact, Southcott's principal testified at trial that there was no question of it purchasing other land, given that it was involved in this litigation (para. 18 of the Court of Appeal's decision).

[12] The Board led expert evidence that 81 parcels of vacant development land in the GTA were sold between the date of breach and the date of trial. The land was suitable for residential development and within the parameters, of size and

scolaire obtienne une disjonction du comité des dérogations au plus tard à la date de clôture. Le 30 août 2004, les parties sont convenues de proroger la date de clôture au 31 janvier 2005.

[9] Le conseil scolaire a présenté sa demande de disjonction en novembre. On l'a informé qu'il devait joindre un plan d'aménagement à sa demande, mais il a choisi de poursuivre ses démarches sans plan d'aménagement. Le 16 décembre 2004, à la demande de la municipalité, le comité des dérogations a reporté l'examen de la demande de disjonction, estimant qu'elle était prématurée parce qu'elle n'était pas accompagnée d'un plan d'aménagement. À ce moment, il est devenu évident pour Southcott et le conseil scolaire qu'ils ne pourraient parfaire l'opération avant la date de clôture du 31 janvier 2005. Le conseil scolaire a refusé la demande de Southcott de proroger la date de clôture, a déclaré l'opération caduque et a remis à Southcott la somme versée en dépôt.

[10] En faisant valoir que le conseil scolaire avait manqué à son obligation de tout mettre en œuvre pour obtenir la disjonction, Southcott a introduit une action en vue d'obtenir l'exécution intégrale du contrat ou, à titre subsidiaire, des dommages-intérêts.

[11] Southcott a admis qu'elle n'avait jamais eu l'intention de mitiger sa perte et qu'en réalité, elle n'avait jamais essayé de la mitiger (par. 137 de la décision du juge de première instance). Southcott était une société à but unique constituée exclusivement en vue de ce projet d'aménagement et n'avait comme actif que l'argent avancé par Ballantry pour verser le dépôt. Elle n'avait jamais eu l'intention d'acquérir un autre terrain. En fait, le directeur de Southcott a expliqué au procès qu'il n'était pas question que Southcott acquière un autre terrain puisqu'elle était en cause dans le présent litige (par. 18 de la décision de la Cour d'appel).

[12] Le conseil scolaire a établi par expert que 81 terrains vagues susceptibles d'être mis en valeur avaient été vendus dans la région métropolitaine de Toronto entre la date du manquement et celle du procès. Le terrain en question se prêtait à

price, of other lands purchased by the Ballantray Group.

[13] Corporations within the Ballantray Group purchased seven parcels of land for development purposes during this same period. The principal of Ballantray testified that it was always in the market for new land, had the financial means to make the purchases, and it would have made these purchases even if Southcott had completed the land purchase from the Board (para. 138 of the trial judge's decision).

III. Decisions Below

[14] At trial, Spiegel J. concluded that the Board had failed to take all reasonable steps to fulfill the severance condition. It breached its best efforts obligation by failing to contact relevant city staff; delaying in processing the severance application; failing to include the proposed plan of use with the severance application; submitting an improper survey; failing to seek appropriate advice; ignoring the advice of the Committee of Adjustments; proceeding with the application for severance even after being advised that it was incomplete and failing to keep Southcott informed (paras. 71-87).

[15] The trial judge found that had the Board used its best efforts, the severance would likely have been granted, and the transaction would have been completed by the closing date. The trial judge was satisfied that the Board's breach caused Southcott's loss (paras. 93-116).

[16] Turning to remedy, Spiegel J. found that specific performance was not an appropriate remedy as the land did not have the quality of uniqueness (paras. 128-33).

l'aménagement d'un complexe résidentiel et équivalait en gros, sur le plan de la superficie et du prix, aux autres terrains achetés par le groupe Ballantray.

[13] Au cours de la même période, des sociétés du groupe Ballantray ont acheté sept parcelles de terrain en vue de les aménager. Le directeur de Ballantray a expliqué que ce groupe était toujours à la recherche de nouveaux terrains, qu'il disposait des moyens financiers nécessaires pour en acquérir et qu'il aurait acquis ces terrains même si Southcott avait réussi à acheter le terrain du conseil scolaire (par. 138 de la décision du juge de première instance).

III. Décisions des juridictions inférieures

[14] Au procès, le juge Spiegel a conclu que le conseil scolaire n'avait pas pris toutes les mesures raisonnables pour satisfaire à la condition relative à la disjonction. Selon lui, le conseil scolaire avait manqué à son obligation de déployer les efforts nécessaires en ne communiquant pas avec les employés municipaux compétents, en retardant le traitement de la demande de disjonction, en ne joignant pas à sa demande de disjonction le plan d'aménagement proposé, en soumettant un levé incorrect, en ne cherchant pas à obtenir des conseils éclairés, en ne tenant pas compte de l'avis du comité des dérogations, en poursuivant sa demande de disjonction même après avoir été avisé qu'elle était incomplète et en ne tenant pas Southcott au courant (par. 71-87).

[15] Le juge de première instance a estimé que, si le conseil scolaire avait déployé les efforts nécessaires, la disjonction aurait probablement été accordée et l'opération se serait concrétisée avant la date de clôture. Le juge de première instance s'est dit convaincu que les pertes subies par Southcott étaient attribuables à l'inexécution du contrat par le conseil scolaire (par. 93-116).

[16] En ce qui concerne la réparation, le juge Spiegel a conclu que l'exécution intégrale ne constituait pas une réparation appropriée étant donné que le bien-fonds en question ne possédait pas les caractéristiques nécessaires pour être considéré comme unique (par. 128-133).

[17] However, he concluded that Southcott was entitled to damages. He rejected the Board's argument that Southcott had in fact mitigated damages because the Ballantry Group made several purchases subsequent to the breach of the agreement:

I find that these subsequent purchases were collateral, independent transactions that did not arise out of the consequences of the breach. In all the circumstances, I do not consider these transactions as mitigatory. [para. 143]

[18] The trial judge found that the Board had not discharged the onus of proving that Southcott failed to take advantage of a reasonable opportunity to mitigate its loss. He held that there was no evidence that any of the available properties were actually offered for sale or could have been profitably developed and he was not satisfied that the properties were comparable (paras. 144-46). He therefore awarded Southcott damages in the amount of \$1,935,500 which represented the loss of a 60 percent chance to make profits in the amount of \$3,225,827.

[19] On appeal, the Board did not dispute the findings that it had breached its obligation to use its best efforts to obtain the severance required to complete the sale. It challenged the findings of causation and mitigation.

[20] Sharpe J.A., writing for the Court of Appeal, rejected the first ground of the Board's appeal, that the trial judge erred in finding that the Board's breach was the cause of the failure to obtain the severance by the closing date (paras. 11-14).

[21] Regarding the issue of whether the losses could have been avoided, however, the Court of Appeal concluded that the trial judge had erred in law in finding that the Board had not shown that

[17] Il a toutefois conclu que Southcott avait droit à des dommages-intérêts. Il a rejeté l'argument du conseil scolaire suivant lequel Southcott avait effectivement mitigé le préjudice étant donné que le groupe Ballantry avait acheté plusieurs autres terrains après l'inexécution du contrat :

[TRADUCTION] J'estime que ces acquisitions ultérieures étaient des opérations accessoires et distinctes qui étaient sans rapport avec l'inexécution. Compte tenu de l'ensemble des circonstances, je suis d'avis qu'aucune de ces opérations ne pouvait servir à mitiger le préjudice. [par. 143]

[18] Le juge de première instance a estimé que le conseil scolaire ne s'était pas acquitté du fardeau de démontrer que Southcott ne s'était pas prévalu des possibilités raisonnables qui s'offraient à elle de mitiger ses pertes. Il a estimé que rien n'établissait que l'une quelconque des propriétés disponibles avait été effectivement offerte en vente ou aurait pu être mise en valeur de façon rentable, ajoutant qu'il n'était pas convaincu que les immeubles étaient comparables (par. 144-146). Il a par conséquent accordé à Southcott la somme de 1 935 500 \$ à titre de dommages-intérêts, ce qui correspondait à la perte d'une possibilité de 60 p. 100 de réaliser un profit de 3 225 827 \$.

[19] En appel, le conseil scolaire n'a pas contesté la conclusion suivant laquelle il avait manqué à son obligation de tout mettre en œuvre pour obtenir la disjonction exigée pour parfaire la vente. Il a contesté les conclusions relatives à la causalité et à la mitigation du préjudice.

[20] S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Sharpe a rejeté le premier moyen d'appel invoqué par le conseil scolaire suivant lequel le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que le fait que l'on n'avait pas obtenu la disjonction avant la date de clôture était attribuable à l'inexécution du contrat par le conseil scolaire (par. 11-14).

[21] En ce qui concerne la question de savoir si les pertes auraient pu être évitées toutefois, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en concluant

Southcott could have mitigated its losses. First, Southcott's admission that it had no intention of taking any steps to mitigate was sufficient to satisfy the onus resting upon the Board and to shift the evidentiary onus to Southcott to demonstrate that, even if it had attempted to mitigate, it could not have done so. Second, the trial judge erred in dealing with the Board's evidence regarding the land that was available: "By requiring the Board to prove . . . the profitability of individual parcels, the trial judge raised any bar the Board had to satisfy to an unrealistic level" (para. 25). Finally, the trial judge failed to consider that Ballantry's purchases of other lands clearly demonstrated that the directing mind of Southcott knew that investment quality lands, suitable for profitable development, were available on the market. The Court of Appeal stated that Southcott was a distinct legal entity that could not avoid mitigating its loss by arguing that it was a part of Ballantry: the obligation to mitigate rested with Southcott (paras. 24-27).

[22] The Court of Appeal concluded that while Southcott had made out its case for breach of contract, it failed to make out a case for either specific performance or damages. The appropriate award was for nominal damages in the amount of \$1.

IV. Mitigation — General Principles

[23] This Court in *Asamera Oil Corp. v. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, cited (at pp. 660-61) with approval the statement of Viscount Haldane L.C. in *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric*

que le conseil scolaire n'avait pas démontré que Southcott aurait pu mitiger ses pertes. Tout d'abord, le fait que Southcott avait admis n'avoir eu nullement l'intention de prendre quelque mesure que ce soit pour mitiger ses pertes suffisait pour permettre au conseil scolaire de se décharger du fardeau de preuve qui reposait sur lui et pour déplacer ce fardeau sur Southcott, qui devait alors démontrer que, même si elle avait tenté de mitiger ses pertes, elle n'aurait pas pu le faire. Deuxièmement, la cour a jugé que le juge de première instance avait commis une erreur dans la façon dont il avait traité les éléments de preuve présentés par le conseil scolaire au sujet des terrains qui étaient disponibles : [TRADUCTION] « En l'obligeant à démontrer [. . .] la rentabilité de diverses parcelles, le juge de première instance a imposé au conseil scolaire un critère tellement exigeant qu'il ne pouvait s'attendre de façon réaliste à ce qu'il puisse y satisfaire » (par. 25). Enfin, le juge de première instance n'avait pas tenu compte du fait que les achats d'autres terrains effectués par Ballantry démontraient de façon évidente que le dirigeant de Southcott savait que des terrains de placement de qualité qui se prêtaient bien à une mise en valeur rentable étaient disponibles sur le marché. La Cour d'appel a affirmé que Southcott était une entité juridique distincte qui ne pouvait éviter de mitiger sa perte en plaidant qu'elle faisait partie du groupe Ballantry : Southcott conservait l'obligation de mitiger son préjudice (par. 24-27).

