

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

89-25-CA

DAVID JAMES LOCKHART AND CATHY
LYNN LOCKHART

APPELLANTS

- and -

CURTIS KARL GLIDDEN AND TRACY
CAROL GLIDDEN

RESPONDENTS

Lockhart v. Glidden, 2026 NBCA 66

CORAM:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice LaVigne
The Honourable Justice Robichaud

Appeal from a decision of the Court of King's
Bench:
August 26, 2025

History of Case:

Decision under appeal:
2025 NBKB 196

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
January 20, 2026

Judgment rendered:
June 11, 2026

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robichaud

Concurred in by:
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice LaVigne

Counsel at hearing:

DAVID JAMES LOCKHART ET CATHY LYNN
LOCKHART

APPELANTS

- et -

CURTIS KARL GLIDDEN ET TRACY CAROL
GLIDDEN

INTIMÉS

Lockhart c. Glidden, 2026 NBCA 66

CORAM :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LaVigne
l'honorable juge Robichaud

Appel d'une décision de la Cour du Banc du Roi :
le 26 août 2025

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2025 NBBR 196

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appel entendu :
le 20 janvier 2026

Jugement rendu :
le 11 juin 2026

Motifs de jugement :
l'honorable juge Robichaud

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge LaVigne

Avocats à l'audience :

For the appellants:
Jonathan M. O’Kane and Kate Irish

Pour les appelants :
Jonathan M. O’Kane et Kate Irish

For the respondent:
Enrico A. Scichilone

Pour les intimés :
Enrico A. Scichilone

THE COURT

The appeal is allowed. The judgment issued by the court below is set aside. The appellants are entitled to a judgment for the entire deposit filed with the court, along with any interest that may have accrued in that account. The appellants are also entitled to costs of \$3,000.

LA COUR

L’appel est accueilli. Le jugement de première instance est annulé. Les appelants ont droit à un jugement leur accordant l’entièreté du dépôt consigné à la cour, de même que les intérêts courus au compte s’il en est. Les appelants ont également droit à des dépens de 3 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by:

ROBICHAUD, J.A.

I. Introduction

[1] This appeal addresses the current legal framework regarding deposits when a buyer wrongly repudiates a purchase and sale agreement in a real estate transaction.

[2] The parties to this appeal signed an Agreement for the Purchase and Sale (APS) of a residential property using a standard form. The contract specified a \$50,000 deposit, which would be credited toward the purchase price. A clause outlined the consequences of the purchasers' default, stating that any money paid would be forfeited to the vendors without interest or penalty by way of liquidated damages. The vendors also had the option to compel the purchasers to complete the sale.

[3] The purchasers raised objections to the title on closing day and refused to extend the closing date. The vendors had to resell the property and incurred \$18,294.12 in damages.

[4] The vendors filed an action claiming the purchasers wrongfully repudiated the contract, seeking a declaration that the deposit was forfeited in their favour, and requesting damages. The purchasers argued that the contract was null and void because they had a valid objection that was not resolved before closing. They counterclaimed for an order requiring the return of their deposit. Relief from forfeiture was not pleaded. Both parties submitted motions for summary judgment.

[5] The motion judge determined that the purchasers had wrongly repudiated the contract. This finding has not been appealed.

[6] The motion judge also found that the vendors were only entitled to their actual damages, and the remaining portion of the deposit should be refunded to the purchasers.

[7] The vendors are appealing the ruling regarding the deposit. They are no longer claiming they should receive the deposit plus damages but argue that the entire deposit should be declared forfeited in their favour.

[8] For the reasons outlined below, I would allow the appeal and order that the full deposit be paid to the vendors.

II. Background

[9] In 2023, the appellants, David and Cathy Lockhart (the “Lockharts”), listed their home in Irishtown for sale through a realtor. On July 3, 2023, the respondents, Curtis Karl Glidden and Tracy Carol Glidden (the “Gliddens”), submitted an offer to purchase the property for \$800,000 along with a \$25,000 deposit. Their offer was made using a standard Agreement of Purchase and Sale (“APS”) form used by realtors in New Brunswick.

[10] The Lockharts made a counteroffer to sell the property for \$875,000, with a \$50,000 deposit. The Gliddens accepted this offer.

[11] Regarding the deposit, the APS included the following clauses:

4. DEPOSIT

(a) Deposit(s) will be payable to the Listing Agent, to be held in trust, pending completion or other termination of this Agreement. The deposit(s) shall be credited towards the purchase price on completion, and the Buyer shall pay the balance of the purchase price on closing or as otherwise stated in this Agreement.

[...]

19. GENERAL

[...]

(h) If the Buyer defaults in the completion of the sale under the terms of this Agreement, any money paid hereunder shall be forfeited to the Seller without interest or penalty by way of liquidated damages, or the Seller may, at the Seller's option, compel the Buyer to complete the sale.

(i) If this Agreement becomes null and void under the terms of this Agreement, all deposits paid shall be returned to the Buyer in full. By signing this Agreement, the Buyer and Seller consent and irrevocably instruct the Seller's Agent to release all deposits to the Buyer without Interest or penalty.

(j) In the event that 19(i) is applicable, the Buyer and Seller both agree to release and forever discharge each other, the Seller's Agent and the Buyer's Agent from any claims that either party has or may have arising from the deposit.

[12] The Gliddens paid the deposit to the Lockharts' realtor in trust.

[13] On the afternoon of August 21, 2023, the scheduled closing day, the Gliddens raised an objection to the title, citing two encumbrances they wanted discharged on the same day. The Lockharts requested an extension of the closing date, which the Gliddens refused. As a result, the transaction did not close.

[14] The Lockharts relisted their property and sold it, although at a lower price. They incurred damages totalling \$18,294.12. They filed a Notice of Action against the Gliddens and the realtor to recover the full deposit along with a judgment for their total damages. The Gliddens counterclaimed, requesting that the deposit be released to them.

[15] By consent, the realtor paid the disputed deposit into court, and the claims against him were withdrawn. At the hearing, the parties confirmed that the deposit remains in court.

[16] Both parties filed motions for summary judgment. The Lockharts continued to seek recovery of both the deposit and their full damages, while the Gliddens argued they

were not in breach of their obligations, that the Lockharts had failed to comply with the terms of the APS, rendering it null and void, and that the deposit should therefore be returned to them.

[17] The motion judge found that the Gliddens breached their obligations under the APS and wrongly repudiated the agreement. She also concluded that the Lockharts could only retain the deposit to the extent of their damages, with the remaining amount to be returned to the Gliddens. This last determination is under appeal. To be clear, the Lockharts have abandoned their claim to receive the deposit plus the full amount of their damages. Instead, they seek only to recover the value of the deposit.

III. Issues on Appeal

[18] The appellants' grounds for this appeal are that the motion judge erred in law in her analysis of the entitlement to the deposit and, in particular, erred:

1. in failing to properly consider and apply the common law of deposits, instead finding that, although the Gliddens wrongfully repudiated the APS, they were nevertheless entitled to a portion (\$31,705.88) of the deposit; and
2. in failing to properly consider and apply the specific language of the APS, instead finding that, although the Gliddens defaulted on the completion of the sale under the terms of the APS and thereby forfeited "any money paid thereunder" (i.e., the deposit) to the Lockharts by virtue of section 19(h), the Gliddens were nevertheless entitled to a portion (\$31,705.88) of the deposit.

IV. Analysis

A. *The motion judge's reasons regarding the deposit*

[19] The motion judge reviewed *Tang v. Zhang*, 2013 BCCA 52, [2013] B.C.J. No. 180 (QL), *Azzarello v. Shawqi*, 2019 ONCA 820, [2019] O.J. No. 5206 (QL), and *Bang v. Sebastian*, 2019 ONCA 501, [2019] O.J. No. 3599 (QL), and concluded that:

[...] Deposits are forfeited when no loss is suffered because they operate as a form of security that incentivizes performance. However, where the vendor does suffer a loss, the deposit is treated as part payment toward the damages arising from that loss. Thus, the law distinguishes between situations where the deposit operates purely as a security and where it functions as part payment toward damages, depending on whether the vendor has suffered a measurable loss.

[...]

The case law draws a clear distinction: where a vendor suffers no loss, the deposit is forfeited as security for performance; but where the vendor does suffer a loss, the deposit is to be credited against that loss as part payment of the purchaser's obligation particularly in the present matter where the contract specifically provides the deposit is "by way of liquidated damages".

To permit the Lockharts to both retain the full deposit and recover damages separately would amount to double recovery, a result the courts have consistently rejected. Accordingly, the Lockharts are entitled to retain the deposit only to the extent of their proven damages. If their damages exceed \$50,000, they may recover the balance from the Gliddens. If the damages are less than \$50,000, the remainder of the deposit must be returned to the Gliddens. [paras. 62, 64-65]

B. *The standard of review*

[20] Both grounds raise questions of law. The first concerns an error in the consideration and application of the common law of deposits, while the second pertains to the interpretation of a standard form contract. They are reviewable on a correctness standard.

[21] In *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, the Supreme Court held that contractual interpretation involves issues of mixed fact and law. As a result, the palpable and overriding error standard of review applies. However, in *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC

37, [2016] 2 S.C.R. 23, the Supreme Court recognized an exception: when an appeal involves the interpretation of a standard form contract, and the interpretation has precedential value, particularly where there is no meaningful factual matrix specific to the parties to assist in the interpretation process, the interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review. See also *Emond v. Trillium Mutual Insurance Co.*, 2026 SCC 3, [2026] S.C.J No. 3 (QL) at paragraph 67.

C. *The law of deposits*

[22] The law of deposits in real estate transactions was summarized in *Benedetto v. 2453912 Ontario Inc.*, 2019 ONCA 149, [2019] O.J. No. 950 (QL):

Where a payer (usually the purchaser) gives a vendor a deposit to secure the performance of a contract for purchase and sale of real estate, the deposit is forfeit if the purchaser refuses to close the transaction, unless the parties bargained to the contrary: see *Howe v. Smith* (1884), 27 Ch. D. 89 (C.A.); *March Bothers & Wells v. Banton* (1911), 45 S.C.R. 338. In *Howe v. Smith*, Fry L.J. stated at p. 101:

Money paid as a deposit must, I conceive, be paid on some terms implied or expressed. In this case no terms are expressed and we must therefore inquire what terms are to be implied. The terms most naturally to be implied appear to me in the case of money paid on the signing of a contract to be that in the event of the contract being performed it shall be brought into account, but if the contract is not performed by the payer it shall remain the property of the payee. It is not merely a part payment, but is then also an earnest to bind the bargain so entered into, and creates by the fear of its forfeiture a motive in the payer to perform the rest of the contract.

The deposit stands as security for the purchaser's performance of the contract. The prospect of its forfeiture provides an incentive for the purchaser to complete the purchase. Should the purchaser not complete, the forfeiture of the deposit compensates the vendor for lost opportunity in having taken the property off the market in the interim, as

well as the loss in bargaining power resulting from the vendor having revealed to the market the price at which the vendor had been willing to sell: *H.W. Liebig Co. v. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 70, at pp. 86-87.

The motion judge provided a helpful summary of the law: a deposit is not part of the contract of purchase and sale, but “stands on its own as an ‘ancient invention of the law designed to motivate contracting parties to carry through with their bargains’, ‘something which binds the contract and guarantees its performance’, and is an ‘earnest to bind the bargain so entered into, and creates by the fear of its forfeiture a motive in the payer to perform the rest of the contract’”: see *Tang v. Zhang*, 2013 BCCA 52, 41 B.C.L.R. (5th) 69; *Comonsents Inc. v. Hetherington Welch Design Ltd.*, 2006 CanLII 33779 (Ont. S.C.); *Howe v. Smith*. [paras. 5-7].

[23] Since a true deposit is not contingent on whether damages occur, it will be forfeited even if the vendor resells the property at a higher price: *Rahbar et al. v. Parvizi et al.*, 2022 ONSC 2136, [2022] O.J. No. 1826 (QL), affirmed *Rahbar v. Parvizi*, 2023 ONCA 522, [2023] O.J. No. 3447 (QL). In *Liu v. Coal Harbour Properties Partnership*, 2006 BCCA 385, [2006] B.C.J. No. 1983 (QL), the vendor was permitted to retain a true deposit of 20% of the purchase price even though he resold the property for \$795,000 more than the agreed-upon amount with the purchasers.

[24] What is a “true” deposit? It is not merely a part of the purchase price: *Conner v. Bulla*, 2010 BCCA 457, [2010] B.C.J. No. 2518 (QL). It acts as earnest money to secure the agreement and is an exception to the law regarding penalties. In *Workers Trust & Merchant Bank Ltd. v. Dojap Investments Ltd.*, [1993] 2 All E.R. 370, [1993] 2 W.L.R. 202, Lord Browne-Wilkinson stated:

In general, a contractual provision which requires one party in the event of his breach of the contract to pay or forfeit a sum of money to the other party is unlawful as being a penalty, unless such provision can be justified as being a payment of liquidated damages, being a genuine pre-estimate of the loss which the innocent party will incur by reason of the breach. One exception to this general rule is

the provision for the payment of a deposit by the purchaser on a contract for the sale of land. Ancient law has established that the forfeiture of such a deposit (customarily 10% of the contract price) does not fall within the general rule and can be validly forfeited even though the amount of the deposit bears no reference to the anticipated loss to the vendor flowing from the breach of contract.