[22] La Cour d'appel a conclu que, même si elle avait démontré le bien-fondé de ses arguments en ce qui concerne la rupture du contrat, Southcott n'avait pas réussi à démontrer qu'elle pouvait réclamer une exécution intégrale ou des dommages-intérêts. La cour a estimé qu'il convenait d'accorder la somme d'un dollar à titre de dommages-intérêts symboliques.

IV. Mitigation du préjudice — Principes généraux

[23] Dans l'arrêt *Asamera Oil Corp. c. Seal Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, notre Cour a cité (aux p. 660-661) et approuvé l'énoncé suivant formulé par le vicomte Haldane, lord chancelier, dans l'arrêt *British Westinghouse Electric*

Railways Company of London, Ltd., [1912] A.C. 673, at p. 689:

The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming any part of the damage which is due to his neglect to take such steps.

[24] In *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 SCC 38, [2004] 2 S.C.R. 74, at para. 176, this Court explained that “[l]osses that could reasonably have been avoided are, in effect, caused by the plaintiff’s inaction, rather than the defendant’s wrong.” As a general rule, a plaintiff will not be able to recover for those losses which he could have avoided by taking reasonable steps. Where it is alleged that the plaintiff has failed to mitigate, the burden of proof is on the defendant, who needs to prove both that the plaintiff has failed to make reasonable efforts to mitigate and that mitigation was possible (*Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324; *Asamera*; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661, at para. 30).

[25] On the other hand, a plaintiff who does take reasonable steps to mitigate loss may recover, as damages, the costs and expenses incurred in taking those reasonable steps, provided that the costs and expenses are reasonable and were truly incurred in mitigation of damages (see P. Bates, “Mitigation of Damages: A Matter of Commercial Common Sense” (1992), 13 *Advocates’ Q.* 273). The valuation of damages is therefore a balancing process: as the Federal Court of Appeal stated in *Redpath Industries Ltd. v. Cisco (The)*, [1994] 2 F.C. 279, at p. 302: “The Court must make sure that the victim is compensated for his loss; but it must at the same time make sure that the wrongdoer is not abused.” Mitigation is a doctrine based on fairness and common sense, which seeks to do justice between

and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company of London, Ltd., [1912] A.C. 673, p. 689 :

[TRADUCTION] Le principe fondamental est donc la compensation des pertes pécuniaires découlant naturellement de l’inexécution; mais ce principe est mitigé par un autre qui veut que le demandeur ait l’obligation de prendre toutes mesures raisonnables pour mitiger le préjudice résultant de la rupture du contrat et ne puisse être indemnisé pour la partie du préjudice qu’il aurait ainsi pu éviter.

[24] Dans l’arrêt *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74, au par. 176, notre Cour a expliqué que « [l]es pertes qui auraient pu être évitées par des précautions raisonnables se définissent comme celles qui sont, en fait, attribuables à l’inaction du demandeur plutôt qu’à la faute du défendeur. » En principe, un demandeur ne peut se faire indemniser d’une perte qu’il aurait pu éviter par des précautions raisonnables. Lorsqu’il est allégué que le demandeur n’a pas mitigé le préjudice, il incombe au défendeur de démontrer non seulement que le demandeur n’a pas pris toutes les mesures raisonnables pour mitiger le préjudice, mais encore qu’il était possible de mitiger le préjudice (*Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324; *Asamera*; *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661, par. 30).

[25] Par contre, un demandeur qui prend effectivement des mesures raisonnables pour mitiger ses pertes peut recouvrer, à titre de dommages-intérêts, les frais et les dépenses qu’il a engagés pour prendre ces mesures raisonnables, à condition que ces frais et dépenses soient raisonnables et qu’ils aient véritablement été engagés pour mitiger les dommages (voir P. Bates, « Mitigation of Damages: A Matter of Commercial Common Sense » (1992), 13 *Advocates’ Q.* 273). L’évaluation des dommages est par conséquent une question d’appréciation. Comme la Cour d’appel fédérale l’a déclaré dans l’arrêt *Redpath Industries Ltd. c. Cisco (Le)*, [1994] 2 C.F. 279, p. 302 : « La Cour doit s’assurer que la victime est dédommagée de sa perte; mais elle doit en même temps s’assurer que l’on ne profite pas de

the parties in the particular circumstances of the case.

A. *Should a Single-Purpose Company Mitigate its Losses?*

[26] Southcott argues that the Court of Appeal failed to recognize the unique circumstance of a single-purpose corporation in mitigating contractual loss; as a single-purpose company, it was impecunious and unable to mitigate without significant capital investment of the parent company or without the corporate mandate to do so. Further, it submits that it would be reasonably foreseeable to those contracting with a single-purpose corporation that such an entity would have finite resources and a confined corporate mandate. In this case, Southcott acted reasonably, within its ordinary course of business and promptly brought this lawsuit.

[27] Southcott sought specific performance and was therefore ready to complete the purchase. In any event, its alternative claim for consequential damages was predicated upon its access to capital to complete the agreement of purchase and sale. As such, both claims were premised upon resources, resources that were not tied up as a result of the breach alleged. Indeed, the alleged breach in this case did not affect Southcott's ability to obtain capital. Southcott can hardly argue that the same money would not have been available for mitigation.

[28] Further, the question is factual and it was not suggested at trial that Southcott had no access to capital or that borrowing money would have been unreasonably risky or costly. Southcott did not argue that it was impecunious at trial.

[29] In the absence of actual evidence of impecuniosity, finding that losses cannot be reasonably

la personne responsable. » La notion de mitigation du préjudice repose sur l'équité et le bon sens et vise à assurer la justice entre les parties en fonction des circonstances propres à l'espèce.

A. *Une société à but unique devrait-elle mitiger ses pertes?*

[26] Southcott soutient que la Cour d'appel n'a pas reconnu la situation singulière dans laquelle se trouve une société à but unique lorsqu'il s'agit de mitiger les pertes afférentes au contrat; en tant que société à but unique, Southcott n'avait pas d'actif et il lui était impossible de mitiger ses pertes sans une importante injection de capitaux de sa société mère ou sans mandat lui permettant de le faire. Elle fait par ailleurs valoir que les personnes qui contractent avec une société à but unique pourraient raisonnablement s'attendre à ce que celle-ci dispose de ressources limitées et à ce que son mandat soit restreint. Dans le cas qui nous occupe, Southcott a agi de manière raisonnable, dans le cours normal de ses affaires, et elle a intenté cette poursuite sans tarder.

[27] Southcott réclamait l'exécution intégrale; elle était donc prête à parfaire l'achat. En tout état de cause, sa demande subsidiaire de dommages-intérêts pour préjudice indirect dépendait de l'obtention, pour elle, de capitaux lui permettant de parfaire la vente. En fait, les deux demandes étaient fondées sur la possibilité d'obtenir des ressources, ressources qui n'étaient pas bloquées par suite de l'inexécution reprochée. D'ailleurs, dans le cas qui nous occupe, la présumée inexécution n'a eu aucune incidence sur la capacité de Southcott d'obtenir des capitaux. Southcott ne peut guère prétendre que les mêmes fonds n'auraient pas pu servir à mitiger le préjudice.

[28] En outre, la question est factuelle et l'on n'a pas prétendu au procès que Southcott ne pouvait se procurer des capitaux ou encore qu'il aurait été beaucoup trop risqué ou coûteux d'emprunter de l'argent. Au procès, Southcott n'a pas plaidé l'impecuniosité.

[29] À défaut d'éléments de preuve concrets démontrant le manque de ressources, le fait de

avoided, simply because it is a single-purpose corporation within a larger group of companies, would give an unfair advantage to those conducting business through single-purpose corporations. In addition, not requiring single-purpose corporations to mitigate would expose defendants contracting with such corporations to higher damage awards than those reasonably claimed by other plaintiffs, based solely upon their limited assets.

[30] The trial judge found that the purchases of development land by other corporations within the Ballantry Group did not in fact mitigate Southcott's loss; that finding is not challenged here. As noted above, he found that the other properties purchased by other members of the Ballantry group were "collateral" in the sense that the purchases would have occurred whether or not the defendant had breached its contract with Southcott (para. 143). However, because Southcott is a separate legal entity, purchases by other Ballantry corporations of other comparable property did not make those properties "unavailable" for mitigation. As a separate legal entity, Southcott was required to mitigate by making diligent efforts to find a substitute property. Those who choose the benefits of incorporation must bear the corresponding burdens: *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2, at pp. 10-12. Southcott is entitled to the benefits of limited liability, but it is also saddled with the responsibilities that all legal entities have. The requirement to take steps to mitigate losses is one such responsibility. A plaintiff cannot recover losses that could reasonably have been avoided. The overriding issue here is whether Southcott's inaction was reasonable, and if not, whether it could have reasonably mitigated if it had tried to do so.

conclure que les pertes ne peuvent raisonnablement être évitées du simple fait qu'il s'agit d'une société à but unique membre d'un consortium de sociétés aurait pour effet de conférer un avantage injustifié à quiconque opte pour la société à but unique pour mener ses affaires. De plus, le fait de ne pas obliger les sociétés à but unique à mitiger leurs pertes ferait en sorte que les défendeurs qui signent des contrats avec elles seraient susceptibles d'être condamnés à des dommages-intérêts plus élevés que ceux réclamés de façon raisonnable par d'autres demandeurs et ce, uniquement en raison des actifs limités de ces sociétés.

[30] Le juge de première instance a conclu que l'achat de terrains susceptibles d'être mis en valeur par d'autres sociétés du groupe Ballantry n'avait pas en fait mitigé la perte de Southcott; cette conclusion n'est pas contestée en l'espèce. Tel qu'indiqué précédemment, le juge a estimé que l'acquisition d'autres propriétés par les autres membres du groupe Ballantry constituait des [TRADUCTION] « opérations accessoires » en ce sens que les propriétés auraient été acquises indépendamment de la rupture, par la défenderesse, du contrat conclu avec Southcott (par. 143). Toutefois, parce que Southcott est une entité juridique distincte, l'achat d'autres immeubles comparables par d'autres sociétés du groupe Ballantry n'a pas fait en sorte que ces immeubles ne « pouvaient plus servir » à mitiger le préjudice. En tant qu'entité juridique distincte, Southcott était tenue de mitiger ses pertes en faisant diligence pour trouver une autre propriété. Quiconque choisit de bénéficier des avantages de la constitution en société doit en supporter les inconvénients : *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2, p. 10-12. Southcott a le droit de bénéficier des avantages d'une responsabilité limitée, mais elle doit aussi assumer les responsabilités qu'ont toutes les entités juridiques. La nécessité de prendre des mesures pour mitiger ses pertes constitue l'une de ces responsabilités. Un demandeur ne peut être indemnisé d'un préjudice qu'il aurait raisonnablement pu éviter. La principale question en l'espèce est de savoir si l'inaction de Southcott était raisonnable et, dans la négative, si elle aurait raisonnablement pu mitiger ses pertes si elle avait tenté de le faire.