This exception is anomalous and at least one textbook writer has been surprised that the courts of equity ever countenanced it: see Farrand, *Contract and Conveyancing* (4th edn, 1983) p 204. The special treatment afforded to such a deposit derives from the ancient custom of providing an earnest for the performance of a contract in the form of giving either some physical token of earnest (such as a ring) or earnest money. The history of the law of deposits can be traced to the Roman law of *arra*, and possibly further back still: See *Howe v. Smith* (1884) 27 Ch. D. 889, 101-102, *per* Fry L.J. Ever since the decision in *Howe v. Smith* the nature of such a deposit has been settled in English law. Even in the absence of express contractual provision, it is an earnest for the performance of the contract: in the event of completion of the contract the deposit is applicable towards payment of the purchase price; in the event of the purchaser's failure to complete in accordance with the terms of the contract, the deposit is forfeit, equity having no power to relieve against such forfeiture. [p. 373]

[25] Although the mere use of the word “deposit” does not prevent a court from considering whether the payment is actually a penalty, a clause in an agreement of purchase and sale that provides for payment of funds as a “deposit” should be given its normal meaning in law unless a contrary intention is shown: *Hasanova v. Wulastook Industries*, 2015 NBQB 233, 443 N.B.R. (2d) 294, at para. 4; *Tang v. Zhang*, at para. 17.

[26] If the deposit amount is unreasonable, it will be considered a penalty: *Workers Trust*. In *Liu*, the Court noted that the reference in *Workers Trust* to a customary deposit of 10% reflected the situation in Jamaica. It stated:

[...] I should think that deposit sums much in excess of 20% of the purchase price of a property would invite particular scrutiny by a court. [para. 14]

[27] I pause to note that since the adoption of the *Law Reform Act*, RSNB 2011, c. 184, the approach to penalty and liquidated damages clauses has changed. This does not impact the issues raised in this appeal.

[28] The fact that the parties attempted to buttress the forfeiture provisions by also stating that the deposit is paid as liquidated damages does not prevent the funds from being characterized as a “true deposit”: *Amiri v. One West Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 155, [2013] B.C.J. No. 675 (QL), at para. 32.

[29] It has sometimes been argued that since a true deposit is a security for the purchaser’s performance of the contract and is in no way related to damages for breach of the agreement, the vendor, in the event of repudiation by the purchaser, can keep the deposit as forfeited and sue for damages. The Lockharts took this position in their Statement of Claim and before the motion judge.

[30] However, the law does not allow double recovery because damages are based on the vendor receiving the full purchase price agreed upon. When the vendor has retained the forfeited deposit and claims damages, only those damages exceeding the deposit will be awarded. In *Liu*, after outlining the law regarding true deposits, Hall J.A. added:

[...]

Of course, if a vendor sued a defaulting purchaser for damages for breach of contract, the sum of the deposit had to be brought into account by the plaintiff vendor. [para. 9]

[31] In *Azzarello v. Shawqi*, 2019 ONCA 820, [2019] O.J. No. 5206 (QL), the purchaser failed to meet his obligations under a purchase and sale agreement. The vendors relisted the property but were only able to sell it at a lower price. The motion judge awarded the vendors judgment for the difference between the original APS price and the sale price

after breach, along with other costs, and stated that the vendors could retain the deposit in addition to the damages.

[32] On appeal, that decision was overturned. The Court of Appeal for Ontario stated:

It is well-established by case law that when a purchaser repudiates the agreement and fails to close the transaction, the deposit is forfeited, without proof of any damage suffered by the vendor: see *Tang v. Zhang*, 2013 BCCA 52, 359 D.L.R. (4th) 104, at para. 30, approved by this court in *Redstone Enterprises Ltd., v. Simple Technology Inc.*, 2017 ONCA 282, 137 O.R. (3d) 374. Where the vendor suffers no loss, the vendor may nevertheless retain the deposit, subject to relief from forfeiture.

[...]

Up to this point, I have discussed what happens to the deposit when the agreement is completed, when the vendor defaults and when the purchaser defaults but the vendor suffers no damage. The issue in this case arose when the vendor did suffer a loss because of the purchaser's breach; in that case, is the deposit treated as part payment and credited toward the damages, or is it retained in addition to the damages, subject to relief from forfeiture?

In *Dobson v. Winton & Robbins Ltd.*, [1959] S.C.R. 775, where the purchaser defaulted and the vendor eventually resold the land for \$5000 less than the agreed price, the Supreme Court stated at para. 14, without discussion:

[t]he measure of damages in this case is the difference between the price provided for in the first contract, \$75,000, and the price provided for in the second contract, \$70,000. Counsel for the appellant admits that against the difference of \$5,000 must be credited the deposit of \$4,000; (Mayne on Damages, 11th ed., p. 234; 29 Hals., 2nd ed., p. 378).

The same proposition is stated in Victor Di Castri, *The Law of Vendor and Purchaser*, 3rd ed. (Toronto: Thomson Reuters, 2016), vol. 2 at p. 17-25, in discussing when a

deposit is recoverable by a defaulting purchaser: “[w]here the land is sold at a loss, [the vendor] is entitled to recover that loss, less the amount of the deposit.”

The issue of the treatment of the deposit where the vendor suffers a loss arose squarely in the recent summary judgment decision, *Bang v. Sebastian*, 2018 ONSC 6226, aff’d 2019 ONCA 501. There, two deposits were paid totaling \$35,000, on substantially identical language as in the agreement of purchase and sale in this case. Counsel for the vendor submitted that the deposit should be forfeited without crediting it to the damages for the loss, on the basis of the case law referred to above that says that the deposit is not just part payment but is held as security and is forfeited on breach of the agreement.

The judge in that case rejected the vendor’s argument. He pointed out that the vendor could point to no case where the deposit was forfeited without crediting it toward the damages, although there were a number of cases where the opposite had occurred: *Goldstein; Blonski v. Jarmakowicz and Kowalski*, 9 D.L.R. (2d) 66 (Ont. Supreme Court, High Court of Justice); and *Dobson*.

[...]

[...] While the agreement only specifically calls for the deposit to be credited to the purchase price on completion of the agreement, the measure of damages is based on the difference between the purchase price and the lesser amount that the property sold for after the purchaser’s default. In other words, it is based on the vendor receiving the purchase price that was bargained for. One can infer that the intent of the parties was that the deposit be applied to the purchase price whether received on completion or as damages.

I also agree that the cases discussed above, including *Benedetto*, where the deposit is forfeited because it is not just part payment but also a security mechanism to incentivize the purchaser to complete the transaction, explain why the deposit is forfeited when the vendor suffers no loss. The respondents point to one sentence in the *Benedetto* decision where the court states that “a forfeited deposit does not constitute damages for breach of contract but stands as security for the performance of the contract”: at para. 14. That statement is part of the explanation for the forfeiture of

the deposit where there is no loss. However, where there is a loss, the deposit is treated as part payment for the damages suffered as a result of the loss. [Emphasis added; paras. 45, 48-51, 53-54]

[33] In *Tang v. Zhang*, Newbury J.A. provided a useful summary of the key principles concerning deposits:

[...]