B. *Southcott Was Required to Mitigate Losses Despite its Claim for Specific Performance*

[31] Specific performance is an equitable remedy that is difficult to reconcile with the principle of mitigation. Obviously, if Southcott had purchased a property in mitigation, it may not have been able to complete its agreement of purchase and sale of the Board's surplus land if ultimately successful in its claim for specific performance. When can a plaintiff seeking specific performance justify inaction and recover losses which may otherwise have been classified as avoidable?

[32] The trial judge found that Southcott did not have a viable claim for specific performance. He found that while the business opportunity may have been unique, the property itself was not. The trial judge found that what was at issue here was a straightforward business plan, the failure of which could be measured in damages (para. 132). The Court of Appeal agreed. The trial judge's decision not to order specific performance is not challenged in this appeal.

[33] However, Southcott submits that even though it was unsuccessful in its claim for specific performance, it proceeded expeditiously and the claim had real substance because the property was a unique opportunity, given its location and the rarity of such properties in the GTA. As a result, it says that it was not reasonable to attempt to mitigate; the remedy of specific performance would become illusory.

[34] Southcott suggests that there are two separate questions that a court must ask in cases where a plaintiff seeks specific performance: (1) should specific performance be awarded? And if the answer is no, (2) is this plaintiff justified in its mitigatory inaction? Southcott says that the trial judge conflated these two questions and did

B. *Southcott était tenue de mitiger ses pertes malgré sa demande d'exécution intégrale*

[31] L'exécution intégrale est une réparation fondée sur l'équité qui se concilie mal avec le principe de la mitigation du préjudice. De toute évidence, si elle avait acheté un autre immeuble pour mitiger ses pertes, Southcott n'aurait peut-être pas été en mesure de parfaire la vente du terrain excédentaire du conseil scolaire dans l'hypothèse où elle aurait finalement obtenu gain de cause dans sa demande d'exécution intégrale. Dans quels cas le demandeur qui réclame l'exécution intégrale peut-il justifier son inaction et être indemnisé pour des pertes qui auraient autrement pu être considérées comme évitables?

[32] Le juge de première instance a conclu que Southcott n'était pas fondée à réclamer l'exécution intégrale. Il a estimé que, même si l'occasion d'affaires était peut-être unique, la propriété elle-même ne l'était pas. Il a conclu qu'il s'agissait en l'espèce d'un plan d'affaires simple dont l'échec pouvait être quantifié en termes de dommages-intérêts (par. 132). La Cour d'appel s'est dite du même avis. La décision du juge de première instance de ne pas ordonner l'exécution intégrale du contrat n'est pas contestée dans le présent pourvoi.

[33] Southcott affirme toutefois que, même si elle n'a pas obtenu gain de cause en ce qui concerne sa demande d'exécution intégrale, elle a agi rapidement et sa demande est sérieuse, étant donné que l'immeuble en question était une occasion unique, vu son emplacement et la rareté des propriétés de ce genre dans la région métropolitaine de Toronto. Elle soutient par conséquent qu'il n'était pas raisonnable de tenter de mitiger son préjudice : la réparation que constitue l'exécution intégrale serait devenue illusoire.

[34] Suivant Southcott, le tribunal doit se poser deux questions distinctes lorsqu'un demandeur réclame l'exécution intégrale (1) y a-t-il lieu d'ordonner l'exécution intégrale? Si la réponse à cette question est négative (2) ce demandeur est-il justifié de ne pas prendre de mesures pour mitiger le préjudice? Southcott affirme que le juge de première

property may be reasonable, depending upon the circumstances of the case.

[38] The statements in *Asamera* dealing with specific performance and the determination of what is reasonable conduct must be read in light of *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415. In that case, the Court acknowledged that “[w]hile at one time the common law regarded every piece of real estate to be unique, with the progress of modern real estate development this is no longer the case” (para. 20). The Court thus found that it “cannot be assumed that damages for breach of contract for the purchase and sale of real estate will be an inadequate remedy in all cases” (para. 21). Specific performance will be available only where money cannot compensate fully for the loss, because of some “peculiar and special value” of the land to the plaintiff (para. 21, citing *Adderley v. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239, at p. 240).

[39] The overriding issue is therefore whether Southcott’s inaction was reasonable. Southcott argued at trial that the fact that the property was uniquely well situated gives it the unique character required to constitute a fair justification for specific performance (para. 119 of the trial judge’s decision).

[40] I agree with the courts below that this is not a case where the plaintiff could reasonably refuse to mitigate. The trial judge made clear findings that the land was nothing more unique to Southcott than a singularly good investment and that this was not a case in which damages were too speculative or uncertain to be a satisfactory remedy. The unique qualities related solely to the profitability of the development for which damages were an adequate remedy (paras. 126 and 128). The calculation of profits was not conjectural or speculative as the proposed development was not complex, and the only disagreement between the parties regarding

important et légitime » qui lui permet de réclamer l’exécution intégrale, son refus d’acheter un autre bien peut être raisonnable compte tenu des circonstances de l’espèce.

[38] Les énoncés que l’on trouve dans l’arrêt *Asamera* au sujet de l’exécution intégrale et de ce qu’il faut entendre par comportement raisonnable doivent être interprétés en fonction de l’arrêt *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415. Dans cet arrêt, la Cour a reconnu que « [m]ême si, à une certaine époque, la common law considérait chaque bien immeuble comme étant unique, ce n’est plus le cas avec l’évolution du développement immobilier moderne » (par. 20). La Cour a par conséquent conclu qu’« [o]n ne saurait présumer que des dommages-intérêts pour la rupture du contrat de vente d’un immeuble constitueront une réparation inadéquate dans tous les cas » (par. 21). Le demandeur ne pourra obtenir l’exécution intégrale que si l’octroi d’une somme d’argent ne pourrait l’indemniser complètement de la perte en raison de la « valeur particulière » que le terrain en question peut avoir pour lui (par. 21, citant l’arrêt *Adderley c. Dixon* (1824), 1 Sim. & St. 607, 57 E.R. 239, p. 240).

[39] La question essentielle est donc de savoir si l’inaction de Southcott était raisonnable. Southcott a soutenu au procès que l’emplacement idéal de l’immeuble lui conférait le caractère unique nécessaire pour justifier sa demande d’exécution intégrale (par. 119 de la décision du juge de première instance).

[40] Je suis d’accord avec les juridictions inférieures pour dire qu’il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où la demanderesse pouvait raisonnablement refuser de mitiger son préjudice. Le juge de première instance a clairement indiqué que la seule caractéristique qui rendait ce terrain unique pour Southcott était le fait qu’il s’agissait d’un investissement particulièrement intéressant, et qu’il ne s’agissait pas d’un cas où les dommages-intérêts étaient trop spéculatifs ou incertains pour constituer une réparation satisfaisante. Les caractéristiques uniques avaient trait seulement à la rentabilité du projet immobilier et les dommages-intérêts

the quantum of damages related to the timing and rate of sale of completed units (paras. 130 and 132).

[41] A plaintiff deprived of an investment property does not have a “fair, real, and substantial justification” or a “substantial and legitimate” interest in specific performance (*Asamera*, at pp. 668-69) unless he can show that money is not a complete remedy because the land has “a peculiar and special value” to him (*Semelhago*, at para. 21, citing *Adderley*, at p. 240). Southcott could not make such a claim. It was engaged in a commercial transaction for the purpose of making a profit. The property’s particular qualities were only of value due to their ability to further profitability. Southcott cannot therefore justify its inaction.

C. The Trial Judge Erred in Finding no Evidence of Comparable Profitable Properties Available for Mitigation

[42] In this case, Southcott admitted that it made no efforts to mitigate — on the basis that it was not obliged to do so. Southcott submits that the Court of Appeal erred in shifting the onus to the plaintiff based on the admission by Southcott’s principal that he had no intention to mitigate through Southcott. Southcott says that the Board did not provide the trial judge with evidence that there was a comparable profitable investment property available for sale. The trial judge found that there were no comparable or profitable properties. Southcott submits that the Court of Appeal erred in disregarding the trial judge’s finding of fact and in substituting its own.

[43] The entirety of the trial judge’s analysis on this issue was as follows:

constituaient une réparation adéquate (par. 126 et 128). Le calcul des profits n’était ni conjectural ni spéculatif car il ne s’agissait pas d’un projet complexe, et le seul point de discordance entre les parties concernant le montant des dommages-intérêts portait sur le moment de la vente des unités achevées et le taux de vente de ces unités (par. 130 et 132).

[41] Un demandeur privé d’un immeuble de placement ne peut exiger l’exécution intégrale en invoquant des « motifs équitables, réels et importants » ou un « intérêt important et légitime » (*Asamera*, p. 668-669) que si l’octroi d’une somme d’argent ne constituerait pas une réparation complète parce que cet immeuble a une « valeur particulière » pour lui (*Semelhago*, par. 21, citant l’arrêt *Adderley*, p. 240). Southcott ne pouvait faire une telle affirmation. Elle avait entrepris cette opération commerciale dans le but de réaliser un profit. Les caractéristiques particulières de l’immeuble tenaient seulement à sa valeur du fait qu’il pouvait s’avérer rentable. Southcott ne peut donc pas justifier son inaction.

C. Le juge de première instance a commis une erreur en concluant à l’absence de preuve de l’existence d’immeubles comparables rentables pouvant servir à mitiger le préjudice

[42] Dans le cas qui nous occupe, Southcott a admis n’avoir fait aucun effort pour mitiger sa perte — parce qu’elle estimait ne pas y être tenue. Southcott plaide que la Cour d’appel a commis une erreur en déplaçant le fardeau de la preuve sur elle parce que son directeur avait admis n’avoir nullement l’intention de mitiger le préjudice de Southcott. Cette dernière affirme que le conseil scolaire n’a pas fourni au juge de première instance une preuve de l’existence d’une propriété de placement comparable et rentable offerte en vente. Le juge a conclu qu’il n’y avait pas de propriétés comparables ou rentables. Southcott plaide que la Cour d’appel a commis une erreur en écartant la conclusion de fait tirée par le juge de première instance et en y substituant la sienne.

[43] Voici le texte intégral de l’analyse de cette question faite par le juge de première instance :

There was no evidence that the properties referred to [by the Board's expert] were actually available to the public for sale but only that they had been sold. Also there was no evidence that had these properties been purchased that they could have been profitably developed. In any event, I am not satisfied that the evidence established that these were comparable properties or that had they been purchased, that the plaintiff's loss would have been avoided or reduced. [para. 144]

[44] Regarding the failure to mitigate, the Court of Appeal found that the trial judge had erred in law:

First, Southcott's admission that it had no intention of taking any steps to mitigate its loss was sufficient to satisfy the onus resting upon the Board to prove failure to mitigate and to shift the evidentiary onus to Southcott of demonstrating that, even if it had attempted to mitigate, it could not have done so. Southcott led no evidence to that effect. In my view, the trial judge erred by holding that the Board had failed to meet the onus imposed upon it to prove that Southcott had failed to mitigate its damages.

... By requiring the Board to prove the precise manner in which 81 parcels of investment land had been sold or to prove the profitability of individual parcels, the trial judge raised any bar the Board had to satisfy to an unrealistic level, particularly in the face of Southcott's admission that it had no intention to mitigate and of the evidence that Ballantry actually did find other suitable development properties to purchase.