1. On a general level, the question of whether a deposit or other payment made to a seller in advance of the completion of a purchase is forfeited to the seller upon the buyer's repudiation of the contract, is a matter of contractual intention;
2. Where the parties use the word "deposit" to describe such a payment, that word should in the absence of a contrary provision be given its normal meaning in law;
3. A true deposit is an ancient invention of the law designed to motivate contracting parties to carry through with their bargains. Consistent with its purpose, a deposit is generally forfeited by a buyer who repudiates the contract, and is not dependant on proof of damages by the other party. If the contract is performed, the deposit is applied to the purchase price;
4. The deposit constitutes an exception to the usual rule that a sum subject to forfeiture on the breach of a contract is an unlawful penalty unless it represents a genuine pre-estimate of damages. However, where the deposit is of such an amount that the seller's retention of it would be penal or unconscionable, the court may relieve against forfeiture, as codified by the *Law and Equity Act*;
5. A contractual term that a deposit will be forfeited "on account of damages" on the buyer's failure to complete does not alter the nature of a deposit, but may be construed to mean that if damages are proven, the deposit will be applied against ("on account of") them. If no damages are shown, the deposit is nevertheless forfeitable, subject always to the expression of a contrary intention. [para. 30]

[34] The motion judge correctly distinguished between a true deposit and a mere partial payment towards the purchase price, and found the deposit paid by the Gliddens was a true deposit, citing *Tang v. Zhang*, *Azzarello v. Shawqi*, and *Bang v. Sebastian*. She correctly stated that allowing the Lockharts to both keep the full deposit and recover damages separately would result in double recovery. However, she erred in her interpretation of the law of deposits as outlined in the cases mentioned above.

[35] These cases stand for the principle that the deposit must be applied towards damages when the vendor retains the forfeited deposit and seeks damages. Only damages exceeding the deposit amount can be recovered. Since the Lockharts' damages were less than the deposit, they had no claim for damages.

[36] The common law regarding deposits applies unless the parties' agreement states otherwise. The standard form used by the parties does not displace the law mentioned above, except possibly for the reference to liquidated damages. In *Tang v. Zhang*, the agreement specified that, in the event of a breach by the purchaser, the deposit would be forfeited "on account of damages." The APS in this case states the deposit will be forfeited "by way of liquidated damages." Since the Lockharts' damages do not exceed the forfeited deposit, I do not need to decide whether any excess would be recoverable.

[37] The Gliddens argue that the appeal should be dismissed because the Lockharts chose to accept repudiation rather than pursue specific performance, a remedy that might have resulted in no damages. Section 19(h) of the APS states that if the buyer defaults, the deposit shall be forfeited, "or the Seller may, at the Seller's option, compel the Buyer to complete the sale" (emphasis added). The Lockharts' decision was clearly within their discretion, and they cannot be blamed for not pursuing that remedy.

[38] The Gliddens also argue that by choosing to accept the repudiation instead of pursuing specific performance, the Lockharts rendered the APS null and void; therefore, the deposit should be returned as stipulated by s. 19(i). They cite *Golob v. Byczkowski*,

[2008] O.J. No. 3350 (QL), to support this claim. In *Golob*, the agreement explicitly stated that if the purchaser/lessee defaulted, the vendor/landlord could retake possession of the premises, and the agreement would then be null and void. The court stated:

This is to be distinguished from the situation in *Johnson v. Agnew*, [1979] 1 All E.R. 883, [1980] A.C. 367, in which the court sought to clarify the distinction between a contract's rescission and its termination or discharge. It established the now well-accepted principle of law that the mere "acceptance of a repudiatory breach," without more, "does not bring about 'rescission ab initio'" (*Johnson v. Agnew*, [1980] A.C. 367 at 393). This instead leads to the contract's termination. [para. 30]

[39] Sections 19(i) and 19(j) of the APS do not relate to the issues presently before this Court because this is not a situation where the APS became "null and void".

V. Conclusion and Disposition

[40] For the reasons outlined above, I would allow the appeal and set aside the lower court's judgment. I would find that the appellants are entitled to a judgment for the entire deposit filed with the court, along with any interest that may have accrued in that account. I would grant the appellants \$3,000 in costs.

LE JUGE ROBICHAUD

I. Introduction

[1] Le présent appel aborde la question du cadre juridique actuellement applicable aux dépôts en cas de répudiation injustifiée d'une convention d'achat-vente par l'acheteur dans une opération immobilière.

[2] Les parties à l'appel ont signé une convention en vue de l'achat-vente d'un bien résidentiel. Le contrat empruntait une formule type et stipulait un dépôt de 50 000 \$ qui serait porté au crédit du prix d'achat. Une clause précisait les conséquences en cas de défaut de la part des acheteurs : toute somme versée serait confisquée au profit des vendeurs, sans intérêt ni pénalité, à titre de dommages-intérêts liquidés. Les vendeurs avaient aussi la possibilité de contraindre les acheteurs à clore la vente.

[3] Les acheteurs ont soulevé des objections au titre le jour même de la clôture de l'opération et ont refusé de repousser la date de clôture. Les vendeurs ont dû revendre le bien, et ont subi des dommages de 18 294,12 \$.

[4] Les vendeurs ont engagé une poursuite contre les acheteurs pour répudiation injustifiée du contrat, sollicitant une déclaration portant que le dépôt était confisqué à leur profit et des dommages-intérêts. Les acheteurs soutenaient que le contrat était nul, étant donné qu'ils avaient fait valoir une objection valide qui n'avait pas été résolue avant la clôture. Ils ont formé une demande reconventionnelle sollicitant une ordonnance prescrivant la restitution du dépôt. La levée de la déchéance n'a pas été demandée. Chacune des parties a présenté une motion pour jugement sommaire.

[5] La juge saisie des motions a conclu à la répudiation injustifiée du contrat par les acheteurs. Cette conclusion n'est pas contestée en appel.

[6] La juge saisie des motions a conclu, également, que les vendeurs avaient uniquement droit à des dommages-intérêts compensatoires et que le solde du dépôt devait être remboursé aux acheteurs.

[7] Les vendeurs appellent de la décision rendue en ce qui a trait au dépôt. Ils ne prétendent plus que des dommages-intérêts devraient leur être accordés en plus du dépôt, mais soutiennent que la Cour devrait déclarer l'entièreté du dépôt confisquée en leur faveur.

[8] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir l'appel et d'ordonner que l'entièreté du dépôt soit versée aux vendeurs.

II. Contexte

[9] En 2023, les appelants, David et Cathy Lockhart (les Lockhart), ont confié à un agent immobilier la vente de leur demeure située à Irishtown. Le 3 juillet 2023, les intimés, Curtis Karl Glidden et Tracy Carol Glidden (les Glidden), ont présenté une offre d'achat de 800 000 \$ ainsi qu'un dépôt de 25 000 \$. L'offre empruntait la formule type de convention d'achat-vente que les agents immobiliers utilisent au Nouveau-Brunswick.

[10] Les Lockhart ont présenté une contre-offre de 875 000 \$ et proposé un dépôt de 50 000 \$. Les Glidden ont accepté la contre-offre.

[11] S'agissant du dépôt, la convention d'achat-vente comprenait les clauses suivantes :

[TRADUCTION] 4. DÉPÔT

a) Le ou les dépôts sont payables à l'agent responsable de l'inscription et sont détenus en fiducie en attendant l'aboutissement ou l'extinction de la présente convention. Les dépôts sont portés au crédit du prix d'achat à la

conclusion de l'opération, et l'acheteur paye le solde du prix d'achat au moment de la clôture ou suivant les modalités que prévoit la convention.

[...]

19. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

[...]

h) En cas de défaut de la part de l'acheteur de clore la vente suivant les modalités de la présente convention, toute somme versée en application de la convention est confisquée au profit du vendeur sans intérêt ni pénalité à titre de dommages-intérêts liquidés, ou le vendeur peut, à sa discrétion, contraindre l'acheteur à clore la vente.

i) En cas de nullité de la convention aux termes de celle-ci, tout dépôt payé est restitué en entier à l'acheteur. Par la signature de la convention, l'acheteur et le vendeur consentent à la libération de tout dépôt, sans intérêt ni pénalité, et enjoignent irrévocablement à l'agent du vendeur de remettre tout dépôt à l'acheteur.

j) Pour le cas où l'alinéa 19i) serait applicable, l'acheteur et le vendeur conviennent tous deux de libérer et de décharger à jamais l'un et l'autre, l'agent du vendeur et l'agent de l'acheteur de toute revendication de l'une ou l'autre partie du fait du dépôt.

[12] L'agent immobilier des Lockhart a reçu en fiducie le dépôt des Glidden.

[13] L'après-midi du 21 août 2023, date de clôture prévue, les Glidden ont fait valoir une objection au titre fondée sur deux grèvements dont ils souhaitaient la libération le jour même. Les Lockhart ont demandé un report de la date de clôture, que les Glidden leur ont refusé. En conséquence, l'opération d'achat-vente n'a pas été finalisée.

[14] Les Lockhart ont remis leur demeure en vente et l'ont vendue, mais à un prix inférieur. Ils ont subi au total des dommages de 18 294,12 \$. Ils ont déposé un avis de poursuite contre les Glidden et contre l'agent immobilier en vue de recouvrer l'intégralité

du dépôt et d'obtenir l'indemnisation de tous les dommages subis. Les Glidden ont déposé une demande reconventionnelle sollicitant la restitution de leur dépôt.

[15] Avec le consentement des parties, l'agent immobilier a consigné à la cour le dépôt contesté, et les demandes introduites contre lui ont été retirées. À l'audience, les parties ont confirmé que le dépôt demeurerait consigné à la cour.

[16] Les parties ont déposé l'une et l'autre des motions pour jugement sommaire. Les Lockhart demandaient toujours à la fois le dépôt et l'indemnisation de l'entièreté des dommages subis, tandis que les Glidden affirmaient qu'ils n'avaient pas manqué à leurs obligations, que les Lockhart ne s'étaient pas conformés aux modalités de la convention d'achat-vente, en conséquence de quoi celle-ci était nulle, et que le dépôt devait, de ce fait, leur être restitué.

[17] La juge saisie des motions a conclu que les Glidden avaient manqué aux obligations que leur imposait la convention d'achat-vente et qu'ils avaient répudié la convention sans justification. Elle a conclu en outre que les Lockhart ne pouvaient conserver le dépôt que dans la mesure des dommages subis et que le solde devait être restitué aux Glidden. Cette dernière conclusion est contestée en appel. Je précise que les Lockhart ont renoncé à demander à la fois le dépôt et l'indemnisation intégrale des dommages subis. Ils ne sollicitent que la valeur intégrale du dépôt.

III. Questions en litige

[18] Dans les moyens qu'ils avancent, les appelants soutiennent que la juge saisie des motions a fait erreur, en droit, dans son analyse du droit des parties au dépôt. La juge aurait plus précisément commis les erreurs suivantes :

1. La juge n'a pas procédé à un examen et à une application appropriés des règles de common law en matière de dépôts. Elle a plutôt conclu que, malgré leur répudiation

injustifiée de la convention d'achat-vente, les Glidden avaient droit à une partie du dépôt (31 705,88 \$).

2. La juge n'a pas procédé à un examen et à une application appropriés du libellé explicite de la convention d'achat-vente. Elle a plutôt conclu que les Glidden, malgré leur défaut de clore la vente en conformité avec les modalités de la convention, les [TRADUCTION] « sommes versées en application de la convention » (le dépôt) étant alors confisquées au profit des Lockhart aux termes de l'al. 19h), avaient néanmoins droit à une partie du dépôt (31 705,88 \$).

IV. Analyse

A. *Motifs de la juge saisie des motions concernant le dépôt*

[19] La juge saisie des motions s'est reportée à *Tang c. Zhang*, 2013 BCCA 52, [2013] B.C.J. No. 180 (QL), *Azzarello c. Shawqi*, 2019 ONCA 820, [2019] O.J. No. 5206 (QL), et *Bang c. Sebastian*, 2019 ONCA 501, [2019] O.J. No. 3599 (QL), et elle est arrivée aux conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

[...] Le dépôt est confisqué en l'absence de perte, parce qu'il se veut une forme de sûreté incitant à l'exécution du contrat. Lorsque le vendeur subit effectivement une perte, en revanche, le dépôt est considéré comme acompte sur les dommages-intérêts résultant de la perte. Ainsi, le droit différencie les situations où le dépôt tient strictement lieu de sûreté et les situations où il tient lieu d'acompte sur les dommages-intérêts, selon que le vendeur a subi ou non une perte mesurable.

[...]

La distinction qu'opère la jurisprudence est nette : lorsque le vendeur ne subit pas de perte, le dépôt est confisqué en tant que garantie d'exécution; mais, lorsque le vendeur subit effectivement une perte, le dépôt est porté au crédit de la perte en tant qu'acompte sur l'obligation de l'acheteur,

particulièrement en l'espèce, où le contrat prévoit expressément que le dépôt est donné [TRADUCTION] « à titre de dommages-intérêts liquidés ».

Permettre que les Lockhart à la fois retiennent l'intégralité du dépôt et recouvrent des dommages-intérêts par ailleurs serait leur accorder une double indemnisation, issue que les tribunaux rejettent systématiquement. En conséquence, les Lockhart ne sont en droit de retenir le dépôt que dans la mesure du préjudice prouvé. Si leurs dommages excèdent 50 000 \$, ils peuvent recouvrer le solde auprès des Glidden. Si les dommages sont de moins de 50 000 \$, le reliquat du dépôt doit être restitué aux Glidden. [par. 62, 64 et 65]

B. *Norme de contrôle*

[20] Les deux moyens d'appel soulèvent des questions de droit. Le premier attribue à la juge une erreur dans l'examen et l'application des règles de common law en matière de dépôts; le second porte sur l'interprétation d'un contrat type. Ils sont susceptibles de contrôle suivant la norme de la décision correcte.

[21] Dans l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, la Cour suprême a statué que l'interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit. En conséquence, la norme de l'erreur manifeste et dominante s'applique. La Cour a toutefois reconnu une exception dans l'arrêt *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23 : lorsque l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type et que l'interprétation a valeur de précédent, en particulier lorsque l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif propre aux parties, il est plus juste de dire que l'interprétation est une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte. Voir aussi *Emond c. Trillium Mutual Insurance Co.*, 2026 CSC 3, [2026] A.C.S. n° 3 (QL), au par. 67.