Third, the trial judge erred in the manner in which he dealt with the evidence of purchases made by Ballantry. Those purchases clearly demonstrate that the directing mind of Southcott knew that investment-quality lands, suitable for profitable development, were available on the market. [paras. 24-26]

[45] As noted above, where it is alleged that a plaintiff has failed to mitigate damages, the onus of proof on a balance of probabilities lies with the

[TRADUCTION] Il n'y avait aucun élément de preuve démontrant que les immeubles mentionnés par [l'expert du conseil scolaire] étaient effectivement offerts en vente au public. La preuve indiquait seulement que des immeubles avaient été vendus. Il n'y avait également aucun élément de preuve permettant de conclure que, si l'on avait acheté ces immeubles, on aurait pu les mettre en valeur de façon rentable. En tout état de cause, je ne suis pas convaincu que la preuve a établi que ces immeubles étaient des immeubles comparables ou que, si elle les avait achetés, la demanderesse aurait pu éviter ou diminuer sa perte. [par. 144]

[44] En ce qui concerne l'omission de mitiger le préjudice, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur de droit :

[TRADUCTION] Tout d'abord, le fait que Southcott avait admis qu'elle n'avait nulle intention de prendre quelque mesure que ce soit pour mitiger ses pertes suffisait pour permettre au conseil scolaire de se décharger du fardeau de preuve qui reposait sur lui et pour déplacer ce fardeau sur Southcott, qui devait alors démontrer que, même si elle avait tenté de mitiger ses pertes, elle n'aurait pas pu le faire. Southcott n'a soumis aucun élément de preuve en ce sens. À mon avis, le juge de première instance a commis une erreur en estimant que le conseil scolaire ne s'était pas déchargé du fardeau qui lui incombait de démontrer que Southcott n'avait pas mitigé ses pertes.

... En obligeant le conseil scolaire à démontrer de manière précise comment les 81 parcelles de terrain de placement avaient été vendues ou à prouver que certaines d'entre elles étaient rentables, le juge de première instance a imposé au conseil scolaire un critère tellement exigeant qu'il ne pouvait y satisfaire, d'autant plus que Southcott avait admis qu'elle n'avait nullement l'intention de mitiger le préjudice, et compte tenu des éléments de preuve suivant lesquels Ballantry avait effectivement trouvé et acheté d'autres propriétés susceptibles d'être mises en valeur.

Troisièmement, le juge de première instance a commis une erreur dans la façon dont il a traité les éléments de preuve relatifs aux achats d'autres terrains effectués par Ballantry. Ces achats démontrent de façon évidente que le dirigeant de Southcott savait que des terrains de placement de qualité qui se prêtaient bien à une mise en valeur rentable étaient disponibles sur le marché. [par. 24-26]

[45] Comme nous l'avons déjà signalé, lorsqu'il est allégué que le demandeur n'a pas mitigé ses pertes, la charge de la preuve selon la prépondérance

defendant, who must establish not only that the plaintiff failed to take reasonable efforts to find a substitute, but also that a reasonable profitable substitute could be found.

[46] Thus, it would be an error to suggest that the defendant did not have the burden of showing that mitigation was possible even where the plaintiff made no attempt to do so. Further, while I agree that the trial judge erred in dealing with the Board's evidence regarding the availability of the 81 properties, the error is best approached as an evidentiary issue rather than as one engaging the burden of proof.

[47] The finding about whether Southcott could have mitigated involves applying a legal standard; it is a question of mixed fact and law. Whether or not there were comparable properties and whether they were profitable is a finding of fact. Implicit in the Court of Appeal's decision is the conclusion that the trial judge's findings of fact were unreasonable.

[48] For the reasons that follow, I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in principle by failing to consider relevant evidence. In particular, Ballantry's subsequent purchases were evidence that other development properties were reasonably available. These errors skewed his factual analysis on the issue of mitigation. I conclude that the trial judge made a palpable and overriding error in finding that there were no comparable profitable mitigation opportunities: see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10.

(1) The Expert Evidence of Comparable Properties

[49] At trial, the Board presented evidence that 81 parcels of raw land suitable for development and 49 properties subdivided into lots suitable for building

des probabilités repose sur le défendeur, qui doit établir non seulement que le demandeur n'a pas fait d'efforts raisonnables pour trouver un bien de substitution, mais également qu'il était possible de trouver un bien de substitution rentable et valable.

[46] Ainsi, il serait erroné de prétendre qu'il n'incombait pas au défendeur de démontrer qu'il était possible de mitiger les dommages même lorsque le demandeur n'a rien fait pour les mitiger. De plus, même si j'estime que le juge de première instance a commis une erreur dans son analyse de la preuve relative à la disponibilité des 81 immeubles faite par le conseil scolaire, il est préférable d'aborder cette erreur en disant qu'elle tient à une question de preuve plutôt qu'à l'application du fardeau de la preuve.

[47] La conclusion relative à la question de savoir si Southcott aurait pu mitiger le préjudice suppose l'application d'une norme juridique; il s'agit d'une question mixte de fait et de droit. La question de savoir s'il existait des immeubles comparables et s'ils étaient rentables est une question de fait. Dans sa décision, la Cour d'appel en vient implicitement à qualifier de déraisonnables les conclusions de fait du juge de première instance.

[48] Pour les raisons qui suivent, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge de première instance a commis une erreur de principe en n'examinant pas les éléments de preuve pertinents. Plus particulièrement, les achats subséquents de Ballantry démontraient que d'autres terrains susceptibles d'être mis en valeur étaient raisonnablement disponibles. Ces erreurs ont faussé l'analyse factuelle sur la question de la mitigation du préjudice. Je conclus que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en affirmant qu'il n'y avait pas de possibilités d'acquérir une propriété rentable comparable permettant de mitiger le préjudice : voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10.

(1) La preuve d'expert relative aux immeubles comparables

[49] Au procès, le conseil scolaire a présenté des éléments de preuve établissant que 81 parcelles de terres en friche propres à être mises en valeur et 49

were available for sale in the GTA and were in fact sold in the period between January 31, 2005 and the time of trial (para. 136 of the trial judge's decision). The parameters that the Board's expert used in selecting alternative available parcels were sales of land between \$1,000,000 and \$27,000,000, that had an estimated time to develop of one year or less, and that could be developed for low to medium density residential. These parameters were chosen to match the parameters of the actual purchases made by the Ballantry Group.

[50] Nevertheless, the trial judge concluded that the Board had not discharged the onus of proving that Southcott failed to take advantage of a reasonable opportunity to mitigate. He found that: there was no evidence that the 81 properties were actually available to the public for sale; there was no evidence that, had these properties been purchased, they could have been profitably developed, and the plaintiff's loss could have been avoided or reduced; and in any event, these properties were not comparable properties.

[51] The trial judge failed to consider the available and reasonable inferences of the Board's evidence that there were 81 parcels of raw land suitable for development and 49 properties subdivided into lots suitable for building sold during the time period in issue here. In cross-examination, the Board's expert witness admitted being unaware of the marketing strategies used to sell the 81 properties sold during the period in which the Board suggested that Southcott could mitigate (A.R., at p. 232-33). However, notwithstanding that answer, it is an obvious inference that if 81 properties suitable for development were offered for sale, and were in fact sold, then investment properties were available to developers for sale, particularly in the absence of evidence to the contrary.

propriétés foncières subdivisées en lots constructibles étaient en vente dans la région métropolitaine de Toronto et avaient effectivement été vendues au cours de la période comprise entre le 31 janvier 2005 et la date du début du procès (par. 136 de la décision du juge de première instance). L'expert du conseil scolaire avait retenu les paramètres suivants pour le choix des parcelles de substitution disponibles : des terrains vendus pour un prix variant entre 1 000 000 \$ et 27 000 000 \$ qui pourraient être mis en valeur dans un délai maximum d'un an et qui se trouvaient dans une zone résidentielle familiale à densité faible à moyenne. Ces paramètres avaient été retenus parce qu'ils correspondaient aux achats effectivement effectués par le groupe Ballantry.

[50] Le juge de première instance a néanmoins conclu que le conseil scolaire ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que Southcott ne s'était pas prévalu d'une possibilité raisonnable qui s'offrait à elle de mitiger ses pertes. Selon lui, la preuve ne démontrait pas que les 81 propriétés étaient effectivement offertes en vente au public, et que, si elle avait acheté ces propriétés, la demanderesse aurait pu les mettre en valeur de façon rentable, évitant ou diminuant ainsi ses pertes. Toujours selon le juge, de toute façon, ces propriétés n'étaient pas des propriétés comparables.

[51] Le juge de première instance n'a pas considéré les inférences raisonnables que lui présentait la preuve faite par le conseil scolaire suivant laquelle 81 parcelles de terrain en friche prêtes à être mises en valeur et 49 propriétés subdivisées en lots constructibles avaient été vendues au cours de la période en cause. En contre-interrogatoire, l'expert cité par le conseil scolaire a reconnu ne pas connaître les stratégies de mise en marché appliquées pour la vente des 81 immeubles vendus au cours de la période durant laquelle, selon le conseil scolaire, Southcott aurait pu mitiger ses pertes (d.a., p. 232-233). En dépit de cette réponse toutefois, on pouvait inférer tout naturellement que, si 81 terrains se prêtant à une mise en valeur avaient été offerts en vente et avaient effectivement été vendus, il existait donc des immeubles de placement qui étaient offerts en vente aux promoteurs immobiliers, en particulier en l'absence de preuve contraire.

[52] Further, the trial judge failed to consider whether the fact that all of the properties the Board's expert testified to were capable of being brought to development in a year could support an inference that their development was profitable. Reasonable inferences of profitability could be drawn based upon the size and price of property or the fact that land was purchased for development purposes by experienced developers. The trial judge did not turn his mind to this evidence.

[53] Finally, the trial judge also failed to consider that an adverse inference against Southcott could be drawn from the fact that it led no evidence about the profitability of the alternative development opportunities.

(2) The Purchases by Ballantry

[54] I agree with the Court of Appeal that the trial judge also erred in failing to consider whether the purchases by the Ballantry corporations provided evidence of other profitable properties available in mitigation. As noted above, the trial judge found (at para. 143) that the other properties purchased by other members of the Ballantry Group were "collateral" in the sense that the transactions would have occurred whether or not the defendant had breached its contract with Southcott and did not represent actual mitigation due to Southcott's distinct legal personality. This is not challenged.

[55] The trial judge did not go on to consider, however, whether these transactions established that those same properties were evidence of "available" comparable mitigation opportunities in the market. Because Southcott is a separate legal entity, purchases by other Ballantry corporations of other comparable property did not make those properties "unavailable" for mitigation. In effect, the trial judge ignored the separate legal personalities

[52] De plus, le juge de première instance n'a pas examiné si le fait que tous les immeubles étaient susceptibles, selon la déposition de l'expert cité par le conseil scolaire, d'être mis en valeur au cours de l'année pouvait permettre d'inférer que leur mise en valeur était rentable. Il était raisonnablement possible de déduire la rentabilité en se fondant sur la superficie et le prix des terrains, ou sur le fait que des promoteurs d'expérience ont acquis des terrains pour les mettre en valeur. Le juge de première instance ne s'est pas préoccupé de ces éléments de preuve.

[53] Enfin, le juge de première instance n'a pas tenu compte non plus de la possibilité de tirer une inférence défavorable à Southcott du fait que cette dernière n'a avancé aucun élément de preuve au sujet de la rentabilité des autres terrains susceptibles d'être mis en valeur.

(2) L'achat de terrains par Ballantry

[54] Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge de première instance a aussi commis une erreur en ne cherchant pas à savoir si l'achat de terrains par les sociétés du groupe Ballantry offrait la preuve de l'existence d'autres terrains pouvant servir à mitiger le préjudice. Tel qu'indiqué précédemment, le juge de première instance a conclu (au par. 143) que les autres immeubles acquis par d'autres sociétés du groupe Ballantry étaient [TRADUCTION] « accessoires » en ce sens que ces acquisitions auraient été faites indépendamment de la violation, par la défenderesse, de son contrat avec Southcott et ne constituaient pas une véritable mitigation du préjudice en raison de la personnalité juridique distincte de Southcott. Ce point n'est pas contesté.

[55] Le juge de première instance ne s'est toutefois pas demandé ensuite si ces opérations démontreraient que ces mêmes terrains permettraient d'établir que des occasions comparables pouvant servir à mitiger le préjudice « s'offraient » sur le marché. En raison de l'identité juridique distincte de Southcott, l'acquisition d'autres immeubles comparables par les autres sociétés du groupe Ballantry ne faisait pas en sorte que ces immeubles soient

of Southcott and the other corporations in the Ballantry Group by failing to consider those purchases as evidence of the existence of mitigation opportunities.

[56] The Ballantry Group companies purchased seven other development properties subsequent to the breach of the agreement, ranging in size from 2.3 acres to 110.8 acres and in price from \$3.3 million to \$27.1 million. In particular, two specific purchases were clearly comparable. Southcott had agreed to purchase 4.78 acres of land for \$3.44 million in August 2004. Ballantry corporations purchased 2.7 acres for \$3.3 million in August 2005 and 2.3 acres for \$6 million in December 2006.

[57] The defence raised by Southcott, which was accepted by the trial judge, was that the purchases by Ballantry Group of development lands in the GTA were purchases which would have been made in any event, regardless of whether Southcott purchased the Board's property. However, it is no answer to say that other companies in the same corporate group would have purchased the other available lands in any event. It was clear from the testimony of the president of Southcott and co-owner of Ballantry that the Ballantry Group was always purchasing promising development land and that the different companies were simply used as different vehicles to invest.

[58] It was a choice on the part of the principals of the Ballantry Group as to which corporate entity would be used for each purchase and they elected not to use Southcott. In addition, the trial judge found that "[t]he plaintiff[s] proposed development here was not complex, but rather a relatively straightforward plan for the development of 48 semi-detached residential units" (para. 132). In

« non disponibles » pour mitiger le préjudice. En fait, le juge de première instance a fait abstraction de la personnalité juridique distincte de Southcott et des autres sociétés du groupe Ballantry lorsqu'il n'a pas tenu compte de ces acquisitions comme preuve de l'existence de possibilités de mitiger le préjudice.

[56] Postérieurement à la violation du contrat, les sociétés du groupe Ballantry ont acheté sept autres propriétés susceptibles d'être mises en valeur. Ces propriétés avaient une superficie variant entre 2,3 acres et 110,8 acres et leur prix oscillait entre 3,3 millions de dollars et 27,1 millions de dollars. Parmi ces propriétés, deux en particulier étaient de toute évidence comparables. Southcott avait convenu d'acheter 4,78 acres de terrain pour 3,44 millions de dollars en août 2004. Les sociétés du groupe Ballantry ont acheté 2,7 acres pour 3,3 millions de dollars en août 2005 et 2,3 acres pour 6 millions de dollars en décembre 2006.

[57] Selon le moyen de défense invoqué par Southcott et accepté par le juge de première instance, les achats, par le groupe Ballantry, de terrains susceptibles d'être mis en valeur dans la région métropolitaine de Toronto étaient des achats qui auraient été faits de toute façon, peu importe que Southcott achète ou non le terrain du conseil scolaire. Toutefois, il ne sert à rien de dire que d'autres sociétés du même groupe d'entreprises auraient de toute façon acheté les autres terrains disponibles. Il ressort à l'évidence du témoignage du président de Southcott, qui est également copropriétaire de Ballantry, que le groupe Ballantry achetait toujours des terrains susceptibles d'être mis en valeur et qu'il se servait simplement de différentes sociétés pour diversifier les modes de placement.

[58] Les dirigeants du groupe Ballantry ont fait le choix de la personne morale qui serait utilisée pour chacun de ces achats et ils ont écarté Southcott. Le juge de première instance a par ailleurs fait observer que [TRADUCTION] « [l]e projet immobilier proposé par les demandeurs en l'espèce n'avait rien de complexe; il s'agissait d'un plan relativement simple prévoyant la construction

these circumstances, a straightforward development could have been carried out on a different property by Southcott, had it wanted to mitigate its loss. This corresponds to the modern reality recognized in *Semelhago* that “[r]esidential, business and industrial properties are all mass produced much in the same way as other consumer products” (para. 20).

[59] As the Court of Appeal concluded (at paras. 25-26), the Ballantry Group’s purchases of other properties was evidence that other suitable development lands *were* available and the decision not to purchase them in Southcott’s name was based on other considerations. I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in failing to consider these purchases as evidence of other available and comparable development properties.

V. Conclusion

[60] In conclusion, the trial judge erred in failing to consider relevant evidence and made a palpable and overriding error of fact in concluding that Southcott could not have reasonably avoided its loss.

[61] He failed to take into account in his analysis of the mitigation issue that Southcott had simply refused to take any mitigatory action. He failed to consider the evidence of Ballantry’s purchases as supporting the inference that alternative parcels were available and that their development was sufficiently profitable to meet Ballantry’s requirements. He conflated a lack of evidence regarding the marketing of parcels with a lack of evidence that any of the parcels had been available for sale. He failed to consider whether the fact that all of the properties the Board’s expert testified were development properties capable of being brought to development in a year could support an inference that their development was profitable. Finally, he failed to consider the fact that Southcott

de 48 habitations jumelées » (par. 132). Dans ces conditions, Southcott aurait pu réaliser un projet tout aussi simple sur un autre terrain, si elle avait voulu mitiger ses pertes, ce qui correspond à la réalité moderne reconnue dans l’arrêt *Semelhago*, en l’occurrence que « [t]outes les propriétés, qu’elles soient résidentielles, commerciales ou industrielles, sont maintenant produites en série de la même façon que les autres biens de consommation » (par. 20).

[59] Ainsi que la Cour d’appel l’a conclu (au par. 25-26), l’achat d’autres propriétés par le groupe Ballantry démontre que d’autres terrains convenables qui se prêtaient à une mise en valeur *étaient* disponibles et que la décision de ne pas les acheter au nom de Southcott était motivée par d’autres considérations. Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que le juge de première instance a commis une erreur en ne considérant pas l’achat de ces autres terrains comme une preuve qu’il existait d’autres terrains comparables qui pouvaient être mis en valeur.

V. Conclusion

[60] En conclusion, le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas compte des éléments de preuve pertinents, et il a commis une erreur de fait manifeste et dominante en concluant que Southcott n’aurait pas pu raisonnablement éviter sa perte.

[61] Dans son analyse de la question de la mitigation du préjudice, le juge de première instance n’a pas pris en compte le fait que Southcott avait tout simplement refusé de prendre des mesures pour mitiger sa perte. Il n’a pas tenu compte des acquisitions faites par le groupe Ballantry comme preuve permettant d’inférer que d’autres parcelles de terrain étaient disponibles et que leur mise en valeur était suffisamment rentable pour satisfaire aux exigences du groupe Ballantry. Il a confondu l’absence de preuve relative à la mise en marché des parcelles de terrain avec le manque de preuve qu’aucune des parcelles de terrain n’avait été disponible sur le marché. Il ne s’est pas demandé si le fait que toutes les propriétés qui, selon la déposition de l’expert cité par le conseil scolaire, constituaient des propriétés

did not lead evidence to challenge the Board's evidence regarding alternative development opportunities.

[62] In these circumstances, the Court of Appeal was entitled to look at the record and conclude that the trial judge's findings regarding mitigation were not available to him on the evidence. The evidence of the Ballantry purchases, in the context of Southcott's refusal to mitigate, established that there were opportunities to mitigate by purchasing other development land in the GTA. Failure to mitigate reduces damages. The Court of Appeal concluded that, based upon the investment properties purchased by Ballantry, and in the absence of evidence to the contrary, the Board discharged the burden of showing that other investment properties were available in the relevant time period to mitigate the losses and that the trial judge's finding that there were no comparable properties was not open to him on the evidence. I agree.

[63] I would dismiss the appeal with costs. In light of the result on the main appeal, I need not consider the cross-appeal. The cross-appeal should be dismissed without costs.

The following are the reasons delivered by

[64] THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — Damages for breach of contract may be reduced if the plaintiff unreasonably fails to mitigate its loss. To show that a plaintiff unreasonably failed to mitigate its loss, the defendant who is in breach of the contract must establish: (1) that an opportunity to mitigate the loss existed; and (2) that the plaintiff acted unreasonably in failing to take that opportunity.

susceptibles de mise en valeur au cours de l'année, pouvait permettre d'inférer que leur mise en valeur était rentable. Enfin, il n'a pas tenu compte du fait que Southcott n'a présenté aucun élément de preuve à l'encontre de la preuve présentée par le conseil scolaire relativement aux autres propriétés susceptibles d'être mises en valeur.

[62] Dans ces conditions, la Cour d'appel pouvait examiner le dossier et conclure que le juge de première instance ne pouvait pas, vu la preuve dont il disposait, tirer les conclusions auxquelles il en est arrivé au sujet de la mitigation du préjudice. Les éléments de preuve relatifs aux acquisitions de terrains par Ballantry démontraient, eu égard au refus de Southcott de prendre des mesures pour mitiger ses pertes, qu'il existait des possibilités de mitiger le préjudice en achetant d'autres terrains susceptibles d'être mis en valeur dans la région métropolitaine de Toronto. Le défaut de mitiger ses pertes entraîne une réduction du montant des dommages-intérêts. La Cour d'appel a conclu que, compte tenu de l'achat d'immeubles de placement par Ballantry, et en l'absence d'éléments de preuve contraires, le conseil scolaire s'était acquitté du fardeau de démontrer qu'il existait, au cours de la période en cause, d'autres immeubles de placement qui auraient pu servir à mitiger les pertes, de sorte que la preuve dont disposait le juge de première instance ne lui permettait pas de conclure qu'il n'y avait pas d'immeubles comparables. Je partage cet avis.

[63] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Compte tenu de l'issue du pourvoi principal, il n'est pas nécessaire que j'examine le pourvoi incident et je suis d'avis de le rejeter sans dépens.

Version française des motifs rendus par

[64] LA JUGE EN CHEF (dissidente) — Les dommages-intérêts pour rupture de contrat peuvent être réduits lorsque le demandeur omet, sans justification, de mitiger sa perte. Pour démontrer que le défaut du demandeur de mitiger sa perte n'était pas justifié, le défendeur qui n'a pas respecté le contrat doit établir (1) l'existence d'une possibilité de mitiger la perte, et (2) que le défaut du demandeur de se prévaloir de cette possibilité n'était pas justifié.