C. Règles de droit en matière de dépôts

[22] Les règles de droit applicables en matière de dépôts dans le contexte d'opérations immobilières ont été résumées dans *Benedetto c. 2453912 Ontario Inc.*, 2019 ONCA 149, [2019] O.J. No. 950 (QL) :

[TRADUCTION]

Lorsqu'un payeur (habituellement l'acheteur) remet au vendeur un dépôt en garantie de l'exécution d'un contrat d'achat-vente d'un bien immobilier, le dépôt est confisqué si l'acheteur refuse de clôturer l'opération, sauf si les parties ont négocié le contraire : *Howe c. Smith* (1884), 27 Ch. D. 89 (C.A.); *March Brothers & Wells c. Banton* (1911), 45 S.C.R. 338. Dans *Howe c. Smith*, le lord juge Fry a indiqué ce qui suit, à la page 101 :

[TRADUCTION]

Les sommes données en dépôt doivent, à mon sens, être versées selon certaines conditions implicites ou explicites. En l'espèce, ces conditions ne sont pas explicites, et nous devons donc nous demander quelles conditions doivent être inférées. Dans le cas de sommes payées à la signature d'un contrat, il me semble que les conditions implicites les plus vraisemblables sont les suivantes : si le contrat est exécuté, les sommes sont décomptées, mais si l'acheteur n'exécute pas le contrat, les sommes demeurent la propriété du bénéficiaire. Il ne s'agit pas d'un simple acompte, mais d'un de gage qui scelle le marché conclu et qui crée chez le payeur une incitation à exécuter le reste du contrat, par crainte d'être déchu des sommes versées.

Le dépôt constitue une garantie de l'exécution du contrat par l'acheteur. La perspective de sa confiscation est, pour l'acheteur, une incitation à clôturer l'achat. En cas de défaut de clôture de la part de l'acheteur, la confiscation du dépôt indemnise le vendeur de l'occasion manquée du fait du retrait provisoire du bien du marché, ainsi que de la perte du pouvoir de négocier résultant de la révélation au marché du prix auquel il était disposé à vendre : *H.W. Liebig Co. c. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 70, p. 86 et 87.

Le juge saisi de la motion a résumé utilement les règles de droit applicables : le dépôt ne fait pas partie du contrat d'achat-vente, mais [TRADUCTION] « est un élément distinct en tant qu'[TRADUCTION] “ancienne invention du droit conçue pour inciter les parties contractantes à exécuter le marché qu’elles ont conclu”, [TRADUCTION] “quelque chose qui scelle le contrat et garantit son exécution”; le dépôt est [TRADUCTION] “un gage qui scelle le marché conclu et qui crée chez le payeur une incitation à exécuter le reste du contrat, par crainte d’être déchu des sommes versées” » : *Tang c. Zhang*, 2013 BCCA 52, 41 B.C.L.R. (5th) 69; *Comonsents Inc. c. Hetherington Welch Design Ltd.*, 2006 CanLII 33779 (C. sup. Ont.); *Howe c. Smith*. [par. 5 à 7]

[23] Puisqu’un véritable dépôt ne dépend pas de la survenance de dommages, il sera confisqué même si le vendeur revend le bien à un prix supérieur : *Rahbar et al. c. Parvizi et al.*, 2022 ONSC 2136, [2022] O.J. No. 1826 (QL), conf. par *Rahbar c. Parvizi*, 2023 ONCA 522, [2023] O.J. No. 3447 (QL). Dans *Liu c. Coal Harbour Properties Partnership*, 2006 BCCA 385, [2006] B.C.J. No. 1983 (QL), il a été permis au vendeur de conserver un véritable dépôt qui correspondait à 20 % du prix d’achat, malgré qu’il eût revendu le bien 795 000 \$ de plus que le prix convenu avec les acheteurs.

[24] Qu’est-ce qu’un « véritable » dépôt? Le véritable dépôt n’est pas une simple partie du prix d’achat : *Conner c. Bulla*, 2010 BCCA 457, [2010] B.C.J. No. 2518 (QL). Il a fonction de gage pour garantir la convention et constitue une exception aux règles de droit applicables en matière de pénalités. Dans *Workers Trust and Merchant Bank Ltd c. Dojap Investments Ltd.*, [1993] 2 All E.R. 370, [1993] 2 W.L.R. 202, lord Browne-Wilkinson a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

En général, une clause contractuelle qui impose à une partie, si elle viole le contrat, l’obligation de verser une somme d’argent ou sa confiscation au profit de l’autre partie est illégale du fait qu’elle constitue une pénalité, à moins que cette clause ne puisse être justifiée comme étant un paiement de dommages-intérêts liquidés à savoir une véritable évaluation anticipée de la perte que la partie innocente subira

du fait de la violation. L'existence d'une clause prévoyant le versement d'un dépôt par l'acheteur dans le cadre d'un contrat de vente d'un bien-fonds constitue une exception à cette règle générale. En droit ancien, il a été établi que la confiscation d'un tel dépôt (habituellement fixé à 10 % du prix contractuel) ne relève pas de la règle générale et que la confiscation peut être valide même si le montant du dépôt n'a rien à voir avec le montant anticipé de la perte que subira le vendeur du fait de la rupture du contrat.

Cette exception constitue une anomalie et au moins un auteur d'ouvrage de doctrine s'est déclaré surpris que les tribunaux d'equity l'aient jamais approuvée : voir Farrand, *Contract and Conveyancing* (4^e éd., 1983), p. 204. Le traitement particulier de ces dépôts dérive de la coutume ancienne qui consistait à offrir un gage de l'exécution d'un contrat sous forme, ou bien d'un objet matériel (par exemple, une bague), ou bien d'argent. L'origine historique du droit des dépôts remonte au droit romain (*arra*) et peut-être à plus loin encore : voir *Howe c. Smith* (1884), 27 Ch. D. 89, p. 101 et 102, le lord juge Fry. Depuis la décision rendue dans *Howe c. Smith*, la nature d'un tel dépôt est bien établie en droit anglais. Même en l'absence d'une clause contractuelle expresse, il s'agit d'un dépôt garantissant l'exécution du contrat : si le contrat est exécuté, le dépôt doit être retranché du prix d'achat; à l'opposé, si l'acheteur omet de conclure le contrat conformément aux clauses qu'il renferme, le dépôt est alors confisqué, l'equity étant impuissante à remédier à cette confiscation. [p. 373]

[25] Bien que la simple utilisation du terme [TRADUCTION] « dépôt » n'empêche nullement le tribunal de se demander si le paiement est en réalité une pénalité, une clause d'une convention d'achat-vente qui prévoit le versement de fonds à titre de [TRADUCTION] « dépôt » devrait être comprise dans son sens ordinaire en droit, à moins que l'existence d'une intention contraire ne soit démontrée : *Hasanova c. Wulastook Industries*, 2015 NBBR 233, 443 R.N.-B. (2^e) 294, par. 4; *Tang c. Zhang*, par. 17.