[65] The trial judge found as a fact that the defendant had not proved that Southcott had an opportunity to mitigate. This finding, in my view, was grounded in the evidence. This is sufficient to dispose of the appeal. However, if such opportunity were found to exist, I see no basis on which to conclude that Southcott acted unreasonably in maintaining its suit for specific performance instead of mitigating its loss. It follows, in my view, that the judgment of the Court of Appeal should be set aside, and the trial judge's conclusion that the plaintiff established breach of contract and damages should be restored.

I. Background

[66] The Toronto Catholic District School Board contracted with Southcott Estates Inc. for the sale of 4.78 acres of surplus land for \$3.44 million. The closing date was August 31, 2004. Southcott was a wholly owned subsidiary of Ballantry Homes Inc., which was in the business of buying property and developing it for residential purposes. Southcott was a single-purpose company created expressly and only for the purpose of buying this parcel of land and developing it with single-family homes. Southcott had no assets except for the deposit it paid on the land.

[67] The land was part of a larger parcel on which school buildings were located so the agreement was conditional upon the Board obtaining a severance from the Committee of Adjustments on or before the closing date. The agreement was signed on June 14, 2004, but only became firm on August 23, 2004. The Board, realizing it might not be able to get severance of the property by the closing date of August 31, 2004, asked Southcott to extend the closing date to a fixed date after severance. Southcott was willing to extend the August 31 closing date, but insisted on a firm final date of January 31, 2005.

[65] Le juge de première instance a conclu que le défendeur n'avait pas prouvé que Southcott avait eu une possibilité de mitiger sa perte. Selon moi, cette conclusion était appuyée par la preuve. Cela suffit pour trancher l'appel. Cependant, s'il fallait conclure à l'existence d'une telle possibilité, je ne vois rien qui permette de conclure que Southcott n'était pas justifiée de maintenir sa demande en justice pour exécution intégrale au lieu de mitiger sa perte. Il s'ensuit à mon avis que le jugement de la Cour d'appel devrait être annulé et qu'il y aurait lieu de rétablir la conclusion du juge de première instance selon laquelle la demanderesse a prouvé la rupture du contrat et les dommages.

I. Contexte

[66] Le Toronto Catholic District School Board (le « conseil scolaire ») a conclu avec Southcott Estates Inc. un contrat pour la vente d'un terrain de 4,78 acres, dont il n'avait pas besoin, au prix de 3,44 millions de dollars. La date de clôture était le 31 août 2004. Southcott est une filiale à cent pour cent de Ballantry Homes Inc., dont les activités consistent à acquérir des propriétés et y ériger des immeubles résidentiels. Southcott est une société à but unique créée expressément dans le seul but d'acquérir cette parcelle de terrain et de la mettre en valeur en y construisant des résidences unifamiliales. Southcott n'a aucun actif à l'exception de la somme d'argent versée en dépôt pour l'acquisition du terrain.

[67] Le terrain faisant partie d'une plus grande parcelle sur laquelle se trouvent les immeubles d'une école, le contrat était conditionnel à ce que le conseil scolaire obtienne du comité des dérogations une disjonction au plus tard à la date de clôture. Le contrat a été signé le 14 juin 2004, mais il n'est devenu définitif que le 23 août 2004. Constatant qu'il risquait de ne pas obtenir la disjonction à la date de clôture prévue pour le 31 août 2004, le conseil scolaire a demandé à Southcott de proroger la date de clôture à une date fixe postérieure à la disjonction. Southcott a accepté de proroger la date de clôture du 31 août, mais elle a insisté pour que la date définitive soit fixée au 31 janvier 2005.

[68] The Board's application for severance was heard on December 16, 2004. It was deferred because the Board had failed to include a development plan in its application. This made it impossible for the Board to comply with the January 31, 2005 closing date. Southcott requested the Board to extend the closing date. The Board refused this request, declared the transaction to be at an end, and returned Southcott's deposit.

[69] Southcott took the position that the Board had breached its obligation to use its best efforts to obtain the severance and brought an action for specific performance or, in the alternative, damages.

[70] The trial judge held that the plaintiff was not entitled to an order for specific performance because the property was not sufficiently unique to satisfy the requirements of that remedy. However, he awarded damages in the amount of \$1,935,500, representing the loss of a 60 percent chance to make profits in the amount of \$3,225,827. He rejected the Board's argument that Southcott had failed to act reasonably to mitigate its loss, holding that the Board had not established as a matter of fact that mitigation opportunities were available.

[71] The Court of Appeal reversed the trial judge's decision and set aside the award for damages, essentially holding that the evidence, properly viewed, established an unreasonable failure to mitigate.

II. The Requirements of Mitigation

[72] The doctrine of mitigation holds that a plaintiff cannot recover damages for loss that could have been reasonably avoided: *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633, at p. 660; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, [1912] A.C. 673 (H.L.), at p. 689;

[68] La demande de disjonction du conseil scolaire a été examinée le 16 décembre 2004. La décision a été retardée parce que le conseil scolaire n'avait pas joint à sa demande un plan de mise en valeur. De ce fait, le conseil scolaire n'a pu respecter la date de clôture du 31 janvier 2005. Southcott a demandé au conseil scolaire de proroger la date de clôture. Le conseil scolaire a refusé, a déclaré l'opération caduque et a remboursé à Southcott la somme versée en dépôt.

[69] Southcott a fait valoir que le conseil scolaire avait manqué à son obligation de tout mettre en œuvre pour obtenir la disjonction et a introduit une action visant à obtenir l'exécution intégrale du contrat ou, à titre subsidiaire, des dommages-intérêts.

[70] Le juge de première instance a conclu que la demanderesse n'avait pas droit à l'exécution intégrale parce que l'immeuble n'avait pas le caractère unique qui lui aurait permis de répondre aux exigences nécessaires à l'obtention de cette réparation. Il a toutefois accordé la somme de 1 935 500 \$ à titre de dommages-intérêts, ce qui correspondait à une perte de chance de 60 p. 100 de réaliser un profit de 3 225 827 \$. Il a rejeté l'argument du conseil scolaire selon lequel Southcott a omis sans justification de mitiger sa perte et a conclu que le conseil scolaire n'avait pas établi au regard des faits l'existence de possibilités de mitiger la perte.

[71] La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et annulé la condamnation aux dommages-intérêts; elle a essentiellement conclu que la preuve, appréciée comme il se doit, avait établi une omission injustifiée de mitiger le préjudice.

II. Les exigences en matière de la mitigation du préjudice

[72] Selon le principe de la mitigation du préjudice, un demandeur ne peut obtenir des dommages-intérêts pour des pertes qui auraient raisonnablement pu être évitées : *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633, p. 660; *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. c. Underground Electric Railways Company*

Dunkirk Colliery Co. v. Lever (1878), 9 Ch. D. 20 (C.A.), at p. 25. A plaintiff is not contractually obliged to mitigate, and in this sense the term “duty to mitigate” is misleading. However, if the plaintiff unreasonably fails to mitigate, its damages for breach of contract may be reduced: *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146, at pp. 166-67; *Darbishire v. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), at p. 1075.

[73] The defendant, having breached the contract, bears the onus of proving that the plaintiff unreasonably failed to mitigate its loss: *Red Deer College v. Michaels*, [1976] 2 S.C.R. 324, at pp. 330-31; *Roper v. Johnson* (1873), L.R. 8 C.P. 167. This entails establishing, on a balance of probabilities: (1) that opportunities to mitigate the loss were available to the plaintiff; and (2) that the plaintiff unreasonably failed to pursue these opportunities.

[74] Failure to mitigate may not be unreasonable for a variety of reasons. One such reason may be a “fair, real, and substantial justification” for claiming specific performance: *Asamera*, at pp. 667-68. Another may be lack of financial resources: *McGregor on Damages* (18th ed. 2009), at para. 7-088. The rules for mitigation “do not require the injured party to do what he cannot afford to do when he is seeking to reduce the damages payable by the wrongdoer”: *Lagden v. O’Connor*, [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277, at para. 51 (*per* Lord Hope); see also *General Securities Ltd. v. Don Ingram Ltd.*, [1940] S.C.R. 670.

[75] Unreasonable failure to mitigate loss reduces damages to the extent that mitigation would have avoided the loss: see *Andros Springs v. World Beauty*, [1970] P. 144 (C.A.), at p. 154 (*per* Lord Denning). If a mitigation opportunity would only partially avoid the plaintiff’s loss, then only a partial reduction in damages can be justified.

of London, Ltd., [1912] A.C. 673 (H.L.), p. 689; *Dunkirk Colliery Co. c. Lever* (1878), 9 Ch. D. 20 (C.A.), p. 25. Un demandeur n’a pas d’obligation contractuelle de mitiger le préjudice, et en ce sens, l’expression « obligation de limiter le préjudice » est trompeuse. Cependant, lorsque le demandeur omet sans justification de mitiger sa perte, les dommages-intérêts pour rupture de contrat peuvent être réduits : *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146, p. 166-167; *Darbishire c. Warran*, [1963] 1 W.L.R. 1067 (C.A.), p. 1075.

[73] Il incombe au défendeur, qui n’a pas respecté le contrat, de prouver que le défaut du demandeur de mitiger sa perte n’était pas justifié : *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, p. 330-331; *Roper c. Johnson* (1873), L.R. 8 C.P. 167. Cela signifie qu’il doit établir, suivant la prépondérance des probabilités, (1) que le demandeur avait eu des possibilités de mitiger sa perte et (2) que son défaut de se prévaloir de ces possibilités n’était pas justifié.

[74] Diverses raisons peuvent faire en sorte que l’omission de mitiger le préjudice sera justifiée. L’existence de « motifs équitables, réels et importants » de demander l’exécution intégrale peut constituer l’une de ces raisons : *Asamera*, p. 667-668. Le manque de ressources financières peut constituer une autre raison : *McGregor on Damages* (18^e éd. 2009), par. 7-088. Les règles relatives à la mitigation du préjudice [TRADUCTION] « n’exigent pas de la personne lésée qu’elle fasse ce qu’elle n’a pas les moyens de faire lorsqu’elle cherche à diminuer le montant des dommages-intérêts que doit payer l’auteur du préjudice » : *Lagden c. O’Connor*, [2003] UKHL 64, [2004] 1 All E.R. 277, par. 51 (lord Hope); voir également *General Securities Ltd. c. Don Ingram Ltd.*, [1940] R.C.S. 670.

[75] L’omission injustifiée de mitiger la perte diminue le montant des dommages-intérêts dans la mesure où la mitigation aurait permis d’éviter la perte : voir *Andros Springs c. World Beauty*, [1970] P. 144 (C.A.), p. 154 (lord Denning). Si une possibilité de mitiger le préjudice permettrait seulement d’éviter en partie la perte, une diminution partielle seulement des dommages-intérêts peut être justifiée.

III. Opportunity to Mitigate

[76] The trial judge found that the Board had not discharged its onus of proving that Southcott unreasonably failed to mitigate its loss because it did not establish that the opportunity to mitigate existed. This finding must stand unless it constitutes palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 10.

[77] The Board sought to prove that mitigation opportunities existed in two ways — through the testimony of an expert witness and with evidence of purchases made by other Ballantry companies.

A. *The Evidence of the Expert Witness*

[78] The trial judge found that the Board's expert witness's evidence did not establish opportunity to mitigate the loss.

[79] The Board's expert presented evidence of 81 parcels of raw land and 49 subdivided properties that were purchased in the Greater Toronto Area ("GTA") between January 31, 2005 and the time of trial. The trial judge found a number of shortcomings in this evidence.

[80] First, there was no evidence that the alleged properties the expert referred to were actually available to Southcott; the Board's expert witness admitted to being entirely unaware of whether substitute property was available to the public for sale during the period in which the Board suggested that Southcott could mitigate (A.R., at p. 233).

[81] Second, the evidence did not establish that these properties were comparable to Southcott's target property ((2009), 78 R.P.R. (4th) 285, at para. 144). Little was known about the properties identified by the Board's expert witness beyond their size, cost, and nearest major intersection. Most were outside the City of Toronto. The properties vary widely in both size and price, including parcels as

III. Possibilité de mitiger le préjudice

[76] Le juge de première instance a conclu que le conseil scolaire ne s'était pas acquitté de son fardeau de prouver que le défaut de Southcott de mitiger sa perte n'était pas justifié parce que le conseil scolaire n'avait pas établi l'existence d'une possibilité de la mitiger. Cette conclusion ne peut être écartée que si elle est entachée d'une erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10.

[77] Le conseil scolaire a eu recours à deux moyens pour tenter de prouver l'existence de possibilités de mitiger la perte — par le témoignage d'un expert et par la preuve des acquisitions faites par d'autres sociétés du groupe Ballantry.

A. *La déposition de l'expert*

[78] Le juge de première instance a conclu que la déposition de l'expert cité par le conseil scolaire n'avait pas établi une possibilité de mitiger la perte.

[79] L'expert cité par le conseil scolaire a affirmé que 81 parcelles de terres en friche et 49 propriétés foncières subdivisées avaient été achetées dans la région métropolitaine de Toronto entre le 31 janvier 2005 et la date du début du procès. Le juge de première instance a relevé dans cette preuve un certain nombre de lacunes.

[80] Premièrement, il n'y avait pas de preuve que Southcott pouvait effectivement acquérir les propriétés en question dont l'expert faisait état; ce dernier a admis qu'il ne savait pas du tout si ces propriétés avaient été offertes en vente au public pendant la période durant laquelle, selon le conseil scolaire, Southcott aurait pu mitiger son préjudice (d.a., p. 233).

[81] Deuxièmement, la preuve n'établissait pas que ces propriétés étaient comparables au terrain que Southcott souhaitait acquérir ((2009), 78 R.P.R. (4th) 285, par. 144). On savait peu de choses au sujet des terrains indiqués par l'expert cité par le conseil scolaire, si ce n'est leur superficie, leur coût et le grand carrefour le plus rapproché. La plupart se trouvaient à l'extérieur de la ville de Toronto. La

large as 123.988 acres, as small as 0.251 acres, and costing as much as \$23.77 million. The trial judge concluded that the comparability of these properties to Southcott's 4.78 acre target property had not been established.

[82] Third, the trial judge found that the evidence did not establish that alternate properties could have been profitably developed (para. 144). Only a profitable development would mitigate Southcott's loss; an unprofitable one would aggravate it. A plaintiff is not required to take foolish steps that would not reduce its loss. The Board's expert presented no evidence on the potential profitability of the properties he referred to.

[83] The Court of Appeal criticized the trial judge's finding that the evidence did not establish profitability, on the ground that he raised the burden of proof on the Board to an unrealistic level (2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, at para. 25). With respect, the burden was clear — the Board had to establish that alternate properties could have been profitably developed on a balance of probabilities. There is no indication that the trial judge failed to appreciate this basic principle. See *World Beauty*, at p. 154.

[84] The trial judge found that the Board's expert witness failed to establish that Southcott had opportunities to mitigate its loss. This finding finds support in the evidence and is not vitiated by legal error. It follows that it cannot be set aside: *Housen*.

B. *The Evidence of Purchases by Other Ballantry Companies*

[85] The second way the Board sought to discharge its onus of showing opportunity to mitigate was by evidence that other Ballantry companies had made purchases of development land in the GTA at the relevant time. The Board argued that

superficie et le prix de ces terrains varient considérablement; les parcelles peuvent avoir de 0,251 à 123,988 acres et le prix peut atteindre 23,77 millions de dollars. Le juge de première instance a conclu que la comparabilité de ces propriétés par rapport au terrain de 4,78 acres que Southcott souhaitait acquérir n'avait pas été établie.

[82] Troisièmement, le juge de première instance a conclu que la preuve n'avait pas établi que les propriétés indiquées par l'expert auraient pu être mises en valeur de façon rentable (par. 144). Seule une mise en valeur rentable pouvait mitiger la perte de Southcott; une mise en valeur non rentable l'aurait accrue. Un demandeur n'est pas tenu de prendre des mesures futiles qui ne réduiraient pas sa perte. L'expert cité par le conseil scolaire n'a présenté aucune preuve de la rentabilité éventuelle des propriétés qu'il a mentionnées.

[83] La Cour d'appel a critiqué la conclusion du juge de première instance suivant laquelle la preuve n'avait pas établi la rentabilité, parce que le juge avait imposé au conseil scolaire un fardeau de preuve excessif (2010 ONCA 310, 104 O.R. (3d) 784, par. 25). Avec égards, le fardeau de preuve était clair — le conseil scolaire devait établir suivant la prépondérance des probabilités qu'il était possible pour Southcott d'effectuer une mise en valeur rentable d'une autre propriété. Rien n'indique que le juge de première instance n'a pas apprécié ce principe fondamental. Voir *World Beauty*, p. 154.

[84] Le juge de première instance a conclu que l'expert cité par le conseil scolaire n'avait pas établi que Southcott avait eu des possibilités de mitiger sa perte. Cette conclusion est appuyée par la preuve et n'est entachée d'aucune erreur de droit. Elle ne doit donc pas être écartée : *Housen*.

B. *La preuve des acquisitions faites par les autres sociétés du groupe Ballantry*

[85] En tant que deuxième moyen pour s'acquitter de son fardeau d'établir la possibilité de mitiger la perte, le conseil scolaire a mis en preuve des acquisitions, par d'autres sociétés du groupe Ballantry, de terrains destinés à être mis en valeur

these other Ballantry purchases had in fact mitigated the loss caused by the Board's breach.

[86] The trial judge accepted the Board's invitation to consider the matter from the perspective of the Ballantry Group as a whole, effectively piercing the corporate veil. He concluded that Ballantry's subsequent purchases were collateral, independent transactions that could not have avoided the loss arising from the Board's breach of contract (para. 143): see *Apeco of Canada, Ltd. v. Windmill Place*, [1978] 2 S.C.R. 385, at p. 389. Leaving aside the question of whether piercing the corporate veil in these circumstances was appropriate, the trial judge's analysis was not in error. The trial judge's reasoning was that the Ballantry Group, with extensive access to credit, was limited only by the number of properties it could find. The more good properties it could find, the more money it stood to make. In this sense, other purchases by the Ballantry Group were collateral rather than substitutions for the Board's property.

[87] The trial judge, having dealt with the purchases of other Ballantry companies in this way, did not make a finding on whether these properties offered mitigation opportunities for Southcott, as an independent legal entity. The evidence, however, does not support such a finding, in my view. First, there was no evidence that the properties purchased by other Ballantry companies were available to Southcott. At best, Southcott would have been competing with its sister companies for these properties. Whether it would have succeeded in acquiring a comparable property was a matter of speculation.

[88] Second, the evidence did not establish that other Ballantry Group purchases were comparable to Southcott's target property. Under its contract

dans la région métropolitaine de Toronto à l'époque en cause. Le conseil scolaire a plaidé que ces autres acquisitions du groupe Ballantry avaient en fait mitigé la perte causée par l'inexécution du contrat par le conseil scolaire.

[86] Le juge de première instance a accepté, à la demande du conseil scolaire, d'examiner l'affaire du point de vue du groupe Ballantry dans son ensemble, levant ainsi le voile corporatif. Il a conclu que les acquisitions subséquentes du groupe Ballantry constituaient des opérations accessoires et distinctes qui n'auraient pas permis d'éviter la perte découlant de l'inexécution du contrat par le conseil scolaire (par. 143) : voir *Apeco of Canada, Ltd. c. Windmill Place*, [1978] 2 R.C.S. 385, p. 389. Abstraction faite de la question de l'opportunité de lever le voile corporatif dans ces circonstances, l'analyse du juge de première instance n'était pas erronée. Il a considéré que le groupe Ballantry, jouissant d'un important accès au crédit, n'avait d'autre limite que le nombre de propriétés qu'il pouvait trouver. Plus le groupe Ballantry pouvait trouver de bonnes propriétés, plus il pouvait réaliser des profits. En ce sens, les autres propriétés acquises par le groupe Ballantry demeuraient accessoires et ne pouvaient être substituées à la propriété du conseil scolaire.

[87] Après avoir disposé ainsi de la question des acquisitions des autres sociétés du groupe Ballantry, le juge de première instance ne s'est pas prononcé sur la question de savoir si ces propriétés offraient à Southcott, en tant qu'entité juridique distincte, des possibilités de mitiger sa perte. Toutefois, la preuve ne permet pas, selon moi, de conclure en ce sens. Premièrement, aucun élément de preuve n'indiquait que Southcott aurait pu acquérir les propriétés acquises par les autres sociétés du groupe Ballantry. Au mieux, Southcott aurait fait concurrence à des sociétés sœurs pour l'achat de ces propriétés. La question de savoir si elle aurait réussi à acheter une propriété comparable relève de la conjecture.

[88] Deuxièmement, la preuve n'a pas établi que les autres propriétés achetées par le groupe Ballantry étaient comparables à celle que Southcott

with the Board, Southcott was purchasing a 4.78 acre parcel located in a desirable residential neighbourhood of the City of Toronto suited to the development of 48 semi-detached residential units (para. 132). There was no evidence that any of the other Ballantry purchases were comparable. It is not enough to show that some development land may have been available to companies which may have had different development strategies. Ballantry had wide ranging interests in residential real estate development throughout the GTA. Southcott had a narrower, specific development objective. To show opportunity to mitigate, the Board had to prove that a property comparable to the one that Southcott sought to purchase was available.

[89] I respectfully cannot agree that two of the subsequent Ballantry purchases were clearly comparable to Southcott's target property (Karakatsanis J., at para. 56). The first (a parcel of 2.7 acres for \$3.3 million) was 43 percent smaller than Southcott's target property, cost 70 percent more per acre, and was purchased for the development of a retirement home. The second (a parcel of 2.3 acres for \$6 million) was 51 percent smaller than Southcott's target property, cost 260 percent more per acre, and was purchased for development of a high rise building. On the record, these properties were not comparable to the property that Southcott sought to acquire: a 4.78 acre parcel suited to the development of 48 semi-detached residential units. The remaining Ballantry purchases were even less comparable to Southcott's target property. The Board had the burden of establishing the comparability of these properties. It failed to do so.