[26] Si le montant du dépôt est déraisonnable, il sera tenu pour pénalité : *Workers Trust*. Dans l'arrêt *Liu*, la Cour a fait remarquer que le dépôt usuel de 10 % dont fait mention *Workers Trust* renvoie à la situation en Jamaïque. Voici ce qu'elle a écrit :

[TRADUCTION]

[...] il me semble qu'un dépôt qui excède de beaucoup 20 % du prix d'achat d'un bien exigerait une attention toute particulière de la part du tribunal. [par. 14]

[27] Je m'arrête ici pour faire observer que, depuis l'adoption de la *Loi sur la réforme du droit*, L.R.N.-B. 2011, ch. 184, les clauses de pénalité et de dommages-intérêts liquidés sont abordées différemment. Les questions que soulève le présent appel ne sont toutefois pas touchées.

[28] Le fait que les parties aient entrepris d'étayer les dispositions de confiscation en ajoutant que le dépôt est payé à titre de dommages-intérêts liquidés n'empêche pas de considérer la somme comme un « véritable dépôt » : *Amiri c. One West Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 155, [2013] B.C.J. No. 675 (QL), au par. 32.

[29] Il a quelquefois été avancé que, puisqu'un véritable dépôt est une garantie d'exécution du contrat par l'acheteur et n'a rien à voir avec des dommages-intérêts pour rupture de convention, le vendeur peut, en cas de répudiation par l'acheteur, conserver le dépôt à titre de confiscation et poursuivre en dommages-intérêts. Les Lockhart ont adopté cette position dans leur exposé de la demande et devant la juge saisie des motions.

[30] La double indemnisation n'est toutefois pas permise en droit, parce que les dommages-intérêts visent à procurer au vendeur l'intégralité du prix d'achat convenu. Si le vendeur conserve le dépôt confisqué et réclame des dommages-intérêts, seuls peuvent lui être adjugés les dommages-intérêts qui excèdent le montant du dépôt. Dans l'arrêt *Liu*, le juge d'appel Hall, après avoir énoncé les règles de droit régissant le véritable dépôt, a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...]

Bien sûr, le vendeur poursuivant devait décompter le dépôt s'il poursuivait l'acheteur défaillant en dommages-intérêts pour rupture de contrat. [par. 9]

[31] Dans *Azzarello c. Shawqi*, 2019 ONCA 820, [2019] O.J. No. 5206 (QL), l'acheteur n'avait pas rempli les obligations que la convention d'achat-vente lui imposait. Les vendeurs avaient remis le bien en vente, mais ils n'avaient pu le vendre qu'à un prix inférieur. La juge saisie des motions a accordé aux vendeurs la différence entre le prix original prévu par la convention d'achat-vente et le prix reçu après sa rupture, de même que certains frais, et indiqué qu'ils pouvaient conserver le dépôt en plus des dommages-intérêts.

[32] La décision a été infirmée en appel. La Cour d'appel de l'Ontario a indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

Il est bien acquis en jurisprudence que, lorsque l'acheteur répudie la convention et ne clôture pas l'opération, le dépôt est confisqué, sans preuve d'un préjudice subi par le vendeur : *Tang c. Zhang*, 2013 BCCA 52, 359 D.L.R. (4th) 104, par. 30, arrêt que notre Cour a approuvé dans *Redstone Enterprises Ltd. c. Simple Technology Inc.*, 2017 ONCA 282, 137 O.R. (3d) 374. Si le vendeur ne subit pas de perte, il peut néanmoins conserver le dépôt, sous réserve de levée de la déchéance.

[...]

Jusqu'ici, j'ai examiné ce qu'il advient du dépôt lorsque la convention est aboutie, lors de défaut de la part du vendeur et lors de défaut de la part de l'acheteur sans préjudice au vendeur. Le problème s'est présenté, en l'espèce, du fait que le vendeur a subi une perte par suite de la rupture imputable à l'acheteur; dans ce cas, le dépôt est-il considéré comme un acompte, à valoir sur les dommages-intérêts, ou est-il conservé en plus des dommages-intérêts, sous réserve de levée de la déchéance?

Dans *Dobson c. Winton and Robbins Ltd.*, [1959] S.C.R. 775, où le vendeur, après défaut de l'acheteur, a fini par vendre le terrain 5 000 \$ de moins que le prix convenu, la Cour suprême, sans autre précision, a dit ce qui suit, au par. 14 :

[TRADUCTION]

[...] La mesure des dommages-intérêts est, en l'espèce, la différence entre le prix prévu dans le premier contrat, 75 000 \$, et le prix prévu dans le second contrat, 70 000 \$. L'avocat de l'appelant admet que le dépôt de 4 000 \$ doit être déduit de la différence de 5 000 \$: *Mayne on Damages*, 11^e éd., p. 234; 29 Hals., 2^e éd., p. 378.

La même proposition est énoncée dans l'ouvrage de Victor Di Castri intitulé *The Law of Vendor and Purchaser* (3^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2016, vol. 2, p. 17 à 25), où l'auteur aborde la question de savoir dans quelles circonstances l'acheteur défaillant peut récupérer son dépôt : [TRADUCTION] « [L]orsque le bien-fonds est vendu à perte, [le vendeur] est en droit de recouvrer la somme perdue, moins le montant du dépôt. »

La question de ce qui arrive au dépôt lorsque le vendeur subit une perte s'est précisément posée dans *Bang c. Sebastian*, 2018 ONSC 6226 (conf. par 2019 ONCA 501), décision rendue récemment sur une motion en jugement sommaire. Deux dépôts, de 35 000 \$ au total, avaient été payés en vertu de clauses essentiellement identiques à celles de la présente convention d'achat-vente. L'avocat des vendeurs avançait que le dépôt devait être confisqué sans être déduit des dommages-intérêts pour la perte, compte tenu de la jurisprudence susmentionnée qui affirme que le dépôt n'est pas qu'un acompte, mais une somme détenue en garantie, et est confisqué en cas de rupture de la convention.

Le juge, dans cette cause, a rejeté l'argument des vendeurs. Il a fait observer que ceux-ci n'avaient pu invoquer aucune cause où le dépôt avait été confisqué sans être également déduit des dommages-intérêts, bien qu'il existait de nombreuses décisions où l'inverse s'était produit : *Goldstein; Blonski c. Jarmakowicz and Kowalski*, 9 D.L.R. (2d) 66 (C.S. Ont.); et *Dobson*.

[...]

[...] Malgré que la convention ne requière expressément que le décompte du dépôt du prix d'achat à la clôture [de l'opération], la mesure des dommages-intérêts repose sur la différence entre le prix d'achat et le prix moindre auquel le

bien a été vendu après le défaut de l'acheteur. En d'autres termes, elle vise à procurer au vendeur le prix d'achat négocié. Il est permis d'inférer que l'intention des parties était que le dépôt soit appliqué au prix d'achat, qu'il soit reçu à la clôture [de l'opération] ou en paiement de dommages-intérêts.