[90] I see no error in the trial judge's conclusion that the evidence as to other Ballantry properties did not establish opportunities to mitigate the loss suffered as a result of the Board's breach of contract.

voulait acquérir. Aux termes de son contrat avec le conseil scolaire, Southcott achetait, dans un quartier résidentiel recherché de la ville de Toronto, une parcelle de terre de 4,78 acres qui se prêtait à la construction de 48 habitations jumelées (par. 132). Aucune preuve n'indiquait qu'un des autres terrains acquis par le groupe Ballantry était comparable. Il ne suffit pas de démontrer que des sociétés préconisant des stratégies de mise en valeur différentes auraient pu acquérir un terrain se prêtant à la mise en valeur. Les intérêts de Ballantry en matière de projets immobiliers résidentiels dans la région métropolitaine de Toronto étaient très variés. Le projet de mise en valeur envisagé par Southcott était plus restreint et plus précis. Pour démontrer une possibilité de mitiger le préjudice, le conseil scolaire devait prouver qu'il se trouvait sur le marché une propriété comparable à celle que Southcott avait tenté d'acquérir.

[89] Avec égards, je ne partage pas l'opinion de la juge Karakatsanis (au par. 56) suivant laquelle deux des propriétés acquises subséquentement par le groupe Ballantry étaient de toute évidence comparables à celle que Southcott souhaitait acheter. La première (une parcelle de 2,7 acres payée 3,3 millions de dollars) était 43 p. 100 plus petite, coûtait 70 p. 100 plus cher l'acre et a été achetée pour y construire une maison de retraite. La seconde (une parcelle de 2,3 acres payée 6 millions de dollars) était 51 p. 100 plus petite que le terrain recherché par Southcott, coûtait 260 p. 100 plus cher l'acre et a été achetée pour y construire un immeuble de grande hauteur. Selon le dossier, ces propriétés n'étaient pas comparables à celle que Southcott voulait acquérir : une parcelle de 4,78 acres qui se prêtait à la construction de 48 habitations jumelées. Les autres propriétés acquises par le groupe Ballantry étaient encore moins comparables à celle que Southcott voulait acheter. Le conseil scolaire avait le fardeau d'établir la comparabilité de ces propriétés. Il ne l'a pas fait.

[90] Selon moi, le juge de première instance a eu raison de conclure que la preuve relative aux autres propriétés acquises par le groupe Ballantry n'a pas établi des possibilités de mitiger la perte attribuable à l'inexécution du contrat par le conseil scolaire.

IV. Did Southcott Act Reasonably?

[91] The trial judge’s finding that the Board failed to establish that Southcott had opportunities to mitigate its loss is sufficient to dispose of the appeal. However, I offer the following comments on whether the Board established, as it was also required to do, that failure to take advantage of any proven opportunities for mitigation was unreasonable.

[92] In my view, it is difficult to conclude that Southcott acted unreasonably. The first reason is that it had a “fair, real, and substantial justification” for claiming specific performance of the contract: *Asamera*, at pp. 667-68. In such circumstances, a plaintiff is not required to mitigate. As explained in *Asamera*, this is simply an application of the rule of mitigation requiring the plaintiff to act reasonably in the circumstances:

Where those circumstances reveal a substantial and legitimate interest in seeking performance as opposed to damages, then a plaintiff will be able to justify his inaction and on failing in his plea for specific performance might then recover losses which in other circumstances might be classified as avoidable and thus unrecoverable [pp. 668-69]

[93] The act of filing a claim for specific performance is inconsistent with the act of acquiring a substitute property. A plaintiff, acting reasonably, cannot pursue specific performance and mitigate its loss at the same time. It makes no sense for a reasonable plaintiff seeking specific performance to effectively concede defeat and buy a substitute property. The plaintiff could end up with two properties — one it wanted and one it did not. Furthermore, an action for specific performance is often motivated by the unavailability of substitutes in the marketplace. A plaintiff’s reasonable claim that substitutes are unavailable is inconsistent with the ability to acquire a substitute in the marketplace (E. Yorio, “A Defense

IV. Southcott a-t-elle agi raisonnablement?

[91] La conclusion du juge de première instance selon laquelle le conseil scolaire n’a pas établi que Southcott avait eu des possibilités de mitiger sa perte suffit pour disposer du pourvoi. J’ajoute toutefois les observations qui suivent quant à savoir si le conseil scolaire a établi, comme il devait également le faire, qu’il aurait été injustifié pour Southcott de ne pas se prévaloir de possibilités prouvées de mitiger le préjudice.

[92] À mon avis, il est difficile de conclure que Southcott a agi de manière injustifiée. Tout d’abord parce qu’elle avait des « motifs équitables, réels et importants » de réclamer l’exécution intégrale du contrat : *Asamera*, p. 667-668. Dans de telles circonstances, un demandeur n’a aucune obligation de mitiger sa perte. Ainsi que l’explique la Cour dans *Asamera*, il s’agit simplement de l’application de la règle en matière de mitigation du préjudice selon laquelle le demandeur doit agir raisonnablement dans les circonstances :

Le seul cas où un demandeur peut justifier son inaction est celui où l’action en exécution intégrale, par opposition à une action en dommages-intérêts, est fondée sur un intérêt important et légitime; dans ce cas, s’il n’obtient pas l’exécution intégrale, il peut obtenir des dommages-intérêts pour des pertes qui, en d’autres circonstances, auraient pu être évitées et pour lesquelles il n’aurait donc pas pu se faire indemniser. [p. 668-669]

[93] Le dépôt d’une demande d’exécution intégrale n’est pas compatible avec l’acquisition d’un bien de substitution. Le demandeur qui agit raisonnablement ne peut réclamer l’exécution intégrale du contrat et en même temps mitiger son préjudice. Il est illogique pour le demandeur raisonnable qui cherche à obtenir l’exécution intégrale d’un contrat de concéder la victoire à la partie adverse et d’acquiescer un bien de substitution. Il risquerait de se retrouver avec deux propriétés — celle qu’il voulait obtenir et une autre dont il ne voulait pas. En outre, l’action en exécution intégrale est souvent motivée par l’absence de biens de substitution sur le marché. Il est incohérent que le demandeur qui allègue de manière justifiée l’absence de biens de substitution

of Equitable Defenses” (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201).

[94] In the end, the trial judge dismissed the claim for specific performance. However, that does not mean that Southcott acted unreasonably in pursuing the claim. Whether a plaintiff had a “fair, real, and substantial justification” for maintaining a specific performance claim is a different question from whether specific performance should be granted at the conclusion of the trial when all the evidence is in and appraised by the trial judge. Plaintiffs can never be certain that an action for specific performance will succeed, particularly as this is an equitable, discretionary remedy. Demanding that losses be mitigated unless success in obtaining specific performance is assured would deter valid claims for specific performance and hold plaintiffs to an impossible standard.

[95] The trial judge, while ultimately rejecting Southcott’s claim for specific performance, did not find that Southcott acted unreasonably in pursuing that remedy. Nor does there appear to be a basis for such a finding. It can be fairly argued that Southcott did not act unreasonably in pursuing specific performance of the contract. The property was uniquely suited to Southcott’s needs for single-family residential development within the City of Toronto. Though the common law presumption of the uniqueness of real property no longer holds, a claim for specific performance may still be reasonable if a property has unique characteristics such that a substitute property is not readily available: *Semelhago v. Paramadevan*, [1996] 2 S.C.R. 415, at para. 22. Southcott’s contention that there was no comparable substitute property found support in the evidence.

[96] Another reason for failing to acquire and develop a substitute property, assuming such a

sur le marché ait la possibilité d’acquérir ces mêmes biens (E. Yorio, « A Defense of Equitable Defenses » (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 1201).

[94] En définitive, le juge de première instance a rejeté la demande d’exécution intégrale. Cela ne signifie pas cependant que Southcott a agi de façon déraisonnable en présentant cette demande. La question de savoir si le demandeur avait des « motifs équitables, réels et importants » qui le justifiaient de donner suite à son action en exécution intégrale se distingue de celle de savoir s’il y a lieu d’ordonner l’exécution intégrale à l’issue du procès, une fois que toute la preuve est versée au dossier et appréciée par le juge de première instance. Les demandeurs ne peuvent jamais avoir la certitude que leur action en exécution intégrale sera accueillie, d’autant plus qu’il s’agit d’une réparation en equity qui est discrétionnaire. Exiger des demandeurs qu’ils mitigent leurs pertes s’ils ne sont pas assurés d’obtenir une ordonnance d’exécution intégrale les dissuaderait de présenter des demandes valides d’exécution intégrale et leur imposerait une norme impossible à satisfaire.

[95] Tout en rejetant finalement l’action de Southcott en exécution intégrale, le juge de première instance n’a pas conclu que Southcott avait agi de manière déraisonnable en exerçant ce recours. Rien ne semble appuyer une telle conclusion. On pourrait à juste titre prétendre que Southcott était justifiée de réclamer l’exécution intégrale du contrat. La propriété se prêtait particulièrement bien aux besoins de Southcott pour la construction d’un complexe résidentiel unifamilial dans la ville de Toronto. Même si la présomption de la common law en faveur du caractère unique des biens immeubles n’a plus sa place, une action en exécution intégrale peut quand même être justifiée si un bien possède des caractéristiques uniques faisant en sorte qu’il ne serait pas facile de le remplacer par un autre bien : *Semelhago c. Paramadevan*, [1996] 2 R.C.S. 415, par. 22. La preuve appuyait la prétention de Southcott selon laquelle aucun terrain de substitution comparable n’était disponible.

[96] Le manque de ressources financières constitue une autre raison pour laquelle Southcott n’a pas

property had been available, is that Southcott lacked financial resources. Southcott did not have the financial capacity to go into the market and purchase a substitute property. It was a single-purpose company with no assets other than the \$344,000 advanced to it by Ballantry for the deposit on the target property (trial judgment, at para. 137). Whether it could have obtained financing to buy a different property is at the very least speculative.

[97] In summary, I see no basis for concluding that Southcott acted unreasonably in failing to mitigate its loss, assuming that opportunities to do so were available.

V. Conclusion

[98] I see no basis upon which to set aside the trial judge's conclusion that the defendant did not prove that the plaintiff unreasonably failed to mitigate its loss. His conclusions find support in the evidence and the law.

[99] I would allow the appeal and restore the judgment of the trial judge.

Appeal dismissed with costs. Cross-appeal dismissed without costs, McLACHLIN C.J. dissenting.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Davis Moldaver, Toronto.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Miller Thomson, Toronto.

acquis et mis en valeur une propriété de substitution, en supposant qu'une telle propriété ait été disponible. Southcott n'avait pas la capacité financière d'acheter sur le marché un terrain de substitution. Cette société à but unique avait pour seuls actifs les 344 000 \$ avancés par le groupe Ballantry pour verser le dépôt en vue de l'achat du terrain du conseil scolaire (jugement de première instance, par. 137). La question de savoir si elle aurait pu obtenir le financement pour l'achat d'un terrain différent reste à tout le moins conjecturale.

[97] En résumé, je ne vois aucune raison de conclure que Southcott a agi de façon injustifiée en faisant défaut de mitiger sa perte, en supposant qu'elle ait eu des possibilités de le faire.

V. Conclusion

[98] Je ne vois rien qui m'autorise à écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle le défendeur n'a pas prouvé que le défaut de la demanderesse de mitiger sa perte était injustifié. La preuve et la jurisprudence étayaient ses conclusions.

[99] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement du juge de première instance.

Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté sans dépens, la juge en chef McLACHLIN est dissidente.

Procureurs de l'appelante/intimée au pourvoi incident : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Davis Moldaver, Toronto.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Miller Thomson, Toronto.