Je conviens aussi que les causes examinées précédemment, dont *Benedetto*, où le dépôt a été confisqué parce qu'il n'était pas qu'un simple acompte mais un mécanisme de garantie visant à inciter l'acheteur à clôturer l'opération, expliquent pourquoi le dépôt est confisqué lorsque le vendeur ne subit pas de perte. Les intimés invoquent une phrase de l'arrêt *Benedetto* où la Cour écrit qu'[TRADUCTION] « un dépôt confisqué représente non pas des dommages-intérêts pour rupture de contrat, mais une garantie d'exécution du contrat » (par. 14). Cet énoncé concourt à expliquer pourquoi le dépôt est confisqué en l'absence de perte. S'il y a perte, cependant, le dépôt est considéré comme un acompte sur les dommages-intérêts auxquels la perte donne lieu. [Soulignement ajouté; par. 45, 48 à 51, 53 et 54]

[33] Dans *Tang c. Zhang*, la juge d'appel Newbury a donné un résumé utile des principes clés en matière de dépôts :

[TRADUCTION]

[...]

1. De façon générale, la question de savoir si un dépôt ou autre paiement versé au vendeur avant la clôture de l'achat est confisqué au profit du vendeur en cas de répudiation du contrat par l'acheteur est une question d'intention contractuelle.
2. Lorsque les parties emploient le mot « dépôt » pour décrire un tel paiement, ce mot devrait revêtir son sens ordinaire en droit, sauf disposition contraire.
3. La notion de véritable dépôt est une ancienne invention du droit conçue pour inciter les parties contractantes à exécuter le marché qu'elles ont conclu. Conformément à sa raison d'être, le dépôt de l'acheteur qui répudie le contrat est généralement confisqué sans que l'autre partie ait à prouver qu'elle a subi un préjudice. Si le

contrat est exécuté, le dépôt est porté au crédit du prix d'achat.

4. Le dépôt est une exception à la règle habituelle voulant qu'une somme confiscable en cas de rupture de contrat constitue une pénalité illégale à moins qu'elle représente une véritable évaluation anticipée des dommages-intérêts. Toutefois, lorsque le dépôt est d'un montant tel que sa rétention par le vendeur constituerait une pénalité ou serait inique, la cour peut accorder un redressement contre la déchéance, codifié par la loi intitulée *Law and Equity Act*.
5. Une clause contractuelle prévoyant la confiscation d'un dépôt [TRADUCTION] « en dédommagement du préjudice » subi si l'acheteur ne conclut pas l'opération ne modifie pas la nature du dépôt, mais peut être interprétée comme voulant dire que, si l'existence d'un préjudice est démontrée, le dépôt sera alors affecté au paiement des dommages-intérêts (« en dédommagement »); si aucun préjudice n'est établi, le dépôt est néanmoins confiscable, toujours sous réserve de l'expression d'une intention contraire. [par. 30]

[34] La juge saisie des motions a correctement différencié le véritable dépôt et le simple acompte sur le prix d'achat. Invoquant *Tang c. Zhang*, *Azzarello c. Shawqi* et *Bang c. Sebastian*, elle a conclu que le dépôt payé par les Glidden était un véritable dépôt. Elle a correctement précisé que le fait de permettre aux Lockhart de conserver l'entière du dépôt et de recouvrer des dommages-intérêts par ailleurs constituerait une double indemnisation. Elle a toutefois commis une erreur dans l'interprétation des règles de droit en matière de dépôts, règles exposées dans la jurisprudence précitée.

[35] Cette jurisprudence étaye le principe que, lorsque le vendeur conserve le dépôt confisqué et réclame des dommages-intérêts, le dépôt doit être imputé sur les dommages-intérêts. Le vendeur ne peut obtenir que les dommages-intérêts qui excèdent le montant du dépôt. Puisque le préjudice subi par les Lockhart était inférieur au montant du dépôt, ceux-ci n'avaient pas droit à des dommages-intérêts.

[36] Les règles de common law en matière de dépôts s'appliquent sauf stipulation contraire de la convention des parties. La formule type que les parties ont utilisée n'écarter pas les règles de droit dont il est fait état ci-dessus, si ce n'est, peut-être, par la mention de dommages-intérêts liquidés. Dans *Tang c. Zhang*, il était stipulé que, en cas de rupture de la convention par l'acheteur, le dépôt serait confisqué [TRADUCTION] « à valoir sur les dommages-intérêts. » La convention d'achat-vente, en l'espèce, précise que le dépôt est confisqué [TRADUCTION] « à titre de dommages-intérêts liquidés. » Vu que la perte subie par les Lockhart n'excède pas le montant du dépôt confisqué, je n'ai pas à déterminer si un éventuel excédent pourrait être recouvré.

[37] Les Glidden soutiennent que l'appel doit être rejeté parce que les Lockhart ont fait le choix d'accepter la répudiation au lieu de demander l'exécution en nature, lequel recours aurait pu se traduire par une absence de dommages-intérêts. L'alinéa 19h) de la convention d'achat-vente porte que, en cas de défaut de l'acheteur, le dépôt est confisqué, [TRADUCTION] « ou le vendeur peut, à sa discrétion, contraindre l'acheteur à clore la vente » (soulignement ajouté). Les Lockhart étaient manifestement habilités à prendre la décision qu'ils ont prise, et il ne peut leur être reproché de ne pas avoir exercé ce recours.

[38] Les Glidden soutiennent également que, du fait du choix des Lockhart d'accepter la répudiation au lieu de demander l'exécution en nature, la convention d'achat-vente est devenue nulle. Le dépôt doit donc leur être restitué en application de l'al. 19i). Ils invoquent *Golob c. Byczkowsky*, [2008] O.J. No. 3350 (QL), à l'appui de cette prétention. Dans la décision *Golob*, la convention stipulait que, en cas de défaut des acheteurs/preneurs à bail, le vendeur/locateur pouvait reprendre possession des lieux et la convention serait alors nulle. La Cour a indiqué ce qui suit :

[TRADUCTION]

Ceci doit être distingué de la situation qui se présentait dans *Johnson c. Agnew*, [1979] 1 All E.R. 883, [1980] A.C. 367, où la Cour a voulu clarifier en quoi la résolution d'un contrat diffère de son extinction ou de sa décharge. La Cour a établi le principe de droit, largement admis aujourd'hui, que la simple [TRADUCTION] « acceptation d'une rupture

répudiatoire », sans plus, « n’emporte pas “résolution rétroactive” » (*Johnson c. Agnew*, [1980] A.C. 367, p. 393). Elle amène plutôt l’extinction du contrat. [par. 30]

[39] Les questions dont nous sommes saisis en l’espèce ne font pas intervenir les al. 19i) et j) de la convention d’achat-vente, puisqu’il ne s’agit pas d’une situation où la convention d’achat-vente est devenue nulle.

V. Conclusion et dispositif

[40] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis d’accueillir l’appel et d’annuler le jugement de première instance. Je suis d’avis de conclure que les appelants ont droit à un jugement leur accordant l’entièreté du dépôt consigné à la cour, de même que les intérêts courus au compte s’il en est. Je suis d’avis d’adjuger aux appelants 3 000 \$ au chapitre des dépens.